

**DANIEL WUNDER HACHEM**

**TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:  
Por uma implementação espontânea, integral e igualitária**

**CURITIBA  
2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:  
Por uma implementação espontânea, integral e igualitária**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Titular Romeu Felipe Bacellar Filho

**DANIEL WUNDER HACHEM**

**CURITIBA  
2014**

H117t

Hachem, Daniel Wunder

Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária / Daniel Wunder Hachem; orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. – Curitiba, 2014.

614 f.

Bibliografia: f. 555-614.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2014.

1. Direito constitucional 2. Direito administrativo 3. Direitos fundamentais. 4. Direitos sociais. I. Bacellar Filho, Romeu Felipe. II. Título.

CDU342.7

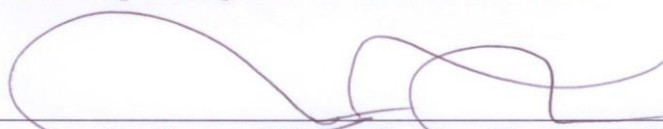
## TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL WUNDER HACHEM

### TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária


Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**Orientador:**



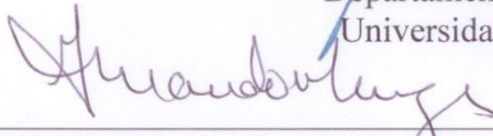
**Professor Titular Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho**  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná

**Membros:**

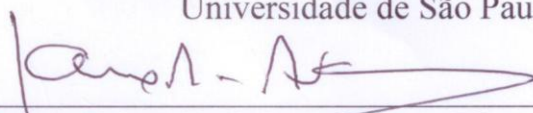


**Professor Titular Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello**  
Departamento de Direito Público  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Professor Titular Doutor Clèmerson Merlin Clève**  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná



**Professor Titular Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida**  
Departamento de Direito do Estado  
Universidade de São Paulo



**Professor Catedrático Doutor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**  
Departamento de Direito Público Especial  
Universidade da Coruña – Espanha

Curitiba, 24 de fevereiro de 2014.

*Dedico esta tese a dois grandes juristas paranaenses,  
com quem aprendi que a preocupação que move o verdadeiro mestre  
não é brilhar fulgurante como um astro solitário,  
mas sim criar solidariamente uma radiante constelação.*

*Ao Professor **ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO**,  
modelo de grande mestre, fonte inesgotável de inspiração e generosidade  
e paradigma de ser humano.*

*Ao Professor **EMERSON GABARDO**  
exemplo de pesquisador, crítico interlocutor e amigo para todas as horas.*

## RESUMO

A presente investigação parte do seguinte problema: após o advento da Constituição de 1988, a baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil suscitou, como reação da doutrina e da jurisprudência, uma centralização excessiva do debate em torno do Poder Judiciário como solução para a realização de tais direitos, notadamente pela via de ações judiciais individuais. Contudo, a atuação jurisdicional, embora muitas vezes seja de fato a única alternativa, tende a privilegiar de forma desigual parcela dos cidadãos, sobretudo aqueles que ostentam maiores níveis de informação e renda para lograr acesso ao Poder Judiciário. Violenta-se, com isso, a integridade constitucional do princípio da igualdade, subvertendo a principal razão que justifica a proteção dos direitos sociais pelas Constituições: a redução das desigualdades sociais. São lançadas, então, duas hipóteses. A primeira é a de que muitos dos problemas surgidos no campo das atividades administrativas necessárias à implementação espontânea, integral e igualitária dos direitos fundamentais sociais poderiam ser amenizados com a revisão ou relativização de alguns dogmas criados pela ciência do Direito Administrativo clássico, desenvolvido e consolidado no século XIX, que não mais coadunam com o panorama constitucional do Estado Social e Democrático contemporâneo. A segunda hipótese é a de que, de um lado, a dogmática do Direito Administrativo ainda não incorporou adequadamente três categorias centrais da dogmática contemporânea dos direitos fundamentais, que se afiguram tendentes a relativizar alguns axiomas dessa disciplina jurídica: (i) a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais; (ii) a dupla dimensão – subjetiva e objetiva – desses direitos; (iii) a multifuncionalidade dos direitos fundamentais; de outro lado, a dogmática do Direito Constitucional não explora suficientemente os institutos do Direito Administrativo como mecanismos de implementação dos direitos fundamentais sociais, focando-se sobretudo nas ferramentas jurisdicionais disciplinadas pelo Direito Processual Civil. A proposta apresentada para enfrentar tal problemática a partir dessas duas hipóteses consiste no reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, do direito fundamental à tutela administrativa efetiva, consagrado na Carta Iberoamericana dos Direitos e Deveres do Cidadão em Relação com a Administração Pública aprovada em 10 de outubro de 2013 pelo *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*. Defende-se que tal direito pode ser deduzido de uma interpretação sistemática da ordem constitucional pátria (art. 5º, §§1º e 2º e art. 37, *caput*) e deve ser compreendido como o direito do cidadão: (1) de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos; (2) que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (*praeter legem*) ou contrariamente à lei (*contra legem*); (3) e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais. A partir desses elementos, a tese defendida é a de que a Constituição Federal de 1988 confere ao cidadão o direito fundamental à tutela administrativa efetiva, o qual: (i) impõe à Administração Pública o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer os direitos fundamentais sociais em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação *praeter legem* ou *contra legem* para não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social; e (ii) obriga-a a atender de forma igualitária todos os titulares de idênticas posições subjetivas jusfundamentais, adotando de ofício medidas aptas a universalizar prestações concedidas individualmente por requerimentos administrativos ou condenações judiciais, sob pena de responsabilização estatal objetiva individual ou coletiva, a depender da natureza da pretensão jurídica em questão.

**Palavras-chave:** tutela administrativa efetiva; direitos fundamentais sociais; aplicabilidade imediata; multifuncionalidade dos direitos fundamentais; dimensão objetiva dos direitos fundamentais; dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The present investigation focuses on the following problem: after the advent of Brazilian Constitution of 1988, the low effectiveness of fundamental social rights in Brazil generated, as a reaction of the doctrine and jurisprudence, an excessive centralization of the debate on the Judiciary as a solution for the achievement of such rights, notably through individual lawsuits. However, the court action, although it is often indeed the only alternative, tends to privilege an unequally portion of the citizens, especially those who have higher levels of income and information to get access to the Judiciary. This situation violates the constitutional integrity of the principle of equality, subverting the main justification for the protection of social rights in the Constitutions: the reduction of social inequalities. Two hypotheses are then released. The first one is that many of the problems arising in the field of administrative activities necessary for the spontaneous, full and equal implementation of fundamental social rights could be reduced with a review or relativization of some dogmas created by the science of classic Administrative Law, developed and consolidated in nineteenth century, which are no longer suitable to the constitutional background of the contemporary Social and Democratic State. The second hypothesis is that, on one hand, the doctrine of Administrative Law has not adequately incorporated three core categories of the contemporary theory of fundamental rights, which seem to be able of relativize some axioms of this legal discipline: (i) the immediate applicability of the norms that define fundamental rights; (ii) the double dimension – subjective and objective – of these rights; (iii) the multifunctionality of fundamental rights; on the other hand, the doctrine of the Constitutional Law explores insufficiently the institutes of Administrative Law as mechanisms for the implementation of fundamental social rights, focusing mainly on jurisdictional tools regulated by Civil Procedure. The proposal presented to face such issues based on these two hypotheses is the recognition, in Brazilian Law, of the fundamental right to an effective administrative protection, enunciated in the Iberoamerican Charter of Rights and Duties of Citizens in Relation to the Public Administration approved on October 10, 2013 by the *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*. This work defends that such right can be derived from a systematic interpretation of the Brazilian constitutional order (article 5º, §§ 1º and 2º and article 37, *caput*) and must be understood as the right of the citizens: (1) to receive from the Public Administration, within a reasonable time, effective protection – spontaneous, full and equal – of their rights; (2) which authorizes the adoption of all techniques and administrative procedures adequate to achieve this objective, even if to fully comply with the determinations of the constitutionality block it turns out necessary, in exceptional circumstances, to act in the absence of law (*praeter legem*) or against the law (*contra legem*); (3) and that prohibits the State from acting, administratively or judicially, in the seek of its side interests when they are opposed to fundamental rights. From these elements, the thesis defended is that the Federal Constitution of 1988 confers to the citizen the fundamental right to an effective administrative protection, which: (i) imposes to the Public Administration the primary duty to create material and legal conditions to satisfy fundamental social rights in its entirety, surpassing the existential minimum, even if to do so it is necessary to act *praeter legem* or *contra legem* in order to do not incur unconstitutional omissions that obstacle social development; and (ii) compels it to serve equally all holders of identical fundamental subjective positions, spontaneously adopting administrative measures capable of universalizing benefits provided individually by administrative requests or judicial orders, under penalty of objective State liability, individual or collective, depending on the nature of the juridical position in question.

**Keywords:** effective administrative protection; fundamental social rights; immediate applicability; multifunctionality of fundamental rights; objective dimension of fundamental rights; subjective dimension of fundamental rights.

## SUMÁRIO

### **PARTE I – A COMPLEXIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: EM BUSCA DE UMA LEITURA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO DE 1988..... 10**

#### **CAPÍTULO 1 – AS DEFICIÊNCIAS DOS ATUAIS DISCURSOS SOBRE A EXIGIBILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PERANTE OS PODERES PÚBLICOS 12**

##### **1.1. A falta de percepção quanto à natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito: uma herança da “fantasia das gerações de direitos” 13**

*1.1.1. A inadequação da transposição simplista das noções de “direito subjetivo” privatista e de “direito público subjetivo” publicista do século XIX ..... 16*

*1.1.2. A complexidade jurídica da categoria “direitos fundamentais” e uma confusão elementar conducente a equívocos: a distinção entre “direitos fundamentais” e “pretensões jurídicas jusfundamentais” ..... 30*

##### **1.2. O maniqueísmo do debate quanto à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais pela via judicial: análise das tendências no Direito Público brasileiro ..... 40**

*1.2.1. As deficiências do discurso do passivismo judicial subserviente: obstáculo ao desenvolvimento social e à efetivação constitucional ..... 41*

*1.2.2. Os problemas do discurso do ativismo judicial desenfreado: o Judiciário como “porta das esperanças” inviabiliza o desenvolvimento igualitário ..... 48*

##### **1.3. O silêncio da doutrina quanto ao conteúdo dos deveres jurídicos da Administração Pública em matéria de direitos fundamentais sociais..... 54**

*1.3.1. A constitucionalização do Direito Administrativo é insuficiente: é preciso também administrativizar o Direito Constitucional..... 56*

*1.3.2. A Administração Pública deve garantir o mínimo existencial ou a integralidade dos direitos fundamentais sociais? ..... 61*

#### **CAPÍTULO 2 – DESENVOLVIMENTO E IGUALDADE COMO FUNDAMENTOS PARA A EXTENSÃO DA JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL..... 66**

##### **2.1. O regime jurídico jusfundamental dos direitos sociais na Constituição brasileira de 1988 66**

*2.1.1. As distintas concepções a respeito do reconhecimento dos direitos sociais como espécie de direitos fundamentais ..... 70*

*2.1.2. A posição adotada: direitos sociais como direitos integralmente fundamentais ..... 80*

##### **2.2. O mínimo existencial como piso mínimo e não como teto máximo dos direitos fundamentais sociais: exigência de um desenvolvimento social igualitário..... 86**

*2.2.1. Precisações teóricas acerca do mínimo existencial: conteúdo, forma de aplicação e finalidade no campo dos direitos sociais ..... 87*

*2.2.2. Administração Pública e cidadão em uma dança das cadeiras: para alcançar a igualdade de posições, a atuação administrativa deve superar o mínimo existencial..... 107*

##### **2.3. Do desenvolvimento como liberdade ao desenvolvimento como igualdade: consequências para a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais..... 117**

*2.3.1. Um conceito de desenvolvimento constitucionalmente adequado: da perspectiva econômica à concepção jurídica ..... 118*

*2.3.2. Repercussões do dever constitucional de promoção do desenvolvimento igualitário em matéria de direitos fundamentais sociais ..... 122*



**CAPÍTULO 3 – DESVENDANDO AS OBSCURIDADES ACERCA DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 ..... 129**

**3.1. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais: por uma efetiva unicidade de tratamento jurídico dos “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais” ..... 129**

*3.1.1. Direitos fundamentais como feixes de posições jusfundamentais (“direito fundamental como um todo”)..... 130*

*3.1.2. A aplicabilidade imediata dos “direitos de liberdade” e “direitos sociais” é rigorosamente a mesma: as variações dizem respeito às diversas espécies de funções exercidas por cada direito ..... 133*

**3.2. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais não se limita ao mínimo existencial ..... 144**

*3.2.1. Crítica das teorias atuais quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais..... 145*

*3.2.2. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais na perspectiva subjetiva individual: uma proposta de explicação detalhada ..... 150*

**CAPÍTULO 4 – O DUPLO CARÁTER (INDIVIDUAL E TRANSINDIVIDUAL) DA TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS ..... 157**

**4.1. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como faceta transindividual inerente a todos eles ..... 160**

*4.1.1. Da dimensão subjetiva à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: identificação de efeitos jurídicos relevantes ..... 161*

*4.1.2. A transindividualidade como característica comum a todos os direitos fundamentais e a possibilidade de ressubjetivização da dimensão objetiva ..... 175*

**4.2. A impossibilidade de se atribuir genericamente aos direitos fundamentais as titularidades estanques previstas nas categorias tradicionais da legislação processual brasileira ..... 183**

*4.2.1. A distinção entre direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos no Direito positivo brasileiro e suas respectivas formas de tutela ..... 184*

*4.2.2. Crítica da classificação tradicional brasileira em matéria de direitos fundamentais: todos eles ostentam dupla dimensão (individual e transindividual) ..... 198*

**PARTE II – DIREITO À TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS..... 208**

**CAPÍTULO 5 – O DESCOMPASSO ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E AS TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA AÇÃO ESTATAL OFENSIVA À OMISSÃO ADMINISTRATIVA TRANSGRESSORA..... 209**

**5.1. Administração contida pelas amarras da lei: o Direito Administrativo como escudo protetor das liberdades individuais..... 213**

*5.1.1. A ação administrativa como violação aos direitos fundamentais e o efeito limitador da lei liberal ..... 215*

*5.1.2. O Direito Administrativo construído sob a égide de um sistema jurisdicional de garantias de caráter liberal-subjetivista-individualista ..... 222*

**5.2. Administração impulsionada pelas ordens da Constituição: o Direito Administrativo como arma propulsora das ações administrativas sociais..... 233**

*5.2.1. A omissão administrativa como ofensa aos direitos fundamentais e o efeito impulsionador da Constituição social ..... 235*

5.2.2. <i>Inadequações do Direito Administrativo clássico e a necessidade de um modelo que implemente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (para além da perspectiva individual)</i>	247
<b>CAPÍTULO 6 – TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DESTINATÁRIA DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>261</b>
<b>6.1. Fundamentação jurídica do direito à tutela administrativa efetiva</b>	<b>263</b>
6.1.1. <i>Elementos para a formação de um conceito: direito à boa Administração Pública, direito à tutela judicial efetiva e reconhecimento jurisprudencial argentino</i>	263
6.1.2. <i>Uma proposta conceitual de “direito à tutela administrativa efetiva” e seu embasamento normativo no bloco de constitucionalidade brasileiro</i>	288
<b>6.2. Relevância prática e consequências jurídicas do direito à tutela administrativa efetiva</b>	<b>298</b>
6.2.1. <i>A pró-atividade administrativa e seu papel preventivo: dever de promoção espontânea e integral dos direitos fundamentais, pela Administração Pública, para além da lei</i>	299
6.2.2. <i>A proibição de perseguição, pela Administração Pública e pela advocacia de Estado, de interesses secundários contrários aos direitos fundamentais: fundamento para uma atuação destemida dos agentes públicos em favor da cidadania</i>	306
<b>CAPÍTULO 7 – A VINCULAÇÃO DIRETA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFEITOS JURÍDICOS DO DIREITO À TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA</b>	<b>321</b>
<b>7.1. Efeitos negativos: proibições à ação administrativa decorrentes da incidência direta dos direitos fundamentais</b>	<b>328</b>
7.1.1. <i>Vedação de atuação contrária ao conteúdo expresso ou implícito dos direitos fundamentais contido no bloco de constitucionalidade (para além das previsões legais)</i>	329
7.1.2. <i>Ação administrativa “contra legem”: recusa de aplicação de lei atentatória aos direitos fundamentais</i>	338
<b>7.2. Efeitos positivos: imposições de atuação administrativa derivadas da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais</b>	<b>405</b>
7.2.1. <i>Redução da discricionariedade administrativa em matéria de direitos fundamentais: preenchimento dos espaços de vazio normativo pela eficácia jurídica da dimensão objetiva</i>	406
7.2.2. <i>Atuação administrativa “praeter legem”: dever de realização dos direitos fundamentais independentemente de regulamentação legislativa</i>	423
<b>CAPÍTULO 8 – IMPACTOS DO DIREITO À TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA (EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS) SOBRE ALGUNS INSTITUTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO</b>	<b>443</b>
<b>8.1. Produção de atos jurídicos para a tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais</b>	<b>446</b>
8.1.1. <i>Direito ao devido processo administrativo: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio da Administração e dever de respeito aos precedentes administrativos e judiciais favoráveis ao cidadão</i>	446
8.1.2. <i>Direito à regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais: especificação normativa do conteúdo de direitos (e deveres administrativos correlatos) e universalização de prestações concedidas individualmente</i>	483
<b>8.2. Prestações fáticas e ferramentas administrativas de maximização da tutela dos direitos fundamentais sociais</b>	<b>494</b>

8.2.1. <i>Direito ao serviço público adequado: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material</i> .....	495
8.2.2. <i>Direito à implementação de políticas públicas: ações de maximização da tutela dos direitos sociais e a proibição de proteção insuficiente</i> .....	519
<b>8.3. A reparação dos danos causados por omissão ofensiva à tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais</b> .....	<b>532</b>
8.3.1. <i>A desnecessidade de comprovação de culpa da Administração para gerar a sua responsabilidade por omissão ou ineficiência: uma proposta de releitura da teoria da “faute du service”</i> .....	532
8.3.2. <i>Elementos configuradores da responsabilidade objetiva do Estado por omissão ou ineficiência na satisfação dos direitos fundamentais sociais</i> .....	545
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>553</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>555</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Estado brasileiro tem apresentado, com sutis oscilações, um significativo índice de crescimento econômico. Situa-se atualmente na 7ª posição entre as economias mundiais, em virtude de seu elevado PIB nominal, que em 2012 alcançou a casa dos US\$ 2,396 trilhões.<sup>1</sup> Isso não significa, no entanto, que o país tenha alcançado um alto nível de desenvolvimento. A aferição desse fator, que anteriormente se limitava a levar em conta indicadores econômicos, atualmente é calculada por meio do índice de desenvolvimento humano (IDH), que além da renda engloba também indicadores sociais (educação e longevidade, diretamente relacionada à saúde). Nesse ponto, o Brasil encontra-se na 85ª posição, entre os 186 Estados examinados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).<sup>2</sup>

A explicação para esse distanciamento consiste na grave crise de distribuição, demonstrada pelo fato de o Brasil ser um dos países dotado de maior desnível entre os mais ricos e os mais pobres da população, situando-se entre os 12 países mais desiguais.<sup>3</sup> Ainda que na última década tenha havido reiteradas quedas dos índices de desigualdade de renda no país, informações do Censo 2010 demonstram que os 10% mais ricos no País têm renda média mensal trinta e nove vezes maior que a dos 10% mais pobres. Para que estes consigam reunir a renda média mensal daqueles (R\$5.345,22), teriam que juntar a sua remuneração mensal total (R\$137,06) durante três anos e três meses.<sup>4</sup>

Essa contradição entre a expressiva riqueza econômica e a drástica disparidade entre as posições sociais mais privilegiadas e as menos elevadas revela-se sintomática ao se verificar o baixo índice de satisfação dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos brasileiros. Embora o sistema constitucional pátrio tenha assegurado expressamente direitos como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência aos desamparados, previdência social, entre outros, ainda persiste um flagrante déficit entre a previsão normativa e sua efetivação na realidade prática. Alguns exemplos concretos prestam-se a evidenciar a afirmação.

A Constituição Federal, desde a sua promulgação em 1988, garante como direito fundamental o acesso gratuito ao ensino fundamental, em seus arts. 6º e 208, I e §1º. Contudo, no ano de 2006 – após quase vinte anos de vigência da Lei Fundamental – a taxa de escolarização dos brasileiros de 18 a 24 anos de idade não chegava a 32%.<sup>5</sup> Disso se pode inferir que inúmeros brasileiros não tiveram acesso à educação básica, constitucionalmente garantida, por conta da inação do Estado. O mesmo ocorre em relação à saúde. Atualmente, a taxa brasileira de

---

<sup>1</sup> Dados divulgados pelo Fundo Monetário Internacional, consultados no sítio: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/04/brasil-deve-recuperar-posto-de-6-maior-economia-em-2013-mostra-fmi.html>>. Acesso em 25 abr. 2013.

<sup>2</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Resumo: Relatório do Desenvolvimento Humano 2013 – A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado**. Washington DC: Communications Development Incorporated, 2013. p. 17. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2013.

<sup>3</sup> Dado extraído do site: <<http://oglobo.globo.com/economia/desigualdade-social-cai-pelo-12-ano-consecutivo-diz-fgv-4246915>>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>4</sup> As informações foram colhidas no site: <<http://www.sedufsm.org.br/index.php?secao=noticias&id=351>>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>5</sup> IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2005-2006**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3\\_10.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3_10.pdf)>. Acesso em 06 ago. 2008.

mortalidade infantil (crianças entre 0 e 5 anos) situa-se em 19,88 para cada mil nascimentos. A cifra pode parecer um avanço, se comparada com a taxa de 1990: 52,04 a cada mil nascimentos. Sucede que o Estado brasileiro situa-se na 90ª posição no *ranking* que avalia a mortalidade infantil em diversas nações, ficando atrás de vários países latino-americanos, como Cuba (taxa de 5,25), Chile (6,48), Argentina (12,8) e Colômbia (15,3), e significativamente abaixo de nações como Islândia (2,6) e Suécia (2,7).<sup>6</sup>

A baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais levou a doutrina brasileira a buscar, na dogmática constitucional, instrumentos jurídicos para assegurar a sua realização fática. A afirmação da plena e integral normatividade da Constituição, notadamente após o advento da nova ordem constitucional de 1988, produziu efeitos práticos notáveis nessa seara. Com apoio no art. 5º, §1º da Lei Maior, que estabelece textualmente a aplicabilidade imediata das normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, e no art. 5º, XXXV, que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito, passou-se a sustentar a possibilidade de se reivindicar judicialmente a satisfação de tais direitos pela via individual, nos casos de omissão ou atuação insuficiente da Administração Pública.

A jurisprudência acompanhou, em boa medida, as proposições nascidas no âmbito doutrinário. Especialmente em matéria de saúde, os juízes passaram cada vez mais a conceder prestações estatais postuladas individualmente, satisfazendo o direito daqueles que logravam acesso ao Poder Judiciário, mas sem resolver o problema da vasta maioria das classes marginalizadas da população. Muitos dos medicamentos fornecidos em razão de condenações judiciais não constam das listas oficiais de distribuição gratuita, sendo que alguns deles poderiam ser substituídos por fármacos constantes das relações de medicamentos essenciais e outros sequer possuem eficácia comprovada. Os impactos no orçamento destinado ao atendimento do direito à saúde cresceram exponencialmente. Uma pesquisa empírica realizada em 2005 investigou todas as ações movidas por cidadãos naquele ano em face da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, por meio das quais se postulava a concessão de remédios. Dos 170 processos, verificou-se que foram gastos R\$876.000,00 somente para itens que não constavam da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais, dos quais 73% poderiam ser substituídos. Constatou-se, ademais, que de todas as verbas despendidas, 75% foram destinadas à aquisição de antineoplásicos, cuja comprovação de eficácia necessitava de mais ensaios clínicos.<sup>7</sup>

Em face desse cenário, emerge uma problemática que carece de investigação específica. Se o reduzido grau de fruição dos direitos sociais no Brasil constitui obstáculo à elevação do índice de desenvolvimento humano, importando manutenção das graves desigualdades existentes na sociedade brasileira, a sua efetivação prioritariamente pelo Poder Judiciário, em ações individuais propostas pelas classes média e alta da população, não se apresenta como solução ideal. Pelo contrário: ela pode contribuir para o aumento do fosso entre os mais ricos e os mais pobres, já que aqueles que desfrutam de melhores condições financeiras e de informação para obter a tutela judicial dos seus direitos individualmente acabam desviando, para a sua satisfação pessoal, recursos que seriam destinados ao atendimento da camada mais necessitada da sociedade. Com isso, nota-se que a via do Poder Judiciário não é a única, nem a principal, nem a

---

<sup>6</sup> Conforme dados extraídos da revista médica **The Lancet**. Disponível em <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)60703-9/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)60703-9/fulltext)>.

<sup>7</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, nº 2, São Paulo, Universidade de São Paulo, p. 214-222, 2007. p. 214.

mais adequada forma de promoção dos direitos fundamentais sociais – embora seja, sem sombra de dúvidas, uma possível e imprescindível via para tanto.

Partindo da realidade fática e institucional brasileira, constata-se que a atuação do Poder Público pátrio nessa seara tem se desenvolvido de forma ofensiva a dois princípios constitucionais, que serão utilizados como nortes para a orientação da pesquisa: o *desenvolvimento* e a *igualdade*.

De um lado, a ação da Administração Pública peca por omissões inconstitucionais, que impedem o *desenvolvimento social* por inviabilizar uma adequada elevação das condições de vida da população, por conta da ilegítima defesa de interesses secundários, muitos dos quais exclusivamente fazendários, pela máquina administrativa. Negam-se prestações ligadas a direitos fundamentais sociais já amplamente reconhecidas pela jurisprudência e a Administração continua aplicando leis que versam sobre direitos fundamentais e já foram reiteradamente declaradas inconstitucionais pelo controle judicial difuso, ao invés de afastar a sua aplicação em decorrência da incidência direta das normas definidoras de tais direitos. Deixa-se de conferir prioridade a ações sociais constitucionalmente obrigatórias para privilegiar outras áreas de atuação. Com isso, obstaculiza-se o desenvolvimento social definido pela Constituição como objetivo fundamental da República.

De outro lado, a atuação jurisdicional, embora muitas vezes bem intencionada, privilegia de forma desigual parcela dos cidadãos, notadamente aqueles que ostentam maiores níveis de informação e renda para conseguir obtê-los pela via do Poder Judiciário. Violenta-se, com isso, a integridade constitucional do princípio da *igualdade*, subvertendo as razões que justificam a proteção dos direitos sociais pelas Constituições. Como estes passaram a ser consagrados pelos sistemas constitucionais justamente para reduzir as desigualdades, as ações estatais que pretendem efetivá-los não podem agravá-las, sob pena de inaceitável contrassenso. A atuação do Poder Público nessa matéria deve se pautar pelo princípio que anima a tutela constitucional dos direitos sociais: a promoção da igualdade. Concessões de prestações individualizadas, sem a concomitante universalização do atendimento da demanda, acabam por fulminar a própria razão de ser da proteção jurídica dos direitos em questão.

Apresentado o *problema* que se pretende investigar, cumpre apontar as *duas hipóteses* a partir das quais se formulará a tese a seguir apresentada. A *primeira hipótese* da qual se parte nesta pesquisa é a de que *muitos dos problemas suscitados no campo das atividades administrativas necessárias à implementação espontânea, integral e igualitária dos direitos fundamentais sociais poderiam ser amenizados com a revisão ou relativização de alguns dogmas criados pela ciência do Direito Administrativo clássico, desenvolvido e consolidado no século XIX, que não mais coadunam com o panorama constitucional do Estado Social e Democrático contemporâneo*.

O fato de o exame dos temas de Direito Público, como é o caso dos direitos fundamentais, ser efetuado primordialmente sob o prisma do controle judicial deriva do acolhimento de pressupostos do paradigma liberal do Estado de Direito, perspectiva essa que ainda exerce influência dominante sobre o Direito Administrativo.<sup>8</sup> Esta disciplina jurídica, no entanto, mantendo os resultados até aqui já conquistados, não deve limitar-se a estudar a controlabilidade do agir administrativo pelo Poder Judiciário. Impõe-se, também, abrir novos horizontes e dirigir o foco das investigações do Direito Administrativo para aqueles setores da

---

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 13.

atuação da Administração que devem – e podem – ser melhorados sem qualquer interferência dos juízes.

A segunda hipótese que norteará os rumos da investigação é a de que *de um lado, a dogmática do Direito Administrativo ainda não incorporou adequadamente três categorias centrais da dogmática contemporânea dos direitos fundamentais, que se afiguram tendentes a relativizar alguns axiomas dessa disciplina jurídica: (i) a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais; (ii) a dupla dimensão – subjetiva e objetiva – desses direitos; (iii) a sua multifuncionalidade; de outro, a dogmática do Direito Constitucional não explora suficientemente os institutos do Direito Administrativo como mecanismos de implementação dos direitos fundamentais sociais, focando-se sobretudo nas ferramentas jurisdicionais disciplinadas pelo Direito Processual.*

Essas três categorias, ao que tudo indica, mostram-se capazes de matizar alguns dos dogmas do Direito Administrativo clássico, adaptando-os a determinadas exigências sociais hodiernas e permitindo que as soluções para a implementação espontânea, integral e igualitária dos direitos fundamentais sociais sejam buscadas nos próprios institutos desse ramo jurídico, afastando-se do foco jurisdicional a centralidade dos debates. A sociedade brasileira precisa, conforme averba Luiz Edson Fachin, de “mais justiça e menos Judiciário como protagonista de espetáculos”. Ainda que seja “positivo o saldo da jurisdição constitucional brasileira”,<sup>9</sup> é preciso chamar atenção para o fato de que a plena e integral realização dos direitos fundamentais sociais não se dará exclusivamente por essa via.

Diante da problemática apontada e das hipóteses acima lançadas, o substrato teórico que oferece supedâneo à tese ora apresentada é composto por *cinco elementos*.

(a) O primeiro elemento consiste na necessidade de o Direito Administrativo levar em consideração a *dupla dimensão* (subjetiva e objetiva) dos direitos fundamentais, aplicando essa construção da dogmática constitucional aos seus institutos.

A assertiva deriva da percepção de que a teoria brasileira do Direito Administrativo, no que tange ao tema da efetividade dos direitos fundamentais, ainda se mostra ancorada essencialmente em um viés *liberal-individualista-subjetivista*, que se prende fortemente ao Poder Judiciário como resposta a essa questão. Cuida-se de um ideário que imprime prevalência à natureza *subjetiva* dos direitos fundamentais, relegando ao esquecimento a eficácia jurídica de seu caráter *objetivo*. Tal visão acaba por supervalorizar a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e deslocar o centro do debate ao Direito Processual Civil, buscando corrigir as dificuldades de sua satisfação de modo pontual, casuísta, repressivo, individualista e não raras vezes anti-isonômico. Os cidadãos que desfrutam de melhores condições financeiras e de informação conseguem ter acesso ao Poder Judiciário e, com isso, têm suas pretensões subjetivas atendidas, ao passo que os socialmente excluídos – ainda que se encontrem em idêntica situação quanto à violação de seus direitos – permanecem desamparados. E com isso, deixa-se de pesquisar mecanismos de tutela administrativa, pensados sob o prisma material do Direito Administrativo, que sejam capazes de resolver os entraves impostos à promoção dos direitos fundamentais sociais de maneira universal, programada, preventiva, coletiva e igualitária.

Uma das possíveis origens desse quadro pode ser extraída da leitura da obra de Fernando Dias Menezes de Almeida, da qual se colhe uma constatação resultante das

---

<sup>9</sup> FACHIN, Luiz Edson. 2014: o ano que pode não acabar. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 11.01.2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/conteudo.phtml?id=1438971&tit=2014-o-ano-que-pode-nao-acabar>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

investigações por ele empreendidas sobre as tendências do Direito Administrativo brasileiro pós-1988. Sustenta o autor que na conjuntura contemporânea a doutrina nacional se bifurca em duas correntes, cada qual enfatizando mais um eixo valorativo como fonte inspiradora dos fins a que se destina a disciplina jurídica em questão: (i) a “Escola dos Direitos Fundamentais”, que põe acento em tais direitos a partir de um viés *liberal-subjetivista*, preocupado preponderantemente com os *sujeitos* que os titularizam e com a garantia de um espaço de *liberdade* infenso à ingerência administrativa; (ii) a “Escola do Interesse Público”, que atribui destaque a esse valor sob um viés *estatizante-publicista*, já que propugna por uma significativa intervenção *estatal* para a promoção dos direitos fundamentais, os quais são concebidos através do prisma do interesse *público*.<sup>10</sup>

Frente a divisão, o que se denota é que tais formas de se pensar não podem ser encaradas como disjuntivas ou opostas. A fisionomia dúplici ou bidimensional que ostentam os direitos fundamentais, compostos por uma vertente subjetiva e outra objetiva, reclama uma síntese das duas perspectivas acima mencionadas. A mentalidade essencialmente *liberal-subjetivista* é insuficiente, pois se foca somente no cunho *subjetivo* dos direitos fundamentais e em sua função *defensiva* contra ações administrativas invasivas. É imprescindível observar a tarefa de implementar os direitos fundamentais também sob a óptica do *interesse público*, levando em conta a natureza *objetiva* de tais direitos, a qual revela a sua faceta *transindividual*. O interesse geral se apresenta como a dimensão coletiva dos direitos fundamentais, que há de ser concretizada de ofício pela Administração Pública, independentemente de reivindicações subjetivas, eis que se tratam de porções indivisíveis dos bens jurídicos jusfundamentais. Nesse sentido, a promoção dos direitos fundamentais no Estado Social consiste em um tema intimamente dependente das estruturas administrativas organizativas e procedimentais necessárias ao oferecimento de prestações estatais positivas, algo que só pode ser encarado por um viés coletivo e *estatizante-publicista*.

(b) O *segundo* elemento, decorrente do anterior, diz respeito à necessidade de que o Poder Público satisfaça os direitos fundamentais de forma *integral*, o que só será viabilizado se o Direito Administrativo der atenção à *multifuncionalidade* de tais direitos, conferindo operatividade plena a todas as funções por eles exercidas.

Não basta que a Administração deixe de agredir comissivamente os bens jurídicos jusfundamentais das pessoas, respeitando a sua eficácia *defensiva*. Ela precisa também fornecer as condições materiais para que os direitos fundamentais sejam fruídos pelos cidadãos (função de *prestações fáticas*), além de criar normas jurídicas para instituir organizações e procedimentos adequados ao exercício universalizado desses direitos (função de *prestação normativa de organização e procedimento*) e proteger tais bens jurídicos contra lesões praticadas por outros particulares (função de *prestação normativa de proteção*). Essas três últimas funções dependem sobremaneira do Direito Administrativo para serem levadas a efeito. Não de qualquer Direito Administrativo: elas exigem um modelo que não se ocupe apenas da defesa das liberdades e dos direitos subjetivos individuais, mas que, ao revés, outorgue a devida relevância à satisfação dos interesses gerais pelo Poder Público.

É justamente para atender a essas outras funcionalidades dos direitos fundamentais que a teoria do Direito Administrativo não pode permanecer aprisionada em uma racionalidade

---

<sup>10</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. f. 18-21; 309-310; 326-327; 335; 410.



individualista de roupagem *liberal-subjetivista*. Mostra-se imprescindível pensar nas categorias, figuras e institutos dessa disciplina jurídica – ato e processo administrativo, regulamento, serviço público, responsabilidade civil do Estado... – também pela matriz *estatizante-publicista*, a qual busca sublinhar que à Administração Pública não compete apenas tutelar interesses individuais juridicizados na forma de direitos subjetivos. Ela se encontra igualmente obrigada a dar efetividade aos interesses transindividuais titularizados pela coletividade.

Vale-se aqui do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual conceitua o interesse público como “*o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem*”. O jurista compreende, nessa linha, que tal interesse constitui a “*dimensão pública dos interesses individuais*”.<sup>11</sup> Ao tempo em que fornece essa explicação, o autor realça a estreita relação que a noção de interesse público guarda com a proteção dos direitos dos cidadãos,<sup>12</sup> deixando claro a todas as luzes que a missão da Administração Pública é composta por uma tarefa dúplice: atender aos interesses individuais que foram juridificados na forma de direitos e, concomitantemente, satisfazer os interesses públicos que foram estampados na ordem jurídica como metas a serem atingidas pelo Estado, e que dizem respeito à dimensão coletiva dos interesses individuais.

Com vistas a esse alerta, torna-se possível enxergar a urgência de se desenvolver, no marco do Direito Administrativo, técnicas e instrumentos jurídicos que forcem a Administração Pública a efetivar os direitos fundamentais sociais em sua *integralidade*, e não apenas no que concerne às suas parcelas que integram o chamado mínimo existencial. Além de ter de fornecer prestações materiais pontuais e individualizadas, o Estado deve ser compelido a estruturar-se e organizar-se racionalmente para cumprir todas as exigências que a Constituição lhe impõe.

Apenas para dar um exemplo: é muito pouco, num país que adota a cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, contentar-se em aceitar a possibilidade de acionar judicialmente o Poder Público pela via individual para assegurar ao cidadão uma vaga na escola pública. O mecanismo é indispensável, mas não resolve o problema em termos globais. É preciso admitir também, entre inúmeros outros exemplos que poderiam ser aventados, que os poderes constituídos estão juridicamente obrigados a expedir regulamentos que fixem critérios para garantir a igualdade de acesso à escola – um interesse *transindividual* que, se satisfeito, eliminará as situações de pessoas excluídas do sistema educacional. Faz-se imperioso, pois, expandir os horizontes da dogmática jurídica para outras atividades administrativas que também devem ser executadas, e, quando não o são, produzem impactos de incidência coletiva, ao invés de preocupar-se somente com o conteúdo mais urgente do direito fundamental (núcleo essencial) que necessita ser imediatamente atendido.

(c) O *terceiro* elemento se refere ao fato de que, por força da *aplicabilidade imediata* dos direitos fundamentais, a Administração Pública encontra-se obrigada a realizá-los de forma *espontânea*, independentemente de coerções judiciais. Conforme adverte Romeu Felipe Bacellar Filho, “o ideal seria que, em todas as áreas, o Direito se realizasse espontaneamente”.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 182-183.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 59-70.

<sup>13</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Editorial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 9-12, jan./mar. 2013. p. 9.

A Administração Pública no Brasil, baseada em uma concepção estrita do princípio da legalidade, muitas vezes utiliza-o não como uma garantia em favor do cidadão, mas como uma escusa para ofender, por ação ou omissão, os seus direitos fundamentais. O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais pode vir a conflitar com a ideia de vinculação *negativa* da Administração à lei, que proíbe sua atuação *contra legem*, e com a noção de vinculação *positiva* da Administração à lei, que veda sua atuação *praeter legem*. Se o princípio da legalidade foi concebido para proteger os direitos fundamentais do cidadão, e se tais direitos desfrutam de aplicabilidade imediata, deveria a Administração cumprir a lei quando ela os agredisse? Deveria também negar-se a atuar positivamente para satisfazê-los sob o argumento de que inexistente norma legal determinando a obrigatoriedade de sua ação?

Outra questão, também relacionada à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, consiste em uma distorcida interpretação do significado jurídico do interesse público, que sugere que os advogados públicos estão submetidos ao “dever de recorrer de ofício em face da supremacia do interesse público”.<sup>14</sup> Se os direitos fundamentais, no Estado Social e Democrático de Direito contemporâneo, integram o cerne do interesse público, estariam os procuradores públicos obrigados a recorrer mesmo em questões já pacificadas na jurisprudência em favor dos direitos dos cidadãos? Parece que, também nesse ponto, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais conduz a uma resposta diversa, já que a Administração está obrigada, antes de tudo, a satisfazê-los *sponte propria* e em sua máxima plenitude.

(d) O *quarto elemento* consiste na necessidade de se pensar em meios para que a efetivação dos direitos fundamentais sociais ocorra mediante um tratamento *igualitário*. De acordo com Clèmerson Merlin Clève, uma das funções dos direitos fundamentais é a de *não discriminação*, que obriga o Estado a disponibilizar aos cidadãos de forma igualitária os bens e serviços indispensáveis ao seu atendimento (ressalvadas as discriminações positivas, necessárias a proporcionar a igualdade material). Por conta dessa função, exige-se que “os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (ideia de universalidade), implicando para o particular o poder de reivindicar (...) idêntico tratamento”.<sup>15</sup>

Esse elemento, decorrente da cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, pode produzir significativas repercussões no âmbito dos institutos do Direito Administrativo. Por força do princípio constitucional da igualdade, não deveria a Administração respeitar os seus precedentes, dispensando tratamento isonômico aos cidadãos situados em idênticas condições que reclamam os seus direitos pela via do processo administrativo? E não incumbiria também à própria Administração Pública universalizar a concessão de prestações materiais que ela forneceu a determinados indivíduos, isoladamente, apenas porque eles obtiveram uma sentença judicial? No princípio da igualdade, conjugado com os elementos antes indicados, parece residir um forte potencial transformador de alguns institutos e modos de agir da Administração, com vistas a uma satisfação justa dos direitos fundamentais sociais.

(e) O *quinto elemento* que compõe o subtrato da presente tese visa a materializar os quatro anteriores: trata-se do reconhecimento, no Direito brasileiro, do *direito fundamental à*

---

<sup>14</sup> Trecho da ementa da seguinte decisão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1121306/SP. Relator Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 21.10.2010. DJe 28.10.2010.

<sup>15</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 102.

*tutela administrativa efetiva*. Esse direito foi recentemente consagrado na Carta Iberoamericana dos Direitos e Deveres do Cidadão em Relação com a Administração Pública, aprovada em 10 de outubro de 2013 pelo *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* (CLAD),<sup>16</sup> cuja redação foi confiada pelo Conselho Diretivo da entidade ao Professor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.<sup>17</sup>

Antes disso, o direito à tutela administrativa efetiva já havia sido reconhecido pela jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, no caso “*Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER*”.<sup>18</sup> No julgado, o Tribunal traça um paralelo entre o direito à tutela *judicial* efetiva, aplicável em sede judicial, e o então reconhecido direito à tutela *administrativa* efetiva, incidente sobre a esfera administrativa. No julgado, busca-se evidenciar o processo administrativo como mecanismo de tutela dos direitos, compreendido a partir do cidadão e não mais à luz dos privilégios e prerrogativas da Administração, estendendo a ele princípios conquistados no plano do processo judicial. Buscou-se frisar que a tutela efetiva dos direitos fundamentais não compete só ao juiz, mas também à Administração. A esta também compete realizá-los imediatamente e na maior medida possível.

Inspirando-se nessa construção teórica, a presente tese visa a lançar mão da categoria da *tutela administrativa efetiva*, extraindo-a implicitamente do sistema constitucional brasileiro (art. 5º, §§1º e 2º e art. 37, *caput*), para empregá-la como mecanismo apto a atrair o conteúdo dos múltiplos deveres da Administração Pública em termos de implementação de direitos fundamentais sociais. Distintamente da concepção argentina, que se restringe à sua aplicação no processo administrativo, propõe-se a traçar o conteúdo e os efeitos jurídicos desse direito no campo de outros institutos do Direito Administrativo, dos quais o Poder Público se utiliza para promover os referidos direitos. Cabe, assim, identificar os deveres que emanam do *direito fundamental à tutela administrativa efetiva* no campo dos serviços públicos, das políticas públicas, do regulamento e do ato administrativo, da responsabilidade civil do Estado e do próprio processo administrativo, sempre que eles forem manejados para a satisfação de direitos fundamentais sociais.

O direito à tutela administrativa efetiva tem como ideia-chave a imposição do dever, à Administração Pública, de realizar espontaneamente e na máxima medida toda a potencialidade dos direitos fundamentais. Como consequência desse direito, todos os entraves jurídicos ou materiais existentes para a satisfação plena dos direitos fundamentais devem ser afastados. Se a tutela administrativa efetiva significa a necessidade de a Administração empregar todas as técnicas e meios adequados a proteger e promover os direitos dos cidadãos, disso decorre o dever de reconhecê-los espontaneamente, e não o dever de conflito permanente do Estado com os particulares. Com isso, o direito à *tutela judicial efetiva* se torna apenas a última *ratio*, a ser aplicada somente em situações excepcionais em que o direito à *tutela administrativa efetiva* tiver

<sup>16</sup> CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. **Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública**. Caracas, 2013. Disponível em: <<http://www.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>>. Acesso em: 15.11.2013.

<sup>17</sup> LA ADMINISTRACIÓN AL DÍA. **El catedrático Rodríguez-Arana redactará la Carta de Derechos Ciudadanos de Iberoamérica**. 14.02.2013. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Disponível em: <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1500246>>. Acesso em: 08.05.2013.

<sup>18</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “*Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER*”. Fallos 327:4185 (2004).

sido descumprido, e caminha-se rumo a uma redução da quantidade de processos tramitando no Poder Judiciário.

Para enfeixar os demais elementos antes apresentados, propõe-se que a tutela administrativa efetiva seja compreendida como o direito do cidadão: (1) *de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos*; (2) *que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (praeter legem) ou contrariamente à lei (contra legem)*; (3) *e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais*.

A partir desses cinco elementos, pretende-se defender a seguinte tese: *a Constituição Federal reconhece ao cidadão brasileiro o direito fundamental à tutela administrativa efetiva, o qual: (i) impõe à Administração Pública o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer os direitos fundamentais sociais em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação praeter legem ou contra legem para não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social; e (ii) obriga-a a atender de forma igualitária todos os titulares de idênticas posições subjetivas jusfundamentais, adotando de ofício medidas aptas a universalizar prestações concedidas individualmente por requerimentos administrativos ou condenações judiciais, sob pena de responsabilização estatal objetiva individual ou coletiva, a depender da natureza da pretensão jurídica em questão*.

## PARTE I – A COMPLEXIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: EM BUSCA DE UMA LEITURA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO DE 1988

A investigação acerca do significado jurídico da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais sobre a Administração Pública, com a identificação da plêiade de deveres que sobre ela recaem para satisfazê-los integralmente e de forma igualitária, reclama uma reflexão prévia. Impõe-se uma incursão anterior sobre a natureza, o regime jurídico, a estrutura normativa e o grau de exigibilidade que a Constituição brasileira de 1988 imprimiu a esses direitos, esclarecendo algumas confusões dogmáticas habituais nessa matéria.

É que a temática da efetivação dos direitos fundamentais em geral, e dos sociais em particular, não se restringe ao campo do Direito Constitucional: ela demanda o domínio de categorias de outros ramos do conhecimento jurídico, notadamente do Direito Administrativo e, no caso brasileiro, do Direito Processual Civil.<sup>19</sup> Não raro são empregadas construções teóricas de um desses campos do saber, forjadas em séculos passados, para operacionalizar institutos desenvolvidos mais recentemente por outros ramos do Direito sob uma racionalidade completamente distinta. E essa falta de diálogo, bem como de historicização de cada figura que se pretende utilizar, acaba gerando impasses, anacronismos e frustrações na concretização dos objetivos constitucionais.

A dificuldade de se desprender de algumas compreensões sedimentadas no século XIX, pautadas em uma ideologia liberal, individualista e subjetivista, não apenas empobrece os esquemas de tutela dos direitos fundamentais sociais, como também inviabiliza a sua satisfação coletiva e universalizada. Impede, ademais, a percepção de que algumas condutas omissivas da Administração frente a deveres objetivos que não se enquadram em uma relação jurídico-subjetiva transgridem os mandamentos constitucionais (ainda que, se adotado um viés oitocentista, aparentem estar legitimamente situadas dentro da esfera da discricionariedade administrativa). É preciso afinar as concepções do Direito Administrativo e do Direito Processual Civil com a perspectiva de um constitucionalismo igualitário, para lograr a materialização do conteúdo da Constituição em sua totalidade.

Este é o objetivo da primeira parte deste estudo: dedicar-se às formulações contemporâneas da teoria dos direitos fundamentais, delas extraíndo efeitos normativos concretos, e confrontá-las com eventuais conceitos teóricos e legais que não se revelam ajustados à realidade constitucional atual. Com isso, pretende-se cimentar as premissas necessárias à readequação de alguns dogmas e teorias a propósito da atuação da Administração Pública em matéria de direitos fundamentais sociais, para então explorar as novas

---

<sup>19</sup> A ressalva quanto à especificidade brasileira reside no fato de que, diferentemente de outros ordenamentos, na ordem jurídica pátria os processos judiciais originados de ações propostas pelo particular em face da Administração Pública são, em geral, regidos pelo Código de Processo Civil (salvo no caso de ações de procedimentos especiais, tais como o mandado de segurança, a ação popular e o *habeas data*, regidas por leis específicas). O ramo do Direito que se ocupa da disciplina jurídica de tais processos judiciais é o Direito Processual Civil, mesmo campo do conhecimento que se dedica ao estudo das ações propostas por um particular em face de outro, já que o diploma normativo de regência é, em geral, o mesmo. Em outros sistemas – como o espanhol e o argentino, por exemplo – a tratativa se passa de forma distinta, uma vez que neles estão previstas regras processuais em leis próprias para regular as ações propostas contra a Administração, estudadas pelo Direito Processual Administrativo.

potencialidades e funcionalidades de institutos clássicos do Direito Administrativo com vistas à consolidação efetiva desses direitos.

## CAPÍTULO 1 – AS DEFICIÊNCIAS DOS ATUAIS DISCURSOS SOBRE A EXIGIBILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PERANTE OS PODERES PÚBLICOS

A proliferação doutrinária de pesquisas sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, maiormente após a promulgação da Constituição de 1988, instaurou uma multiplicidade de discursos apoiados em matrizes filosóficas e ideológicas variadas, muitas das quais divergentes e contraditórias. No que toca ao reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, como se verá mais adiante, concepções liberais, positivistas, procedimentalistas, institucionalistas, entre tantas outras, ofereceram soluções diferenciadas para a problemática.

Embora persistam muitas dessas leituras distintas, inclusive as que negam aos direitos sociais a condição de autênticos direitos fundamentais e, por consequência, sua aplicação direta e sindicabilidade judicial, uma tendência específica ganhou corpo no Poder Judiciário brasileiro na última década. Trata-se da ideia segundo a qual os sobreditos direitos enquadram-se no conceito de *direito subjetivo* e são, portanto, plenamente justiciáveis.<sup>20</sup> A proposta, bem intencionada, visava a emprestar de uma vez por todas efetividade ao tecido constitucional, e encontrou eco na jurisprudência nacional.<sup>21</sup>

No entanto, a falta de apuro técnico para compreender *em que medida e em quais situações* os direitos fundamentais – não apenas os chamados “sociais” – se apresentam como uma pretensão jurídico-subjetiva, apta a ser reclamada judicialmente pela via individual, acarretou consequências destoantes das diretrizes constitucionais. Gerou-se um senso comum teórico, consoante o qual “se direito social é direito subjetivo, eu posso postular judicialmente as prestações que, ao meu juízo, estão contempladas por ele”. Uma avalanche de ações judiciais, sobretudo em matéria de saúde, passou a assolar o Poder Judiciário. O juiz tornou-se o protagonista da realização desses direitos, ganhando, também, a atenção hegemônica da doutrina especializada. À Administração Pública e ao legislador relegou-se um papel secundário, ao menos no âmbito da investigação científica acerca da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.

Sendo a proposta deste trabalho analisar os deveres que a Constituição endereça à Administração para a concretização de tais direitos, proporcionando a sua satisfação igualitária e democrática, e verificar as consequências jurídicas de sua omissão nesse desiderato, este capítulo inicial tem por escopo apontar alguns dos principais problemas dos discursos atuais sobre a exigibilidade imediata dos direitos sociais. As deficiências encontradas se dividem em três: (1.1.) a *falta de percepção* quanto à natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais no Estado

---

<sup>20</sup> O entendimento é adotado por Luís Roberto Barroso. O autor, asseverando ser válida a aplicação da categoria “direito subjetivo” aos direitos previstos constitucionalmente, assinala as suas características essenciais: “a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial”. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_ . **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 74.

<sup>21</sup> É o caso, por exemplo, do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. (...) O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é *garantia subjetiva do cidadão*, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 17.02.2011. DJe 08.03.2012.

Social e Democrático de Direito; (1.2.) o *maniqueísmo* do debate sobre a exigibilidade judicial desses direitos, derivado da falta de diálogo entre os discursos; (1.3.) o *silêncio* da doutrina em dizer, após um exame atento e profundo, qual é o conteúdo dos deveres jurídicos da Administração Pública em matéria de direitos fundamentais sociais.

### **1.1. A falta de percepção quanto à natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito: uma herança da “fantasia das gerações de direitos”**

O primeiro alerta que deve ser feito diz respeito ao anacronismo de tentar transplantar de forma mecânica conceituações elaboradas no século XIX à lógica dos direitos fundamentais. É o que ocorre com as figuras do *direito subjetivo* em sua vertente privatista e do *direito público subjetivo*, de cariz publicista. O intento de vestir os direitos sob exame com tais armaduras jurídicas é uma das causas que prejudica a sua adequada performance no cenário constitucional atual.

A manutenção desse apego deve-se, em parte, à malfadada “fantasia das chamadas gerações de direitos”.<sup>22</sup> A tradicional referência ao surgimento de diversas gerações de direitos fundamentais, que foram sucessivamente positivando nas Constituições direitos de diferentes espécies, gerou a seguinte explicação reducionista: (i) a *primeira geração* seria fruto do “Estado Liberal de Direito” de fins do século XVIII, momento em que se reconheceram como direitos essenciais do homem as liberdades individuais, cujo conteúdo se limitaria a restringir o campo de atuação do Poder Público, dirigindo-lhe o *dever de abstenção de interferência nas esferas jurídicas dos cidadãos*; (ii) a *segunda geração* emergiria com o “Estado Social de Direito”, que teve seus embriões no início do século XX mas cuja consolidação se deu após a Segunda Guerra Mundial, modelo no qual direitos dos trabalhadores e direitos a prestações fáticas como saúde, educação e assistência – batizados de “direitos sociais” – passaram a ser constitucionalmente recolhidos, com a característica primordial de impor *deveres de ação positiva e interventiva ao Estado*, para a promoção da igualdade material e da justiça social; (iii) a *terceira geração*, nascida no último quarto do século XX, teria derivado da necessidade de tutela de bens jurídicos indivisíveis em uma sociedade de massa, tendo como traço distintivo a *titularidade transindividual – coletiva e difusa – dos direitos*, haja vista a impossibilidade de apropriação individual dos interesses por eles resguardados.

A doutrina, já há algum tempo, vem tecendo críticas procedentes a essa classificação, sob o *ponto de vista histórico*. De um lado, porque ela faz transparecer uma substituição paulatina da geração anterior pela subsequente, quando na realidade os direitos não previstos anteriormente complementam aqueles que já haviam sido salvaguardados, agregando novos conteúdos protetivos ao ser humano sem abandonar as pretensões jusfundamentais previamente tuteladas,<sup>23</sup> formando um bloco de proteção indivisível. Essa complementaridade e

<sup>22</sup> A expressão é de TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 24-25.

<sup>23</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida, nesse influxo, destaca que “a agregação de aspectos de garantia de bem-estar social, bem como a preocupação com valores inerentes à solidariedade humana em nível global” não eliminaram a proteção das liberdades como elemento fundamental da noção de Estado de Direito. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dez ideias sobre a liberdade, extraídas da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger



indivisibilidade se verificariam, por exemplo, pelo fato de que sem condições materiais de existência digna, propiciadas pelos direitos sociais, as liberdades individuais não poderiam ser efetivamente exercidas.<sup>24</sup> De outro lado, porque essa construção retrata um cenário eurocêntrico e historiograficamente inadequado, visto que nem todos os Estados passaram por todas essas etapas, ou não vivenciaram a positivação de tais direitos nessa mesma ordem cronológica.

Alguns autores propõem, em razão disso, modificar a nomenclatura de *gerações* para *dimensões*, tentando afastar as aludidas impropriedades.<sup>25</sup> Mas a mudança, na prática, não altera em absolutamente nada o problema. Embora tais refutações sejam válidas, elas não constituem o principal defeito da classificação geracional dos direitos fundamentais. Não é preciso muito esforço para perceber que os direitos de liberdade continuam sendo albergados nas Constituições dos Estados verdadeiramente democráticos, ainda que com o advento dos direitos sociais e dos transindividuais, que logicamente não os substituíram, ou que a sequência supramencionada não reflete a experiência de todas as nações contemporâneas, tratando-se de uma generalização inidônea.

O grande prejuízo encontra-se no *plano jurídico-dogmático*, e deriva da suposição de que cada uma dessas “espécies” de direitos fundamentais possui caracteres jurídicos que lhe são próprios e que a distinguem das outras modalidades.<sup>26</sup> Dessa explanação advêm *dois mitos*, que pairam sobre o senso comum teórico dos direitos fundamentais e consistem em verdadeiros entraves para a apreensão de sua complexidade (e, conseqüentemente, para a sua realização integral e não meramente parcial). Ambos conduzem a um prestigamento da força jurídico-imperativa dos direitos chamados “de primeira geração”, pois só estes se amoldariam com perfeição aos caracteres da figura que confere ao cidadão o mais alto nível de proteção pelo Direito: o *direito subjetivo*.

O primeiro mito, decorrente da divisão entre a primeira e a segunda geração, é a ideia de que os “direitos de liberdade” prescindem de prestações positivas fáticas e normativas para a sua proteção, diferentemente dos “direitos sociais”, que careceriam de regulamentação do seu conteúdo e altos custos para serem implementados. Isso conferiria aos primeiros a condição de genuínos *direitos subjetivos (públicos)*, porque oponíveis ao Estado), dotados de aplicação imediata e independente de lei integrativa, cuja satisfação total se alcançaria mediante uma ordem judicial de não fazer expendida ao Poder Público. Aos segundos, por sua vez, faleceria o *status* de verdadeiros *direitos subjetivos*, na plenitude do termo. Embora pudessem ser reivindicados judicialmente, sua efetivação dependeria da existência de regulamentação infraconstitucional e de disponibilidade orçamentária. Careceriam de aplicabilidade imediata,

Stiefelmann (Orgs.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia:** homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 232.

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

<sup>26</sup> Essa explicação, da qual se discorda frontalmente pelos motivos adiante expendidos, é apresentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que “as três gerações, como o próprio termo *gerações* indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem ‘famílias’ de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares. Ressalve-se, no entanto, que, no concernente à estrutura, há direitos que, embora reconhecidos num momento histórico posterior, têm a que é típica de direitos de outra geração. Mas isso é um fenômeno excepcional”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24. Diferentemente do autor, o que se sustentará no presente trabalho é que a estrutura e as características de todos os direitos fundamentais é rigorosamente a mesma, não havendo qualquer excepcionalidade nisso.

portanto. Contra esse mito, parte da doutrina e da jurisprudência acabou por opor o argumento de que se tratariam sim de autênticos direitos subjetivos, integralmente exigíveis na esfera judicial, tentando enquadrá-los nas categorias antes citadas, criadas no século XIX.<sup>27</sup> Tal proposta de combate, que representou grande avanço na dogmática constitucional brasileira, atualmente se revela insuficiente e não resolve a questão.

O segundo mito está no reconhecimento de uma titularidade transindividual somente a determinados direitos, ditos “de terceira geração”. Essa noção induz ao entendimento de que certos direitos fundamentais são, por essência e em sua totalidade, titularizados somente por grupos determinados ou por uma coletividade indefinida. Seria o caso do meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Tais direitos não seriam passíveis de tutela judicial individual, mas somente por instrumentos processuais coletivos. Isso enfraqueceria a sua proteção jurídica, pois se inúmeros sujeitos têm igual interesse em sua tutela, seria impossível amoldá-los ao conceito de *direito subjetivo*, seja em sua feição privatista ou publicista, eis que um dos elementos essenciais dessa figura seria a atribuição de titularidade a um indivíduo determinado.

Esses dois mitos levam a uma *visão de túnel* dos direitos fundamentais: olha-se apenas para a função de defesa dos direitos de liberdade, para a função de prestação fática dos direitos sociais e para a titularidade transindividual dos direitos coletivos, quando na realidade todos ostentam essas três características. Como se pretende demonstrar a seguir, todos os direitos fundamentais, dada a complexidade de sua natureza jurídica e estrutura normativa, reúnem concomitantemente a totalidade dos traços que supostamente seriam peculiares a cada uma das gerações: (i) impõem deveres negativos ao Estado; (ii) dirigem ao Poder Público obrigações de fornecer prestações fáticas e normativas; (iii) ostentam a titularidade transindividual alegadamente exclusiva dos “direitos de terceira geração”, bem como, simultaneamente, a titularidade individual pretensamente típica dos “direitos de primeira e segunda geração”.

Já há tempos a doutrina vem criticando o primeiro mito, ao admitir que a imposição de condutas negativas e positivas (materiais e normativas) ao Estado é característica tanto dos direitos de liberdade quanto dos direitos sociais.<sup>28</sup> Mas em geral, os autores que a tecem não explicam como é que isso resolve a aparente dificuldade de aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais. Normalmente, mesmo reconhecendo que os direitos de todas as gerações pressupõem deveres de ação e abstenção estatal, costumam sustentar que todos eles desfrutam de aplicabilidade direta, mas afirmam que o grau de exigibilidade das liberdades públicas é maior do que o dos direitos sociais.<sup>29</sup> A tentativa de apontar a insuficiência desse raciocínio será

<sup>27</sup> Valendo-se da figura do direito subjetivo para conferir efetividade às normas constitucionais programáticas no campo dos direitos fundamentais sociais: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 220 *et seq.*

<sup>28</sup> Entre outros: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 55 *et seq.*; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 24; KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 47; AMARAL, Gustavo. **Direitos, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 69 *et seq.*

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 268 e 271; SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA, Cláudio Pereira de NETO; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 593-594 e 597.

desenvolvida no Capítulo 3. Já a crítica ao segundo mito, pouco presente na literatura constitucionalista, será alinhavada no Capítulo 4.

O que neste momento impende demonstrar, como pressuposto chave para a posterior refutação de tais mitos, é: (1.1.1.) a impropriedade do enquadramento automático dos direitos fundamentais em conceitos sedimentados no século XIX; em razão da (1.1.2.) complexidade desses direitos, marcada por uma estrutura bidimensional e multifacetada.

### *1.1.1. A inadequação da transposição simplista das noções de “direito subjetivo” privatista e de “direito público subjetivo” publicista do século XIX*

As origens dos direitos fundamentais, costuma-se dizer, remontam à afirmação do Estado de Direito no final do século XVIII, com a sua consagração como limite ao exercício do poder político. Tratava-se de uma solução para combater a forma arbitrária de atuação estatal, salvaguardando a esfera jurídica individual dos cidadãos.<sup>30</sup> É natural, portanto, que a dogmática geral dos direitos fundamentais tenha sido tradicionalmente arquitetada para resolver questões relativas à função defensiva de tais direitos contra ingerências indevidas do Poder Público.<sup>31</sup>

O reconhecimento de liberdades individuais, que deveriam restringir e condicionar o agir do Estado, dependia da criação de estruturas jurídicas que garantissem a sua eficácia. A figura do direito subjetivo, já desenvolvida no marco do Direito Privado, assumiu esse papel ganhando uma nova roupagem: a de *direito público subjetivo*. Sua função seria a de traçar os poderes e deveres provenientes da relação jurídica entre cidadão e Estado e convertê-los em objeto de proteção judicial.<sup>32</sup>

Essa perspectiva liberal dos direitos fundamentais girava em torno da relação subjetiva estabelecida pela lei entre o indivíduo e a pessoa jurídica estatal. De um lado, o cidadão como sujeito ativo do vínculo jurídico, titular de um direito subjetivo; de outro, o Estado como destinatário do objeto da relação, consistente em uma obrigação de fazer ou não fazer. Cuidava-se, simplesmente, de lançar mão da categoria do direito subjetivo, forjada no Direito Privado, aplicando-a ao Direito Público. Daí porque falar-se em *direito público subjetivo*: um direito subjetivo oponível ao Estado. O instituto se revestiria das características inerentes ao seu equivalente jusprivatista, em especial do poder de exigir do destinatário o cumprimento da prestação objeto da relação jurídica, inclusive pela via judicial em caso de resistência.<sup>33</sup>

Esse raciocínio, embora lógico e plenamente justificável para a conjuntura de então, merece reflexão mais aprofundada quando se pretende aplicá-lo à operacionalização do sistema de direitos fundamentais na atualidade. É ainda extremamente comum a tentativa de inseri-los na

<sup>30</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 28.

<sup>31</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010. p. 13.

<sup>32</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 196-197.

<sup>33</sup> O problema dessa transposição, conforme o alerta de Celso Antônio Bandeira de Mello, é que: “*a visão tradicional do direito subjetivo, montada em vista de relações privadas, não teve sob seu foco de mira relações de direito público ou situações de direito público que se marcam pelo específico propósito de assujeitar o Estado a um completo respeito aos interesses dos indivíduos, mas cuja postura evidentemente não é idêntica ao universo de situações despertadas pelas relações entre particulares*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42.

embalagem oitocentista dos “direitos públicos subjetivos”:<sup>34</sup> além de se tratar de expressão muito “querida na doutrina nacional”,<sup>35</sup> é reiteradamente empregada pela jurisprudência<sup>36</sup> e utilizada pelo próprio texto constitucional vigente, ainda que uma única vez, ao prever o direito de acesso à educação básica gratuita.<sup>37</sup> Não obstante, como se buscará demonstrar, tal figura se apresenta ora inadequada, ora insuficiente para dar conta da complexidade jurídica dos direitos fundamentais no modelo social e democrático do Estado de Direito.

Antes de investigar as raízes da construção da teoria dos direitos públicos subjetivos, vale identificar alguns caracteres e elementos essenciais da noção geral de *direito subjetivo*, largamente manejada pelo Direito Privado. Não se irá aqui perquirir a fundo as origens históricas dessa figura,<sup>38</sup> nem as múltiplas teses a respeito de sua essência,<sup>39</sup> bastando para os fins a que se destina este tópico compreender o seu significado e utilidade.

Uma conceituação interessante é esboçada por Roger Bonnard, para quem o direito subjetivo é “o poder de exigir de alguém, em virtude de uma regra de direito objetivo, alguma coisa na qual se tem interesse, sob a sanção de uma ação na justiça; sendo o conteúdo da coisa exigível fixado imediatamente seja pelo direito objetivo, seja por um ato jurídico individual”.<sup>40</sup> Similar é a noção formulada por José Carlos Vieira de Andrade, que o define como “um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular”.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> É o caso, por exemplo, de: DIAS, Dhenize Maria Franco. O direito público subjetivo e a tutela dos direitos fundamentais sociais. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, nº 102, Brasília, Presidência da República – Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, p. 233-250, fev./maio 2012.

<sup>35</sup> Constatação feita por Ingo Sarlet, antes de apontar suas críticas à utilização dessa expressão. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 152.

<sup>36</sup> São incontáveis os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que versam sobre direitos fundamentais e recorrem à noção de direito público subjetivo para reconhecer sua operatividade jurídica. Entre tantos outros, calha citar os seguintes trechos de ementas nesse sentido: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12.12.2006. DJ 02.02.2007); “Servidor público portador de necessidades especiais – Direito público subjetivo à aposentadoria especial (CF, art. 40, § 4º)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 1841. Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 06.02.2013. Acórdão eletrônico DJe-049, divulgado em 13.03.2013 e publicado em 14.03.2013); “É direito público subjetivo do Paciente que o julgamento de habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça ocorra em prazo razoável.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 112046. Relatora Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em 24.04.2012. Processo eletrônico DJe-100, divulgado em 22.05.2012 e publicado em 23.05.2012).

<sup>37</sup> “**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: **I** - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...) **§ 1º.** O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é *direito público subjetivo*”.

<sup>38</sup> Sobre a origem e o desenvolvimento do conceito no período medieval e no pensamento jurídico moderno, consultar, respectivamente, os itens “A gênese do direito subjetivo em Guilherme de Ockham” e “A teoria das finalidades do Direito (o direito do indivíduo em Hobbes)”, na obra: VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 250-288; 686-720.

<sup>39</sup> O exame das principais teorias sobre tema – como as de Savigny, Windscheid, Ihering, Jellinek – e daquelas que negam a existência dos direitos subjetivos, como as de Kelsen e Duguit, é realizado por: RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol. 2 – Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 483-587.

<sup>40</sup> BONNARD, Roger. Les droits publics subjectifs des administrés. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, v. 49, p. 695-728, 1932. p. 707.

<sup>41</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 112.

O componente primordial do direito subjetivo em tais explicações é o *poder de exigir* algo de outrem, conferido pela norma de Direito objetivo a um determinado indivíduo. Como sanção para garantir a sua realização, o instituto traz consigo a possibilidade de o seu titular propor uma ação judicial. A essência do direito subjetivo está no poder de exigir a sua realização, mas, essencialmente ligada a este, encontra-se a sua sindicabilidade jurisdicional. Contudo, este segundo elemento – a *acionabilidade judicial* – exsurge apenas como uma consequência ao descumprimento do primeiro – o *poder de exigir*. Se a exigência é satisfeita sem resistência, inexistente a possibilidade de recorrer ao Judiciário. Logo, esta não pode ser reputada como cerne do direito subjetivo,<sup>42</sup> embora se revele como uma característica que o acompanha.

O que se pode perceber, além do elemento essencial e do atributo extrínseco acima salientados, é que a base do conceito tradicional de direito subjetivo repousa sobre a ideia de *interesse individual*. Ele resultará do amálgama entre este último e a sua correspondente proteção jurídica estatal, derivada de uma eleição entre os valores reputados como socialmente relevantes e dignos de resguardo pelo ordenamento jurídico.<sup>43</sup> Essa particularidade já se deduz da própria nomenclatura utilizada: é subjetivo por ser exclusivo do seu titular, um indivíduo determinado. Daí porque se dizer que o direito subjetivo traduz-se no “instrumento de realização do *individualismo jurídico*, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo”.<sup>44</sup> Não por outro motivo é considerado como “figura típica da relação de direito privado (...) Para alguns até, o direito civil é o conjunto sistemático dos direitos subjetivos”.<sup>45</sup>

A submissão do Poder Público ao ordenamento jurídico, em fins do século XVIII, fez surgir a necessidade de criar mecanismos e técnicas para assegurar que sua atuação seguiria afivelada aos ditames da lei. A inexistência de um conjunto de princípios e regras específicos para disciplinar as relações entre cidadão e Estado fez com que, ao longo do século XIX, fossem aplicadas inicialmente as ferramentas já consolidadas pelo Direito Civil.<sup>46</sup> Foi o que ocorreu, apenas para dar um exemplo, com a responsabilidade patrimonial do Estado.<sup>47</sup> Em matéria de direitos fundamentais não foi diferente: a ausência de um amplo desenvolvimento científico do Direito Público, com categorias dogmáticas próprias, conduziu a doutrina e a jurisprudência a transplantarem para o Direito Constitucional a figura do direito subjetivo, forjada sob a égide do Direito Privado.<sup>48</sup>

Esse transplante não encontrou maiores dificuldades à época, pois a ideologia do constitucionalismo liberal reduzia a compreensão dos direitos fundamentais à dimensão subjetiva. Sua função se limitava a conferir aos cidadãos pretensões jurídicas individuais, oponíveis à Administração e suscetíveis de exigir dela determinadas abstenções, proibindo-a de interferir indevidamente nas liberdades dos indivíduos. Assim, bastava identificar qual era a

<sup>42</sup> BONNARD, Roger. Les droits publics subjectifs... *Op. Cit.*, p. 714-715.

<sup>43</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 51.

<sup>44</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**... *Op. Cit.*, p. 189. (grifos inexistentes no original)

<sup>45</sup> AMARAL, Francisco. *Idem*, p. 187-188.

<sup>46</sup> Afinal, conforme recorda Weida Zancaner, “a utilização das normas de direito público para abarcar todas as atividades exercidas pelo Estado foi uma conquista lenta e gradual do Estado de Direito”. ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 295.

<sup>47</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 207.

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 133.

posição subjetiva na qual o sistema normativo investia o titular do direito fundamental para esgotar as suas potencialidades jurídicas.

Com supedâneo nesse entendimento, o direito subjetivo se converteria em gênero, comportando duas espécies: o privado, já conhecido, e o público, carente de teorização. Seria *privado* quando se tratasse de pretensão jurídica invocável nas relações entre particulares; *público*, quando fosse oponível ao Estado, nas relações travadas entre este e o cidadão. Dentro dessa visão, a essência de tais espécies de direito subjetivo seria exatamente a mesma. A principal diferença entre elas residiria no sujeito que figura no pólo passivo da relação jurídica. Mas afora esse aspecto formal, seus elementos constitutivos intrínsecos seriam idênticos, bem como a sua natureza material (ainda que o direito subjetivo *público* esteja extrinsecamente afetado por peculiaridades próprias das relações jurídico-administrativas).<sup>49</sup> Segundo esse raciocínio, um mesmo direito subjetivo pode ser, simultaneamente, privado e público, caso ele possa ser exigido tanto do Estado quanto de outro particular. Seria o caso da liberdade de consciência: ela poderá apresentar-se como um direito subjetivo público ou privado, a depender da pessoa em face de quem o seu titular pretender exigir uma abstenção contra a afetação de sua liberdade.<sup>50</sup>

A doutrina dos *direitos públicos subjetivos* originou-se de diferentes formulações teóricas e aplicações práticas. Não vem ao caso, nesta sede, destrinchar as peculiaridades e distinções das múltiplas concepções que se debruçaram sobre a temática.<sup>51</sup> Importa salientar, no entanto, a forma e as razões pelas quais os direitos fundamentais foram associados a essa categoria, para então verificar se os seus traços característicos autorizam a manutenção do seu emprego como instrumento de realização de tais direitos.

A construção teórica dos direitos fundamentais no liberalismo oitocentista teve como marco, ao final do século XIX, a doutrina dos direitos públicos subjetivos formulada por Georg Jellinek.<sup>52</sup> Tal concepção destoava da vertente jusnaturalista dos “direitos do homem”, que admitia a existência de direitos inatos do ser humano, cuja validade precedia a formação do Estado por derivar do Direito Natural. O que se objetivou com a sua teorização foi afastar-se dessa fundamentação, própria do racionalismo iluminista hegemônico de fins do século XVIII, e situar os direitos fundamentais em um marco jurídico positivo.<sup>53</sup> Para tanto, buscou-se inseri-los em um sistema de vínculos jurídicos relacionais entre o Estado e o cidadão individual, estabelecido pelo ordenamento normativo positivado.<sup>54</sup> Essa formulação se desenvolve a partir da *teoria positivista* dos direitos fundamentais, segundo a qual estes não antecedem a existência da organização política. Consistem em autolimitações, estabelecidas pelo próprio Estado ao seu

<sup>49</sup> Entre elas, Eduardo García de Enterría destaca: (i) todas as especificidades oriundas da posição privilegiada de que desfruta a Administração, em especial a prerrogativa de autotutela; (ii) a possibilidade de que alguns desses direitos do cidadão venham a ser alvo de limitação, modificação, ou até mesmo de sacrifício por parte da Administração. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 6, Madrid, Civitas, p. 427-448, jul./sep. 1975. p. 428.

<sup>50</sup> BONNARD, Roger. Les droits publics subjectifs... *Op. Cit.*, p. 697 e 709.

<sup>51</sup> Um escorço histórico nesse sentido, com a exposição sobre as variadas vertentes das Escolas alemã, francesa, italiana e espanhola sobre os direitos públicos subjetivos, pode ser encontrado em: QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Los derechos públicos subjetivos y la participación social**. Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 1-40.

<sup>52</sup> JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg: [s.n.], 1892. A referência é da obra original em alemão. A edição consultada para a elaboração do presente estudo foi a tradução italiana da segunda edição tedesca.

<sup>53</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 35.

<sup>54</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 47.

poder soberano, para possibilitar o convívio deste último com as esferas de liberdades dos indivíduos. Tal concepção, apoiada na ideologia do positivismo jurídico, pretendeu transpor à dogmática constitucional conceitos e pressupostos metodológicos do Direito Privado.<sup>55</sup>

Isso se percebe ao observar alguns dos caracteres dos direitos públicos subjetivos ressaltados na obra de Jellinek: a necessidade de sua *previsão pela lei* e a sua suscetibilidade de ser atribuído a um *sujeito singular*, pois “o direito subjetivo do indivíduo, no campo do direito público, consiste exclusivamente na capacidade de por em movimento a norma jurídica no interesse individual”.<sup>56</sup> Sua teoria enquadrava-se, pois, nos marcos do positivismo jurídico e do individualismo: o primeiro, por negar a fundamentação jusnaturalista dos direitos, reduzindo-os às pretensões dedutíveis de normas legalmente positivadas; o segundo, por circunscrever a titularidade dos direitos ao indivíduo singularmente considerado, enfocando a relação sujeito individual vs. Estado.

Em um sentido genérico, a expressão “direitos públicos subjetivos” refere-se aos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico aos particulares frente aos poderes públicos. Em uma acepção mais técnica, contudo, a nomenclatura é reservada apenas aos direitos do cidadão em face do Estado que se sujeitem ao regime de Direito Administrativo. Não se incluem nessa categoria os direitos que os sujeitos privados ostentam frente ao Poder Público nas situações em que este não atua em posição de supremacia, vale dizer, nas relações entre o particular e a Administração que seja regida pelo Direito Privado. Por esse motivo, o *público* da locução sob exame exibe duplo significado: de uma parte, por se tratar de direitos contra o Estado; de outra, por estarem disciplinados juridicamente pelo Direito Público, em especial pelo Direito Administrativo.<sup>57</sup>

O funcionamento dessa figura representou um dos principais pilares do Estado Liberal de Direito, pois ela estava estreitamente alinhada aos seus postulados políticos. Trata-se verdadeiramente, como visto, de um fruto da ideologia liberal individualista. Sua razão de ser está na defesa do indivíduo perante o poder político, já que a essência da categoria em apreço consiste em aparelhar o particular contra possíveis investidas do Estado em sua esfera de liberdades individuais, concebidas em um sentido negativo.<sup>58</sup> Nisso se resume o conteúdo dos direitos públicos subjetivos, teorizados no outono do século XIX: atribuir ao cidadão, mediante previsões legalmente positivadas, posições subjetivas que lhe resguardem um espaço de autonomia privada protegido contra a interferência estatal. As faculdades decorrentes de tais pretensões jurídicas permitem ao seu titular – o sujeito privado – exigir judicialmente a abstenção dos Poderes Públicos de invadir essa área de autonomia individual delimitada pelo próprio legislador.

Enquanto os direitos fundamentais eram compreendidos nesses termos, não havia grandes obstáculos em amoldá-los a esses conceitos. Mas as transformações vivenciadas pelo Direito Constitucional no século XX, com a emergência de direitos dotados de feições diferenciadas e que visavam a proteger bens jurídicos distintos, começou a ensejar alguns

<sup>55</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho...** *Op.Cit.*, p. 303.

<sup>56</sup> JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. p. 10 e 56.

<sup>57</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008. p. 41.

<sup>58</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida explica que “a garantia da liberdade negativa apenas é possível com a reserva aos indivíduos de uma esfera privada de ação, livre da interferência (coerção) externa. Pensando-se na vida humana em sociedade, dir-se-ia que o homem só é livre (no sentido negativo) se seus semelhantes e se o Estado não puderem invadir coercitivamente essa tal esfera privada de ação”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. *Op. Cit.*, p. 19-20.

problemas. Provoca uma certa crise na teoria dos direitos fundamentais a dificuldade de enquadrar no conceito de direito subjetivo, seja em suas vestes privatistas ou publicistas, as pretensões jurídicas relativas a direitos sociais, econômicos e culturais (chamados “direitos de 2ª geração”) e a direitos de titularidade coletiva e difusa (ditos “direitos de 3ª geração”). Os primeiros porque exigiriam condutas ativas do Estado (normativas ou fáticas), o que tornaria difícil sua tutela judicial por afetar decisões políticas dos demais poderes constituídos (criação de normas e alocação de recursos). Os segundos por não serem titularizados por um sujeito individual determinado, fato que constituiria um óbice à legitimação para atuar em juízo e aos limites subjetivos da coisa julgada. Assim, convencionou-se dizer (até fins do século XX) que apenas os “direitos de 1ª geração” seriam autênticos direitos subjetivos, porque demandáveis judicialmente.

A forma encontrada por alguns para rechaçar esse enfraquecimento da proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais e dos transindividuais foi aplicar a eles a própria lógica do século XIX, afirmando a sua condição de legítimos direitos subjetivos. A explicação seria a seguinte: se a Constituição prevê, por exemplo, o direito à saúde entre os fundamentais, este deverá ser compreendido como um direito público subjetivo porque a disposição que o assegura “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente”.<sup>59</sup> Assim, tudo se tornaria singelo: sendo um direito fundamental albergado constitucionalmente sua exigibilidade judicial seria plena, por se tratar de um direito subjetivo, categoria cuja essência é a atribuição ao seu titular de um *poder de exigir* algo que, se descumprido, abre acesso à tutela jurisdicional. É a lógica que conduziu a um ativismo judicial desenfreado no Brasil, tema a ser analisado no próximo item (1.2.).

Ocorre que essa explanação é extremamente simplista, reducionista e inapropriada para dar conta do sistema de direitos fundamentais implantado pela Constituição de 1988. Primeiro, porque não é possível afirmar *a priori*, de forma absoluta, que um determinado direito fundamental “é direito subjetivo”. Tais direitos se revelam, como se verá, como feixes de posições jusfundamentais. Algumas delas se apresentam como *pretensões jurídico-subjetivas*. Outras não. Segundo, porque reduzir a leitura desse fenômeno à análise exclusivista das posições subjetivas que derivam de tais direitos implica deixar de extrair outras potencialidades jurídicas que deles emanam, já amplamente discutidas pela teoria constitucional hodierna.

Logo, não se pode pretender transpor automaticamente aos direitos fundamentais a conceituação de direito subjetivo formulada no século XIX. Ainda que seja plenamente admissível reconhecer, no campo dos direitos fundamentais, a atribuição de posições jurídicas subjetivas aos seus titulares, muitos fatores impedem o seu enquadramento simplista em uma categoria criada sob a égide de outra racionalidade. Entre eles, como se verá a seguir (1.1.2.), estão a variedade dos conteúdos normativos desses direitos, a complexidade de sua estrutura (bidimensional: subjetiva e objetiva), a multiplicidade de funções por eles exercidas e a peculiaridade do regime jurídico a que estão submetidos.

---

<sup>59</sup> Expressão utilizada em decisão do Supremo Tribunal Federal, que enquadra a saúde no conceito de direito público subjetivo para possibilitar a sua tutela jurisdicional. Confira-se excerto da ementa: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12.12.2006. DJ 02.02.2007.



A tentativa de associá-los mecanicamente à definição de direito subjetivo criada pelo Direito Privado é claramente inócua. Quando esta é tomada em sua acepção estritamente técnico-jurídica, uma de suas características é a possibilidade de transferência, renúncia e prescrição das faculdades que o sistema normativo positivo confere ao indivíduo. Os direitos fundamentais, por sua vez, são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.<sup>60</sup> Portanto, nem sobre os direitos ditos “de 1ª geração” seria possível aplicar de forma automática o conceito.

Some-se a isso o fato de que o direito subjetivo jusprivatista é concebido sob a vigência de um “Direito por regras”, próprio do positivismo jurídico.<sup>61</sup> Cuida-se de um “conceito estrito de direito pleno (de conteúdo perfeitamente determinado e de exigência plenamente garantida)”<sup>62</sup>, incompatível com a sistemática dos direitos fundamentais. Uma vez reconhecido pela regra de Direito objetivo, o direito privado subjetivo constitui um direito definitivo, aplicável em termos absolutos conforme a lógica do “tudo ou nada”: se a regra é válida, incide integralmente; se é inválida, é totalmente inaplicável.<sup>63</sup> Para a concepção prevalente de direitos fundamentais nos dias atuais, todos eles – inclusive os de liberdade – ostentam natureza de princípios.<sup>64</sup> Podem colidir com outros bens jurídicos protegidos por normas principiológicas, que no caso concreto venham a desfrutar de um peso ou importância maior. Aí a realização do direito fundamental não será total, mas parcial, podendo inclusive ser totalmente afastada em razão de circunstâncias fáticas e jurídicas, ainda que o direito continue a existir no mundo jurídico. Em tais situações, mesmo se tratando de direitos considerados “de 1ª geração”, não será possível tutelar a posição jurídica subjetiva de seu titular de forma completa pela via judicial. Tal fato – sujeição a uma *reserva geral imanente de ponderação*<sup>65</sup> – elide, também, a sua qualificação como direitos subjetivos nos termos tradicionais do Direito Privado.

Tampouco é possível encaixá-los, de maneira genérica, no conceito de *direitos públicos subjetivos*, por se tratar de uma noção: (a) atrelada a dogmas do positivismo jurídico legalista superados na teoria dos direitos fundamentais; (b) presa a uma ideologia individualista e subjetivista que não proporciona uma proteção global desses direitos; (c) ligada a uma concepção exclusivamente estatalista de direitos fundamentais; (d) insuficiente para abranger outros conteúdos normativos de tais direitos, mesmo com as reformulações da categoria em epígrafe intentadas pela doutrina mais recente. As críticas serão tecidas separadamente a seguir.

(a) *Os direitos públicos subjetivos em sua formulação tradicional têm como fonte jurídica a lei e não a Constituição, não impondo limites à atividade do legislador, diferentemente dos direitos fundamentais atuais.* A teoria que os consagrou – impende admitir – foi o mais próximo que a ciência jurídica do século XIX conseguiu chegar daquilo que hoje se chama de direitos fundamentais. Mas não são conceitos que possam ser identificados. Como antes se averbou, subjacente à concepção de direitos públicos subjetivos estava o modelo liberal oitocentista de Estado de Direito. Para livrar os indivíduos de interferências estatais arbitrárias, comuns no Antigo Regime, recorria-se à sujeição da atuação do Poder Público às amarras da lei. Mas essa proteção, embora fosse válida contra as ações do Estado na condição de Administração

<sup>60</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho...** *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>61</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil...** *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>62</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 113, nota nº 20.

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353.

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 569 *et seq.*

Pública, não o era em face da atividade do Estado como legislador. Este último, na qualidade de senhor da lei, não encontrava limites à sua competência de elaborá-la. A enunciação de determinados direitos pelas Constituições da Europa continental funcionava como uma diretriz não vinculativa da função legiferante. A possibilidade de invocar os chamados *direitos públicos subjetivos* dependia da determinação de seu alcance concreto pelas leis. Sua fonte jurídica, portanto, não residia em disposições constitucionais revestidas de força normativa, mas sim na própria legislação ordinária.<sup>66</sup>

Observe-se que Roger Bonnard, em artigo publicado em 1932 sobre o tema dos “direitos públicos subjetivos dos administrados”, não se refere à Constituição como origem de tais direitos. Ao destringir os diversos elementos componentes da categoria “direitos subjetivos”, o autor faz alusão às diferentes fontes das quais eles podem derivar. Afirma, então, que as regras de Direito objetivo das quais eles podem decorrer serão leis e regulamentos, ou atos jurídicos individuais. No primeiro caso, haverá *situações jurídicas legais ou regulamentares*; no segundo, *situações jurídicas individuais*.<sup>67</sup> Nenhuma menção é feita a possíveis *situações jurídicas constitucionais*.

Assim, nem todos os direitos públicos subjetivos são direitos fundamentais, já que é possível haver direitos que a lei confira ao cidadão, exercitáveis em face do Estado, que não estejam formalmente inseridos no rol constitucional de direitos fundamentais (Título II da CF), nem desfrutem de conteúdo axiológico que justifique o seu enquadramento material nessa categoria (art. 5º, §2º da CF). O direito subjetivo do servidor público federal à remoção, existente nos casos em que esta independe do interesse da Administração, seria um exemplo de direito público subjetivo não fundamental, outorgado pela lei.<sup>68</sup> O dispositivo legal que o prevê pode ser revogado por uma maioria simples no Congresso Nacional, encontrando-se à disposição da esfera de deliberação do legislador ordinário.

Neste ponto reside um aspecto decisivo para a refutação da coincidência entre a categoria examinada e os direitos fundamentais em sua acepção contemporânea: estes se caracterizam, essencialmente, por constituir posições jurídicas tão relevantes que não podem ficar sujeitas à disponibilidade de eventuais majorias parlamentares simples.<sup>69</sup> São tão importantes para a coletividade que devem ser tutelados até mesmo contra decisões majoritárias. Daí porque serem considerados verdadeiros trunfos contra a maioria.<sup>70</sup> Estão acima de lei e dela independem para produzir efeitos jurídicos, vinculando todos os poderes constituídos – inclusive

<sup>66</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...* *Op. Cit.*, p. 47-49.

<sup>67</sup> BONNARD, Roger. *Les droits publics subjectifs...* *Op. Cit.*, p. 710-711.

<sup>68</sup> Lei Federal nº 8.112/90: “**Art. 36.** Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede. **Parágrafo único.** Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (...) **III** - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: **a)** para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; **b)** por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; **c)** em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados”.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 395.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* *Op. Cit.*, p. XV e 283 *et seq.* Desenvolvendo raciocínio inspirado em Dworkin, ver: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 17-67.

o Parlamento – e não apenas a Administração Pública. Por isso se distinguem da ideia de direitos públicos subjetivos, a qual se demonstra atrelada a dogmas do positivismo jurídico legalista.<sup>71</sup>

(b) *Os direitos públicos subjetivos têm sua titularidade atribuída apenas a indivíduos singulares e determinados e seu conteúdo jurídico se restringe a uma perspectiva subjetiva, não contemplando direitos coletivos e difusos, nem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.* O apego excessivo às características dessa figura e a associação dos direitos fundamentais a ela empobrecem a tutela jurídica destes últimos. Seguindo tal mentalidade, ainda há autores que sustentam que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tem, como uma de suas características determinantes, a *individualidade*. Em outras palavras, entendem que para haver uma posição jusfundamental subjetiva, impõe-se que ela seja titularizada por sujeitos individuais. Com isso, negam essa qualidade a pretensões jurídicas coletivas, afirmando, por exemplo, que os direitos de organizações de trabalhadores devem ser concebidos como poderes ou competências das associações sindicais, mas não como direitos subjetivos fundamentais, porque não são suscetíveis de atribuição individual.<sup>72</sup> Concepções como essa, como se vê, demonstram apeço pelo modelo oitocentista de direito subjetivo, razão pela qual não se revelam adequadas a explicar o fenômeno constitucional contemporâneo. Se os direitos fundamentais forem mesmo direitos públicos subjetivos, e se estes pressupõem a referibilidade a um titular individual, qual seria o *status* jurídico dos direitos coletivos e difusos albergados constitucionalmente, tal como a proteção do patrimônio histórico-cultural? Não seriam direitos fundamentais?

Os sistemas jurídicos, notadamente na esfera processual, ainda vêm essencialmente vinculados à tutela do sujeito individual. As contendas que o Direito visa a resolver continuam, em sua maioria, baseadas nos conflitos bilaterais entre Caio vs. Tício. A consequência dessa racionalidade é a formação de um paradigma, de difícil superação, no qual só merecem tutela jurisdicional os interesses que o Estado decidiu resguardar juridicamente e que são passíveis de atribuição a um titular individual e determinado. A proteção realmente vigorosa encontra-se reservada, nessa linha, aos interesses que lograram ser alçados à condição de genuínos *direitos subjetivos*, no momento em que o sistema normativo estipula uma sanção para o seu descumprimento e a conseqüente possibilidade de reivindicação jurisdicional em face da parte contrária. Dessa concepção individualista deriva, naturalmente, uma negligência ou mesmo desprezo para com aqueles interesses cuja essência é marcada pela impossibilidade de apropriação individual.<sup>73</sup> E com isso, os aspectos dos direitos fundamentais que não se assemelham à conceituação tradicional de direitos subjetivos – como é o caso da sua dimensão objetiva – ficam descobertos de proteção judicial.

É exatamente essa lógica, segundo a qual a proteção judicial de determinada pretensão jurídica requer a sua categorização no conceito de direito subjetivo sob um prisma individual, a causa principal das confusões em matérias de direitos fundamentais sociais. Os excessos do ativismo judicial se originam aí. De um lado, encontra-se o afã de conferir efetividade às disposições constitucionais que veiculam tais direitos. De outro, o atrelamento a um paradigma de tutela de direitos liberal-subjetivista-individualista. O resultado só poderia ser a equivocada conclusão de que apenas mediante essa via seria possível emprestar operacionalidade às normas

---

<sup>71</sup> Segundo Jorge Miranda, “o conceito e a locução *direitos subjectivos públicos* se reportam a uma visão positivista e estatista que os amarra e condiciona”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 64.

<sup>72</sup> É o caso de ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 115-116; 122.

<sup>73</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 89.

definidoras de direitos fundamentais sociais. Esquece-se que, dada a sua complexidade jurídica, um único direito pode enfeixar incontáveis posições jurídicas, algumas delas individualizáveis, outras de caráter coletivo. E com isso, são concedidas individualmente na esfera judicial prestações administrativas que reclamam, em realidade, medidas estatais coletivas que atendam universalmente a uma multiplicidade de cidadãos interessados no mesmo bem jurídico.

É por isso que se denuncia, como um dos principais problemas que gera inúmeras dificuldades na implantação e desenvolvimento de um sistema adequado de tutela coletiva dos direitos, a “estéril tentativa de simplesmente se transpor ao referido sistema de proteção dos direitos meta-individuais as mesmas premissas nas quais se funda o sistema processual de tutela dos direitos individuais”.<sup>74</sup> Ela deriva da resistência em se reconhecer que a sistemática processual coletiva é diferenciada, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo. Essa reticência, que suscita graves problemas na esfera processual para a reivindicação de pretensões jurídicas transindividuais, é exatamente a mesma causa que origina sérias dificuldades na tutela administrativa e judicial dos direitos fundamentais sociais. E isso ocorre devido ao fato de que, em geral, a comunidade jurídica costuma ignorar a natureza jurídica complexa e distinta desses direitos, cuja multifuncionalidade e dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) lhes conferem uma estrutura jurídica diferenciada. Tais peculiaridades impõem a necessidade de identificação de novos efeitos jurídicos que ditos direitos fazem espargir, os quais devem ser reconhecidos e tutelados. De nada adianta continuar tentando amoldá-los a fórceps às categorias jurídicas tradicionais do *direito subjéctivo* próprio do Direito Privado ou do *direito público subjéctivo* forjado sob a égide da juspublicística oitocentista.

Uma demonstração de que o conceito de “direitos subjéctivos” encontra-se inserido no paradigma liberal-individualista-subjéctivista do século XIX, ao qual se vincula a modelagem convencional do processo, revela-se na resistência da comunidade jurídica em utilizar essa fórmula para descrever os direitos fundamentais transindividuais, no momento em que passaram a ser reconhecidos pelos sistemas normativos. Tais posições jurídicas, impassíveis de serem imputadas a um sujeito singular por ostentarem natureza coletiva, não se ajustavam aos padrões próprios dos tradicionais *direitos subjéctivos*. Por isso passaram a ser chamados de *interesses coletivos* e de *interesses difusos*, ou seja, devido à dificuldade de se aceitar que aspirações de incidência coletiva (e portanto não individualizáveis), ainda que respaldadas pelo Direito, pudessem receber o qualificativo de autênticos direitos subjéctivos.<sup>75</sup> A negativa de emprestá-las a roupagem conceitual de direitos subjéctivos nada mais é do que manifestação de verdadeiro preconceito, proveniente de um ranço individualista herdado da dogmática jurídica do século XIX.<sup>76</sup> Foi essa a nomenclatura adotada inicialmente pelo legislador brasileiro, tanto na Lei da Ação Civil Pública (art. 1º, IV) quanto na Constituição Federal (art. 129, III). No entanto, o Código de Defesa do Consumidor, posterior a ambas, corrigiu a terminologia ao empregar a locução “direitos ou interesses” difusos (art. 81, § único, I) e coletivos (art. 81, § único, II), afastando com isso qualquer possibilidade de enfraquecer a proteção jurisdicional dos direitos transindividuais com rigorismos formais excessivos e inadequados à realidade jurídica contemporânea.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

<sup>75</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 44.

<sup>76</sup> GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17.

<sup>77</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**... *Op. Cit.*, p. 53.

A sistemática processual atual, equipada com vasto instrumental de tutela coletiva de direitos, atesta a plena possibilidade de aceitar a existência de direitos fundamentais de titularidade transindividual, passíveis de serem demandados judicialmente. Se a exigibilidade jurisdicional do cumprimento do dever correspondente à pretensão jurídica for considerada como traço essencial para verificar a dimensão subjetiva desta, as posições jusfundamentais não precisam necessariamente ser reconduzíveis a um sujeito *individual* para possuírem uma perspectiva subjetiva. O titular poderá ser um grupo específico ou uma coletividade indeterminada. Basta que o ordenamento jurídico empreste legitimação a certos entes para que busquem a tutela da referida pretensão.

(c) *Os direitos públicos subjetivos são oponíveis apenas ao Estado, ao passo que os direitos fundamentais hodiernos podem ter como destinatários outros particulares.*<sup>78</sup> A concepção de direitos públicos subjetivos é demasiadamente estatalista. Embora seja crucial a configuração dos direitos fundamentais como posições subjetivas situadas no bojo de uma relação jurídica entre cidadão e Estado, essa dimensão não esgota todas as potencialidades das normas jusfundamentais na tarefa de conferir proteção aos bens jurídicos por elas resguardados. Em primeiro lugar, porque há direitos fundamentais que têm como destinatário principal outros sujeitos privados, como é o caso dos direitos dos trabalhadores. O fato de serem diretamente exercitáveis contra os empregadores, e não contra o Poder Público, retiraria a sua qualidade de direitos fundamentais? Logicamente que não.

Ademais, mesmo direitos que à primeira vista são dirigidos de maneira imediata ao Estado podem incidir nas relações interprivadas. Cuida-se da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.<sup>79</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro já reconheceu a oponibilidade desses direitos a outros particulares, em situações nas quais eles aparentam, *prima facie*, ter como principal destinatário o Poder Público, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.<sup>80</sup>

Mais um motivo para se perceber que a associação automática da categoria *direitos fundamentais* à figura dos *direitos públicos subjetivos* encontra-se equivocada. Esta, nos dias de hoje, manifesta-se como uma designação “anacrônica e superada” que “não se revela afinada com a realidade constitucional pátria”, pois se encontra essencialmente presa a uma “concepção

<sup>78</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida alerta nesse sentido, ao pontuar que “os direitos públicos subjetivos seriam aplicáveis apenas na relação entre o indivíduo e o Estado; todavia, contemporaneamente (...), as liberdades previstas na Constituição devem ser respeitadas não apenas nas relações dos indivíduos com qualquer detentor de poder (público ou privado), mas também nas relações entre indivíduos (particulares que institucionalmente não detenham poderes)”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. *Op. Cit...*, p. 49.

<sup>79</sup> Sobre o tema na doutrina brasileira, ver: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>80</sup> Confira-se trecho da ementa: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 11.10.2005. DJ 27.10.2006.

positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, típica do liberalismo”.<sup>81</sup>

(d) *A noção de direitos públicos subjetivos é insuficiente, por não contemplar a complexidade dos direitos fundamentais da teoria atual.* A visão sobre os direitos fundamentais desenvolvida no Estado Social de Direito, maiormente após a segunda metade do século XX, afasta-os da categoria dos direitos públicos subjetivos por apresentar contornos mais amplos e incorporar novos elementos. Essa transição de modelos de Estado vai abandonando, progressivamente, o emprego de tal figura.<sup>82</sup>

Em matéria de direitos fundamentais, o delineamento do Estado Social e Democrático de Direito ao longo do século XX não teve apenas o condão de consagrar novas espécies de direitos – os “sociais, econômicos e culturais” e os “coletivos e difusos”. Também se transformou a forma de compreender os deveres estatais para com todo e qualquer direito fundamental. Tornou-se incumbência do Poder Público criar condições jurídicas e materiais para tornar efetivo o exercício dos direitos fundamentais em geral, sejam aqueles já tutelados nas Constituições de fins do século XVIII (comumente chamados de “direitos de 1ª geração”), sejam aqueles que passaram a ser positivados nas Constituições sociais do século XX (tradicionalmente classificados como “direitos de 2ª geração”), ou ainda os que ostentam titularidade transindividual, fruto das sociedades de massa (ditos “de 3ª geração”). Logo, a obrigação do Poder Público de construir instituições, organizações e procedimentos para uma fruição integral e maximizada dos direitos fundamentais não se limita aos sociais, econômicos e culturais. Também as liberdades fundamentais que já vinham sendo albergadas em Constituições liberais dos séculos XVIII e XIX, e que continuaram sendo protegidas em sede constitucional atualmente,<sup>83</sup> passam a demandar, no modelo social de Estado de Direito, a formatação de estruturas organizativas e mecanismos procedimentais que possibilitem o seu adequado exercício para todos os seus titulares, independentemente de provocação.<sup>84</sup>

Acresça-se ainda a construção de outros elementos teóricos que foram se agregando à dogmática dos direitos fundamentais, não abrangidos pelo conceito de direitos públicos subjetivos. A dimensão objetiva, que vem somar-se à perspectiva subjetiva, é exemplo de um aspecto que fica de fora dessa categoria. E ela confere, como se verá, um caráter transindividual a todos os direitos fundamentais, e não apenas àqueles normalmente denominados “de 3ª geração”. Por isso é que, consoante já se ressaltou, essa ilusão das gerações de direitos e os mitos dela derivados impedem a apreensão da complexidade inerente à teoria dos direitos fundamentais atual.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 152.

<sup>82</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho...** *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>83</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dez ideias sobre a liberdade, extraídas da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (Orgs.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia:** homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 232.

<sup>84</sup> Mencione-se o exemplo da liberdade de expressão e informação. De um lado ela resguarda, em uma perspectiva subjetiva, o direito do seu titular à livre manifestação do pensamento, da opinião, de crenças e juízos de valor, de modo a permitir-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e a sua participação na vida em comunidade. Mas de outro, ela apresenta também uma dimensão objetiva, que dirige ao Estado o dever de assegurar a liberdade de imprensa e dos meios de comunicação, mediante a instalação de um sistema de comunicação social democrático que possibilite a livre circulação de ideias e o debate público. Sobre o tema, ver: PINTO, Indiará Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 53, Belo Horizonte, Fórum, p. 195-229, jul./set. 2013.

É bem verdade que os novos desafios surgidos ao longo do século XX conduziram a tentativas de adaptar o conceito de direito público subjetivo à realidade fática emergente. É o caso da teoria de Eduardo García de Enterría formulada em 1975, que ao lado dos direitos públicos subjetivos por ele denominados de *típicos ou ativos* propunha a identificação de uma segunda espécie: os *reacionais ou impugnatórios*, que teriam contornos mais amplos e associados ao interesse público, não se limitando à tutela de interesses unicamente individuais passíveis de enquadramento no conceito jusprivatista de “direitos subjetivos perfeitos”.<sup>85</sup> A primeira espécie (*típicos ou ativos*) seria aquela já referida linhas atrás, que dava conta de resguardar as situações subjetivas ativas próprias do cenário liberal do século XIX, protegendo a órbita jurídica individual dos sujeitos privados contra ações ilegais da Administração que lhes afetassem, nos termos herdados do Direito Privado. Mas a segunda modalidade de direitos públicos subjetivos sugerida pelo autor (*reacionais ou impugnatórios*) visava a recobrir um espaço que ainda não havia recebido garantias adequadas do sistema jurídico: a tutela de interesses difusos e coletivos, não apropriáveis com exclusividade por um cidadão isolado, que fossem objeto de proteção pelo Direito positivo. Tais interesses não se encaixavam nos moldes estreitos da figura do direito subjetivo, e portanto não desfrutavam da robustecida força jurídica que era outorgada a esta categoria e que permitia a sua plena reivindicação jurisdicional.

O jurista observa que se o único mecanismo jurídico à disposição do cidadão para obrigar a Administração a cumprir a lei fosse a figura dos direitos subjetivos públicos *típicos ou ativos*, por consequência, “a maior parte da legalidade administrativa (a qual está configurada a partir de uma perspectiva geral, em atenção a fins coletivos, mais do que em relação a interesses privados) ficaria fora do alcance dos particulares”.<sup>86</sup> O reconhecimento de um tipo diverso de direito público subjetivo tinha o intuito de rechaçar a ideia de que os interesses públicos estampados nas normas jurídicas e colocados pelo legislador à cura da Administração que não fossem reconduzíveis a apenas um indivíduo (mas sim a vários) seriam na verdade simples deveres morais (e não jurídicos) impassíveis de proteção jurisdicional. Ao contrário do que poderia parecer, essa nova modalidade não teria o propósito de garantir o respeito à legalidade objetiva e abstrata, simplesmente, sem qualquer relação com os sujeitos privados, uma vez que este seria o objeto de proteção já reservado à ação popular. Os direitos públicos subjetivos *reacionais ou impugnatórios* visariam, distintamente, a tutelar os seus titulares contra atos administrativos que, além de infringirem a legalidade objetiva, também lhes implicassem prejuízos concretos, mesmo que afetassem igualmente uma infinidade de outras pessoas que compartilhassem de idêntica situação jurídica.<sup>87</sup>

Consoante a explicação de García de Enterría, a lesão ou prejuízo sobre a esfera vital de interesses do indivíduo é um requisito para o surgimento do direito público subjetivo *reacional*. Antes de tal ocorrência – é dizer, da infração da lei pela Administração acompanhada da consequente violação da órbita jurídica individual – não existia ainda um direito subjetivo propriamente dito, mas apenas um dever legalmente imposto ao Poder Público de observar o

---

<sup>85</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 6, Madrid, Civitas, p. 427-448, jul./sep. 1975.

<sup>86</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. *Op. Cit...* p. 429.

<sup>87</sup> Segundo a definição do próprio autor, trata-se da situação em que o cidadão “foi perturbado em sua esfera vital de interesses por uma atuação administrativa ilegal, caso em que o ordenamento, a serviço do mais profundo sentido da legalidade no Estado de Direito como garantia da liberdade, apodera-lhe com um direito subjetivo dirigido à eliminação dessa atuação ilegal e ao restabelecimento da integridade de seus interesses; a esses direitos subjetivos podemos chamar de reacionais ou impugnatórios”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. *Op. Cit...* p. 446.

ordenamento jurídico. Se o cidadão já fosse, anteriormente, titular de um verdadeiro direito subjetivo ele poderia fazê-lo valer perante a justiça. No entanto, isso não ocorre porque, até então, o comando normativo afigurava-se apenas como um *dever* (objetivo) de cumprir a lei – dirigido ao Estado – e não como uma *obrigação* (subjetiva) perante o particular que o investisse na condição de sujeito ativo de uma relação jurídica. A transgressão da norma legal objetiva que tenha como consequência a ablação da esfera jurídica de um ou de inúmeros indivíduos enseja o nascimento do direito público subjetivo *reacional ou impugnatório*. É, pois, a soma destes dois elementos – ilegalidade (objetiva) e prejuízo (subjetivo) – que suscita o reconhecimento de “um direito subjetivo à eliminação dessa atuação ilegal, de modo que se defenda e restabeleça a integridade de seus interesses”.<sup>88</sup> Este permitirá que cada um de seus titulares reaja, impugnando jurisdicionalmente o ato antijurídico lesivo e postulando a restituição do *status quo ante* com a supressão da ilegalidade e, se for o caso, a reparação dos prejuízos ocasionados.

A construção elaborada por García de Enterría teve uma inobjetable virtude: possibilitar o controle jurisdicional de determinados comportamentos antijurídicos do Poder Público que, embora contrários ao Direito, eram naquele momento histórico (1975) e naquele marco jurídico estatal (Espanha) insuscetíveis de revisão judicial pelo fato de não lesionarem frontalmente um interesse *individual, pessoal e direto*, titularizado por um particular singularmente determinável e dotado de todas as características jurídicas próprias do conceito tradicional de direito subjetivo. Cuida-se de um avanço considerável, que alarga significativamente o espectro de situações jurídicas subjetivas passíveis de tutela jurisdicional. Entretanto, a proposta ainda se mantém em uma perspectiva individualista inerente ao liberalismo do século XIX, pois preserva a exigência de um prejuízo pessoal que derive de uma ingerência administrativa ilegítima no círculo de interesses individuais do cidadão. Permanecem carentes de correção as posturas comissivas ou omissivas da Administração que, muito embora afrontem as normas jurídicas (inclusive as constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais), não atinjam diretamente interesses concretos que integrem a órbita jurídica de um particular bem definido.

De todo modo, essas outras formas de admitir a exigibilidade judicial de situações jurídicas subjetivas que versem sobre direitos fundamentais e que não se amoldam à feição clássica de direito subjetivo não necessitam, em absoluto, ser incluídas como novas modalidades dessa figura. Tais esforços da doutrina para adequar, artificialmente, o significado tradicional dos direitos públicos subjetivos às novas demandas originadas com o advento do Estado Social mais parecem tentativas de “enxertar nova seiva em um tronco caduco”.<sup>89</sup> Conforme se verá no próximo tópico (1.1.2.), eles estão longe de lograr a ressurreição e sobrevivência dessa categoria, ao menos no campo dos direitos fundamentais. Trata-se de uma empreitada anacrônica estender à conjuntura contemporânea uma noção que não mais corresponde às necessidades da dogmática constitucional. Ela foi útil e importante para a proteção dos direitos fundamentais sob a égide de um modelo liberal de Estado, que se contrapunha a um arquétipo autoritário precedente. Seus traços caracterizadores essenciais – (i) proteção de um núcleo de liberdades individuais; (ii) referibilidade a um sujeito singular determinado; (iii) oponibilidade ao Poder Público; (iv) previsão pela lei em sentido formal – não são mais adequados nem suficientes para assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais albergados nas Constituições contemporâneas.

<sup>88</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. *Op. Cit...* p. 444.

<sup>89</sup> Expressão utilizada por Antonio Enrique Pérez Luño, referindo-se à teorização de Eduardo García de Enterría sobre os direitos públicos subjetivos *reacionais ou impugnatórios*. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho...** *Op. Cit.*, p. 36.



Novos campos de análise devem explorados. A já referida questão da vertente objetiva dos direitos fundamentais é, talvez, o maior exemplo disso. Ela diz respeito exatamente à proteção de interesses jurídicos transindividuais, pois dela decorre o dever puramente objetivo de que a Administração crie as condições necessárias a uma fruição universalizada e coletiva desses direitos. Cuida-se de uma dimensão não subjetiva dos direitos fundamentais que precisa ser implementada e operacionalizada mesmo que não haja qualquer lesão direta à esfera jurídica de interesses de um indivíduo determinado – ou seja, mesmo que não surja em seu favor um direito público subjetivo “reacional ou impugnatório”. No âmbito judicial, a sistemática processual brasileira atual já criou novos mecanismos para uma proteção adequada desses interesses, corrigindo falhas que uma tutela unicamente individual poderia trazer (violação à igualdade, posição hipossuficiente do cidadão isolado perante a máquina estatal, risco de decisões conflitantes, efeitos restritos da coisa julgada, etc.), sem precisar apoiar-se em conceitos oitocentistas.<sup>90</sup> E inclusive com meios aptos a salvaguardar a integridade das pretensões jurídicas jusfundamentais – sejam individuais, coletivas ou difusas – de modo preventivo (e não apenas reacional), isto é, mesmo antes de qualquer lesão já ter sido configurada, por meio de técnicas processuais voltadas a proporcionar tutelas inibitórias e de remoção do ilícito.<sup>91</sup>

Portanto, é preciso que fique bem claro: *negar o emprego da noção de direito público subjetivo na atualidade não significa rejeitar a sindicabilidade judicial de interesses e direitos fundamentais de titularidade individual ou supraindividual resguardados pelo ordenamento jurídico, mas sim admitir que hodiernamente há novos instrumentos já estruturados para atingir esse desiderato mais eficazmente, tornando despiciendo recorrer a tal categoria.*

Por todos esses motivos, é imperativa a substituição da ideia de *direitos públicos subjetivos*, compreendidos em sua essência como autolimitação do poder soberano do Estado em prol de esferas delimitadas de interesses privados e individuais, pela noção jurídica autônoma de *direitos fundamentais*. Estes não podem ser simplesmente identificados com aqueles, já que pressupõem posturas jurídicas ativas do Estado, podem ser titularizados por grupos ou por coletividades indeterminadas, admitem oponibilidade direta a outros particulares e independem de regulamentação normativa infraconstitucional para produzirem eficácia jurídica vinculante.

### *1.1.2. A complexidade jurídica da categoria “direitos fundamentais” e uma confusão elementar conducente a equívocos: a distinção entre “direitos fundamentais” e “pretensões jurídicas jusfundamentais”*

Expostas as razões pelas quais os direitos fundamentais exibem um perfil jurídico próprio, não se reduzindo à noção de direitos públicos subjetivos, cumpre embrenhar-se no exame de sua estrutura normativa complexa.

O universo dos direitos fundamentais revela peculiaridades que devem ser levadas em consideração e que obstaculizam, conforme já dito, uma transposição simplista da noção de direito subjetivo pensada nos moldes do século XIX a essa seara. É a ausência de observância das sobreditas especificidades a principal causa de equívocos em matéria de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Entre elas, importa sublinhar: **(a)** a diferença entre texto, norma e direito fundamental; **(b)** a bifurcação da estrutura normativa de tais direitos em duas dimensões

<sup>90</sup> O tema será esmiuçado na Parte I, Capítulo 4.

<sup>91</sup> O assunto é explicado com grande profundidade e riqueza de detalhes (e de exemplos) por: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 249-380.

(subjettiva e objetiua); (c) a sua multifuncionalidade; (d) a conseqüente distinção entre “direito fundamental” e “pretensão jurídica jusfundamental”; (e) um grau de exigibilidade relacionado com a concreção normativa de cada pretensão jurídica e sujeito a algumas reservas.

(a) Uma das razões que conduz a ciladas no território dos direitos fundamentais é a falta de percepção a respeito da distinção entre enunciado normativo, norma e direito fundamental. O primeiro se trata do próprio texto normativo, é dizer, da expressão linguística deduzida na disposição legal, constitucional ou regulamentar. A segunda deriva de uma construção hermenêutica resultante da interpretação de um ou mais enunciados normatiuos. E o terceiro consiste no bem jurídico protegido pela norma.

Em um único dispositivo constitucional (*enunciado normativo*) é possível que estejam alojadas múltiplas *normas* e diversos *direitos fundamentais*. É o caso do art. 6º da Constituição Federal, que recolhe direitos como assistência, moradia e alimentação.<sup>92</sup> E o contrário também é verdadeiro: uma única *norma*, protetiva de um *direito fundamental*, pode nascer de uma interpretação combinada de uma variedade de *enunciados normatiuos*.<sup>93</sup> O conteúdo da norma que tutela o direito à educação, por exemplo, é fruto de uma combinação de diferentes disposições constitucionais: (i) o inciso IV do art. 206, que assegura sua gratuidade em estabelecimentos oficiais; (ii) o inciso VII do art. 206, que impõe a “garantia de padrão de qualidade”; (iii) o inciso I do mesmo artigo, que institui como princípio a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (iu) o inciso III do art. 208, ao salvaguardar o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; (v) o já mencionado art. 6º, que o alberga genericamente posicionando-o no catálogo formal de direitos fundamentais; entre outras.

As disposições normatiuas que têm por objeto os direitos fundamentais apresentam-se de formas muito variadas. Algumas delas criam ou reconhecem direitos, como é o caso do art. 5º, XXXIV, “a” (direito de petição). Outras afirmam a proteção jurídica de determinados valores, como se passa com o art. 5º, VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença). Há, ainda, aquelas que impõem explicitamente, desde logo, obrigações positivas e negatiuas para a tutela dos bens jurídicos jusfundamentais por elas resguardados, como ocorre com o art. 5º, L (dever de criação de condições para que as presidiárias permaneçam com os filhos durante a amamentação) e LII (proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião).

Nada obstante essa variedade na forma como são constitucionalmente tutelados os direitos fundamentais, os enunciados normatiuos que sobre eles versam possuem ao menos três aspectos comuns: (i) primeiramente, por dirigirem de modo explícito ou implícito ao Poder Público, destinatário imediato ou mediato desses direitos<sup>94</sup>, ordens jurídicas de fazer ou não fazer; (ii) em segundo lugar porque, ainda que de formas distintas, tais disposições investem os seus titulares – indivíduos, agrupamentos determináveis ou uma coletividade indeterminada – em posições jurídicas de vantagem relativas à fruição dos bens jurídicos que elas visam a tutelar; (iii) finalmente, pelo fato de retirarem da esfera de deliberação democrática do legislador

<sup>92</sup> Constituição da República Federatiua do Brasil (1988): “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>93</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...* *Op. Cit.*, p. 52, nota nº 36.

<sup>94</sup> Mesmo nos casos de direitos fundamentais incidentes nas relações interprivadas, a disposição constitucional impõe ao Estado o dever de tutelá-los no âmbito jurídico, especificando as formas de seu exercício, e de protegê-los contra os particulares nos casos de descumprimento.

(ordinário e constituinte) a possibilidade de eliminar tanto as obrigações por elas impostas ao Estado, quanto as situações juridicamente vantajosas que conferem aos cidadãos.<sup>95</sup>

Frente a tais considerações, consoante pontuado no item anterior, poder-se-ia pensar que as normas veiculadoras de direitos fundamentais seriam idênticas àquelas que, no Direito Privado, outorgam *direitos subjetivos* aos seus destinatários, com exceção do terceiro elemento acima referido (proteção do seu objeto contra a eliminação por maiorias parlamentares eventuais). A lógica de sua aplicação, por consequência, seguiria a mesma sorte que presidia a racionalidade própria do modelo forjado no século XIX: descumprida a obrigação e afetada a situação de vantagem do titular do direito, a este (sujeito individual determinado) caberia a propositura da ação judicial correspondente. Sendo assim, nos casos de violação, tudo seria simples. Qualquer inobservância aos deveres impostos pelas normas de *direitos fundamentais* seria passível de correção pelo Poder Judiciário. Eventuais questionamentos quanto à transposição da categoria *direito subjetivo* ao campo dos direitos fundamentais e quanto à resolução judicial dos conflitos gerados pelo seu descumprimento seriam respondidos com a pergunta: “se assim ocorre no Direito Privado, possibilitando o resguardo da integridade da esfera jurídica do titular do direito subjetivo, por que haveria de ocorrer de maneira diversa no Direito Público?”.

A melhor forma de iniciar a demonstração da impossibilidade de transpor de forma simplificada e descuidada o conceito tradicional de *direito subjetivo* ao plano dos direitos fundamentais é respondendo a indagação acima. Embora a arquitetura dos *enunciados normativos* possa parecer similar se analisada sob a perspectiva que animou a pergunta retórica acima, a estrutura jurídica das *normas* de direitos fundamentais, derivada da construção resultante de uma interpretação sistemática de tais enunciados, ostenta uma engenharia diferenciada que as caracteriza e distingue das demais. Cuida-se da segunda especificidade antes referida.

(b) Uma mesma norma de direito fundamental pode ser observada sob dois prismas diversos. Se vista pela óptica *subjetiva* – do titular do bem jurídico protegido – ela enfeixa uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas que atribuem a ele situações de vantagem. Se examinada pela perspectiva *objetiva* – do objeto que ela visa a tutelar – a norma faz espargir um plexo de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe diversas obrigações expressas ou implícitas quanto à salvaguarda do direito fundamental, independentemente de qualquer reivindicação subjetiva por parte do seu titular. Sob esse segundo ponto de vista, a norma jusfundamental compele objetivamente o Poder Público a criar condições reais e efetivas de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos, instituindo nos planos fático e jurídico estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais adequados para a sua proteção contra investidas estatais e dos particulares, e ferramentais aptos a permitir que os seus titulares exijam do Estado a adoção de medidas positivas para a sua integral realização. Como se perceberá a seguir, a segunda dimensão – objetiva – restará ignorada se os direitos fundamentais forem pensados tão-somente como direitos subjetivos. O tema será aprofundado no Capítulo 4.

(c) A fusão entre essas duas dimensões (*subjetiva* e *objetiva*) das normas garantidoras de direitos fundamentais permite observar a sua *multifuncionalidade* – terceira particularidade a ser ressaltada. Trata-se de uma visão ampla, que viabiliza o estabelecimento de uma radiografia da *norma* jusfundamental, nela incluindo o amálgama de pretensões jurídico-subjetivas e deveres

---

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...* Op. Cit., p. 54.

objetivos dedutíveis expressa e implicitamente dos inúmeros *enunciados normativos* que versam sobre um mesmo direito fundamental. Ela possibilita enxergar o direito fundamental *como um todo*.<sup>96</sup> Uma mesma norma, resultante de uma interpretação sistemática de vários dispositivos, apresenta múltiplas funções ligadas ao respeito, proteção e promoção do mesmo bem jurídico considerado essencial pela Constituição.

Assim, quando observado o direito fundamental em sentido amplo, ele se desdobra em várias funções: (i) de defesa contra investidas do Estado; (ii) de prestações materiais, fornecidas no mundo dos fatos; (iii) de prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções.

Tome-se como exemplo o direito à saúde. Da interpretação sistemática dos enunciados constitucionais que versam sobre ele nasce um *direito fundamental* em sentido amplo que, se visto *como um todo*, congrega diversas *pretensões jurídicas jusfundamentais* com diferentes funções: (i) a liberdade de escolher as práticas diagnósticas, os métodos terapêuticos e os medicamentos que o titular do direito irá utilizar, restando vedada qualquer imposição estatal nesse sentido (*função de defesa*); (ii) o fornecimento de serviços médicos ambulatoriais ao cidadão (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas, como postos de saúde e hospitais públicos, bem estruturados para o atendimento da população em geral (*função de organização*); (iv) a elaboração de normas administrativas que regulamentem os requisitos para a distribuição gratuita de medicamentos pelo Estado, inclusive com a confecção das listas de medicamentos que integram o componente básico da Assistência Farmacêutica (*função de procedimento*); (v) a definição de uma política de vigilância sanitária, que fixe normas proibitivas à comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde, fiscalizando a sua regular observância pelos particulares (*função de proteção*).

O mesmo se diga em relação ao direito à educação. Na sua condição de direito fundamental como um todo, ele engloba diversas pretensões jurídicas específicas, tais como: (i) a liberdade de aprender e ensinar, sendo defesa a imposição de métodos educacionais pelo Estado (*função de defesa*); (ii) a prestação de atendimento educacional especializado aos deficientes (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas que ofereçam gratuitamente o serviço público de educação (*função de organização*); (iv) a regulamentação de como se dará o acesso igualitário aos estabelecimentos públicos de ensino, tais como as universidades (*função de procedimento*); (v) a criação de normas que definam critérios de padrão de qualidade, bem como a sua fiscalização pelo órgão competente, para impedir que a exploração dessa atividade pelos particulares seja realizada abaixo dos níveis adequados (*função de proteção*). Nos exemplos citados, cada uma dessas pretensões jurídicas pode ser identificada em um dispositivo específico da Constituição Federal (art. 206, I, II, IV, VII e art. 208, III).

(d) Feitas essas considerações conceituais a propósito da distinção entre *enunciado normativo*, *norma* e *direito fundamental*, e analisada a estrutura jurídica complexa das normas de direito fundamental (composta por uma dupla dimensão – *objetiva* e *subjéctiva* – e caracterizada por sua *multifuncionalidade*), impõe-se um quarto esclarecimento: a diferenciação entre “direito fundamental” e “pretensão jurídica jusfundamental”.

Se observado o direito fundamental *como um todo*, pode-se perceber que dele decorrem multifárias *pretensões jurídicas*. Ou seja: uma compreensão global do direito fundamental como

<sup>96</sup> Terminologia formulada por ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 214.

a acima referida, que parte de uma *norma* resultante da construção hermenêutica derivada de diversas disposições constitucionais, a ele irá associar uma pluralidade de posições jurídicas subjetivas que podem ser reclamadas pelo seu titular – embora nem todas pela via individual. Logo, num sentido amplo um *direito fundamental* se apresenta como um conjunto de *pretensões jurídicas* que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos. Ocorre que, numa acepção estrita, cada uma dessas pretensões jurídicas isoladamente consideradas também pode ser chamada de direito fundamental. Retomando um dos exemplos antes oferecido, o direito à educação considerado *como um todo* (sentido amplo) engloba todas as pretensões jurídicas já mencionadas; mas a pretensão jurídica de acesso gratuito ao serviço público de educação básica, vista singularmente, não deixa de ser igualmente um direito fundamental (sentido estrito).

De forma simplificada: se analisada a norma *como um todo*, a partir do conjunto de pretensões jurídicas por ela asseguradas, trata-se de um *direito fundamental em sentido amplo*; se tomada apenas uma das *pretensões jurídicas* dela emanadas, de forma isolada, cuida-se de um *direito fundamental em sentido estrito* (ou *posição de direito fundamental*).<sup>97</sup>

A “falta de percepção quanto à natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais”, a que se faz referência no título do presente tópico, encontra-se no habitual desprezo em relação a essa distinção. Quando alguém menciona o “direito à saúde” de forma genérica, é impossível dizer *a priori* se ele pode ou não ser postulado judicialmente por um sujeito individual. A que se está referindo exatamente? Ao direito fundamental à saúde como um todo (sentido amplo) ou a uma pretensão jurídica isolada, decorrente da norma jurídica que o consagra (sentido estrito)? Nesse último caso, a qual das diversas posições jurídicas dela derivadas se está aludindo? Se a resposta for “à pretensão de criação de uma estrutura organizacional para a prestação eficiente do serviço (v.g., hospital público) e adequada fruição da saúde pelos cidadãos”, a solução é uma; se for “à pretensão de fornecimento gratuito de medicamento inserido na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)”, a solução será outra.

Algumas pretensões jurídicas jusfundamentais, associadas à dimensão subjetiva do direito, podem ser postuladas individualmente. Outras, ligadas à sua perspectiva objetiva, só poderão ser reivindicadas por meio dos instrumentos de tutela coletiva, e desde que observados alguns requisitos que serão esboçados posteriormente. O que desde já importar salientar é que, diante dessas características especiais de que gozam os direitos fundamentais, é insuficiente e inapropriado tentar *reduzi-los* (e não *elevá-los*, como poderia parecer) à condição de direitos subjetivos individuais como estratégia para garantir a sua satisfação judicial. Isso poderá levar a atentados contra o princípio da igualdade, quando for concedida apenas para um jurisdicionado medida que deveria ser estendida a todos os titulares da mesma pretensão jusfundamental. Ou implicar óbices à sua efetivação integral, por se tratar de um modo de pensar que ignora a existência de pretensões jurídicas derivadas da dimensão objetiva, titularizadas por grupos e coletividades, que poderiam ser pleiteadas pelo sistema de processos coletivos (e que não se ajustam aos esquemas tradicionais do direito subjetivo individual).

A impossibilidade de se associar automaticamente *direito fundamental* e *direito subjetivo individual* não significa, nesse influxo, enfraquecer a sua proteção jurídica. Pelo contrário: um *direito fundamental* será sempre *mais* do que um mero *direito subjetivo*, concebido

---

<sup>97</sup> Em sentido similar: BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81-82.

segundo o prisma tradicional.<sup>98</sup> E isso por dois motivos: (i) primeiro, porque quando considerado *como um todo* (sentido amplo), ele não engloba apenas uma, mas sim uma gama de pretensões jurídicas jusfundamentais (sentido estrito) que poderiam, *grosso modo*, ser consideradas como direitos subjetivos; (ii) segundo, porque além dessa dimensão subjetiva, a norma de direito fundamental apresenta uma perspectiva objetiva, que endereça implicitamente ao Estado, independentemente de determinações expressas ou de postulação subjetiva dos seus titulares, deveres objetivos de proporcionar as condições materiais e jurídicas adequadas para a tutela e exercício efetivos desses direitos, protegendo-os contra investidas estatais e particulares e criando mecanismos procedimentais que tornem possível a sua posterior exigibilidade subjetiva.

Por outro lado, conceber os direitos fundamentais necessariamente como *direitos subjetivos* significaria renegar a algumas das posições jurídicas específicas a eles associadas (sentido estrito) o *status* de autênticos direitos fundamentais. Se para ostentar essa condição fosse imprescindível o enquadramento na categoria de direito subjetivo, aquelas parcelas do direito fundamental como um todo que se apresentam como deveres objetivos de ação estatal (v.g., função de proteção contra violações por particulares) não poderiam ser reconhecidas como pretensões jurídicas jusfundamentais.

Portanto, o grande problema que gera graves confusões nessa temática está no fato de que, muitas vezes, alude-se ao direito fundamental *como um todo* (sentido amplo) para se discutir se é possível exigí-lo judicialmente ou não. Faz-se uma menção genérica ao direito (v.g., direito à moradia, direito à educação...), sem demonstrar quais são as *posições de direitos fundamentais* (direito fundamental em sentido estrito) que estão englobadas pela norma jusfundamental em questão. Às vezes, por falta de concreção normativa, é difícil identificar claramente quais são os direitos fundamentais em sentido estrito (*posições jurídicas*) que derivam de determinada norma. Em outras palavras: há casos em que não se sabe com precisão quais relações jurídicas são estabelecidas pela norma de direito fundamental.

(e) Chega-se então à quinta peculiaridade que merece ser colocada em relevo. O grau de exigibilidade de cada uma das pretensões jurídicas enfeixadas pelo mesmo direito fundamental em sentido amplo relaciona-se com dois fatores: (e.1) a concreção normativa de cada pretensão jurídica; e (e.2) a sujeição a determinadas reservas jurídicas e fáticas.

(e.1) As pretensões jurídicas jusfundamentais (direitos fundamentais em sentido estrito) são relações jurídicas firmadas entre indivíduos ou entre cidadão e Estado.<sup>99</sup> Formam-se a partir de um sujeito ativo (titular da pretensão jurídica), um objeto (dever de ação ou omissão), e um sujeito passivo (destinatário). Veja-se o direito constitucional à proteção dos idosos. Ele engloba, entre outras, a pretensão jurídica de gratuidade dos transportes públicos urbanos aos maiores de sessenta anos (art. 230, §2º, CF). No exemplo, o sujeito ativo será o idoso que tenha atingido essa idade, o sujeito passivo será o Município ou o concessionário de serviço público que lhe faça as vezes, e o objeto será a proibição deste de cobrar daquele pelo serviço prestado.

Ocorre que as pretensões jurídicas decorrentes de normas de direitos fundamentais poderão ou não apresentar uma dimensão subjetiva, reivindicável judicialmente pela via individual. Isso dependerá da precisão dos contornos efetuada normativamente pelo ordenamento jurídico, seja em sede constitucional, legislativa ou administrativa. Desse modo, é a concreção normativa que adiciona o radical subjetivo à dimensão objetiva dos direitos fundamentais: esta

<sup>98</sup> Segundo Jorge Reis Novais, a categoria jurídica de direito subjetivo “não esgota estruturalmente o conceito de direito fundamental”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...* Op. Cit., p. 57.

<sup>99</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* Op. Cit., p. 85.

última dirige ao Estado deveres objetivos, mas o seu cumprimento será passível de exigência judicial individual pelo titular do direito somente se a ordem jurídica tiver concretizado minimamente os seus contornos. Quanto mais forem delineados os conteúdos do direito fundamental em questão, pela própria Constituição, pelas leis e pelos atos administrativos normativos, maior será a sua sindicabilidade judicial, e mais reforçada será a sua dimensão subjetiva.

O reconhecimento de uma dimensão subjetiva, capaz de autorizar a exigibilidade judicial da pretensão jurídica jusfundamental, pressupõe que o sistema normativo haja estipulado um grau específico de determinabilidade da conduta estatal devida. Isso poderá – como no exemplo do idoso – acontecer no plano constitucional, mediante especificações do conteúdo do direito pela própria Constituição (caso que torna prescindível a regulamentação legislativa do direito para permitir sua acionabilidade judicial). Mas poderá se dar no plano infraconstitucional, com a determinação concreta dos deveres estatais correspondentes através de leis e atos normativos. Tal exigência se justifica para que o magistrado possa ter parâmetros objetivos mínimos para se basear no momento da análise do pleito formulado judicialmente, que lhe permitam verificar a conformidade jurídica dos comportamentos comissivos ou omissivos do Poder Público.<sup>100</sup>

As polêmicas no campo dos direitos fundamentais sociais nascem, muitas vezes, da ausência de ampla especificação do seu conteúdo normativo (limites e abrangência) no próprio texto constitucional – o que se passa com alguns direitos, não com todos. Já se viu que no caso do direito à educação a Constituição dedicou vários dispositivos para delinear os seus contornos. O direito à moradia, por sua vez, não recebeu uma ampla regulamentação pelas disposições constitucionais. De todo modo, ainda que o Título VIII (“Da Ordem Social”) discipline em maior ou menor medida as pretensões jurídicas incluídas em vários direitos sociais, o artigo 6º da Constituição – dispositivo inserido no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais – os enuncia genericamente.<sup>101</sup> Isso facilita que os titulares dos direitos se apoiem na previsão genérica e dela queiram extrair pretensões jurídicas não garantidas pelo ordenamento jurídico, que desbordam do conteúdo de seus direitos fundamentais.

O fato de a Constituição albergar ditos direitos não faz automaticamente com que todas as pretensões jurídicas a eles relacionadas sejam demandáveis judicialmente da forma como o titular bem entende. E logicamente também não faz com que eles sejam somente recados para o legislador, pois, dotados de eficácia jurídica vinculante aos Poderes Públicos, sempre produzirão ao menos alguns efeitos relevantes.<sup>102</sup> Mas a questão é que qualquer direito, esteja previsto onde

---

<sup>100</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...** *Op. Cit.*, p. 116.

<sup>101</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>102</sup> Nesse sentido, aduz Clèmerson Merlin Clève: “As normas constitucionais sempre produzem uma ‘eficácia jurídica de vinculação’ (decorrente da vinculação dos poderes públicos à Constituição), e, por isso, contam com aptidão para deflagrar, pelo menos, os seguintes resultados: (i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) ‘conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)’. Esta é a dimensão negativa da eficácia mínima produzida pelas normas constitucionais, mesmo as inexecutáveis por si mesmas. Mas elas operam, igualmente, uma eficácia positiva. Em virtude da ‘eficácia de vinculação’, as normas: (i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se o Estatuto Constitucional com um sistema, a rede de significação definidora do seu sentido – conteúdo – é formada por todas as normas

estiver – isto é, independentemente da estatura ou natureza jurídica da previsão normativa que o veicula – precisa ter os seus contornos delineados para que se possa saber o que é que o seu titular pode demandar da contraparte obrigada (seja ela um particular ou o Estado), como pressuposto para a sua satisfação integral.

Considere-se o direito de propriedade, assegurado constitucionalmente como direito fundamental (art. 5º, XXII). Essa previsão não garante, por si só, que o Estado não possa interferir nesse direito, restringi-lo, ou até mesmo excluí-lo da esfera jurídica do indivíduo. E isso mesmo se a Constituição não falasse em função social da propriedade. Afinal, o legislador já previu: (i) formas de aquisição, transmissão e perda da propriedade; (ii) a possibilidade de restrições para fins urbanísticos; (iii) a desapropriação, inclusive para finalidades distintas (utilidade pública, de um lado, e interesse social, de outro); entre tantas outras limitações. Assim, o fato de a Lei Maior tutelar o direito de propriedade não permite ao seu titular exigir do juiz toda e qualquer pretensão em relação à sua proteção. A abrangência de sua garantia está especificada nas imediações do sistema normativo, que inclui outras normas inscritas na Constituição, em tratados internacionais de direitos humanos, nas leis, nos decretos e demais atos administrativos normativos.

Ninguém cogitaria, nos dias atuais, invocar a previsão constitucional do direito de propriedade para dizer ser inconstitucional a instituição de uma limitação administrativa em um bem imóvel ou a promoção de sua desapropriação. Podem alegar a ausência dos elementos juridicamente exigidos para a deflagração de tais atos interventivos (v.g., utilidade pública) ou a violação, na situação concreta, a princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, mas jamais opor o seu direito fundamental à propriedade como óbice para o manejo de tais medidas, já que o próprio ordenamento jurídico reconhece que elas podem afetar esse direito. É o sistema normativo que delimita o seu conteúdo. Da mesma forma, o indivíduo não pode evocar o direito à saúde previsto constitucionalmente para exigir toda e qualquer prestação necessária à proteção ou promoção de sua saúde. Ele precisa – tanto quanto o titular do direito de propriedade – verificar em que termos o restante do Direito positivo lhe assegura esse direito. Faz-se imperioso averiguar, além das normas constitucionais, as leis e atos administrativos normativos que especificam o conteúdo do seu direito, que logicamente não é absoluto nem irrestrito. Assim como ninguém dirá ser absurdo limitar o direito de propriedade aos contornos que lhe foram delineados pelo conjunto da ordem jurídica, não se poderá reputar como conservadorismo a negação de uma feição absoluta ao direito à saúde. Do contrário, a atitude significará uma recusa injustificada, por parte daqueles que buscam imprimir aos direitos sociais tal atributo, em olhar para o resto do ordenamento jurídico.

(e.2) A ausência de caráter absoluto dos direitos fundamentais explica-se, ademais, pelo fato de sua exigibilidade encontrar-se sujeita a algumas reservas fáticas e jurídicas, a depender da função da pretensão jusfundamental que estiver sendo analisada. Em outras palavras, a estrutura normativa complexa dos direitos fundamentais autoriza que, em determinadas situações, seu conteúdo seja objeto de restrições – o que não significa que toda e qualquer limitação

---

constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 320-321.



eventualmente operada esteja sempre em conformidade com o Direito.<sup>103</sup> Jorge Reis Novais destaca que as restrições oponíveis aos direitos fundamentais são de três ordens: **(i) reserva imanente de ponderação**; **(ii) reserva do politicamente adequado ou oportuno**; **(iii) reserva do financeiramente possível**.<sup>104</sup> No entanto, tais reservas não se aplicam indistintamente a qualquer situação que envolva a concretização de norma jusfundamental. Em verdade, cada uma das funções desempenhadas pelo direito fundamental articula de maneira própria a incidência dessas reservas.<sup>105</sup>

**(i) A reserva imanente de ponderação**, conforme já mencionado acima, está diretamente relacionada ao caráter principiológico que, em geral, assumem as normas definidoras de direitos fundamentais. Como muitos dos bens jusfundamentais são protegidos por normas-princípio, a sua aplicação ao caso concreto encontra-se sujeita a uma dimensão de peso: ocorrendo colisão de direitos fundamentais, e a depender da situação fático-jurídica considerada, um deles poderá ter sua exigibilidade restringida. Assim, os direitos fundamentais estão sujeitos à reserva de ponderação, que poderá justificar restrições em qualquer das funções por eles desempenhadas, seja *defensiva* (dever de *respeito*) ou *prestacional* (dever de *proteção* e dever de *promoção*). Ainda, a reserva incidirá tanto na atividade normativa de delimitação do conteúdo substantivo do direito, quanto na hipótese de conflitos envolvendo direitos fundamentais com outras normas do ordenamento jurídico.<sup>106</sup>

Em relação à atividade estatal normativa, ocorrerão processos de ponderação no momento de elaboração de leis em sentido formal (atividade legislativa) e na atividade normativa da Administração Pública, quando os diversos bens jusfundamentais serão sopesados, entre si e com os demais deveres estatais, para a definição das estratégias normativas e materiais de concretização dos comandos constitucionais. Com isso, pode ser promovido o equacionamento entre as diversas finalidades a que se encontram vinculados o legislador e o administrador com a efetiva capacidade de ação do Estado.

Por outro lado, se em um caso concreto dois direitos fundamentais entrarem em choque, a ponderação entre eles permitirá evidenciar qual deve prevalecer naquela hipótese, ante a situação fática e jurídica do contexto, com a consequente restrição do direito com menor dimensão de peso. É o que ocorre quando a liberdade de tráfegar em uma via pública é restringida em razão de uma passeata de manifestantes que pedem melhores condições de trabalho para os professores da rede pública de educação (conflito entre o direito à liberdade de locomoção, assegurado no art. 5º, XV, e o direito à liberdade de expressão, previsto pelo art. 5º, inciso IV, ambos da Constituição Federal).

<sup>103</sup> De acordo com o magistério de Jorge Reis Novais, há que se distinguir dois conceitos. *Restrições em sentido estrito* correspondem à delimitação do conteúdo de uma norma garantidora de direito fundamental, seja por meio de lei formal ou de atos administrativos normativos, que do ponto de vista jurídico-subjetivo resultam em diminuição substantiva do espectro de proteção assegurado pela norma. Por outro lado, *intervenções restritivas* referem-se a atuações estatais, em casos concretos, que diminuem o nível de eficácia de um direito fundamental naquela situação específica, com vistas à tutela de outro direito igualmente protegido pelo ordenamento jurídico. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...** *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>104</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 273 *et seq.*

<sup>105</sup> Novais aponta que, das variadas *funções* que podem ser desempenhadas pelos direitos fundamentais, exsurtem para o Estado *deveres* de concretização: (i) dever de respeitar (relacionado à função de defesa); (ii) dever de proteger (ligado à função prestacional de proteção); (iii) dever de promover (correlato à função prestacional em sentido estrito). NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 42.

<sup>106</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 275.

Quando o Estado deve atuar positivamente para a concretização de um direito fundamental (dever de *proteção* ou dever de *promoção*), ocorre uma articulação mais intensa das reservas a que estão sujeitos. Nessa esteira, tratando-se de função de *prestação*, seja ela *normativa* ou *fática*, somam-se à reserva imanente de ponderação outras duas reservas: a reserva do politicamente adequado ou oportuno e a reserva do financeiramente possível.

(ii) A *reserva do politicamente adequado ou oportuno* expressa as possibilidades de restrição de um direito fundamental na definição dos meios necessários à sua proteção ou promoção. Ou seja, diante da imensa gama de mecanismos e estratégias para que um direito seja protegido ou promovido, caberá aos órgãos competentes decidir quais deles serão empreendidos pelo Poder Público. O direito à moradia, por exemplo, poderá ser protegido por meio de normas que impeçam a penhora judicial da casa onde mora uma família.<sup>107</sup> O mesmo direito, ainda, pode ser promovido através de políticas públicas que facilitem o acesso à propriedade de imóvel residencial.<sup>108</sup> Todos esses meios aptos à concretização do direito, portanto, permanecem sujeitos a uma apreciação política sobre quais efetivamente serão adotados pelo Estado, de modo que, em princípio, apenas serão exigíveis aquelas prestações reconhecidas pelo Poder Público como integrantes do conteúdo substantivo do direito.

(iii) Finalmente a *reserva do financeiramente possível* poderá justificar a restrição de um direito fundamental quando sua efetivação demandar uma atuação custosa por parte dos órgãos e entes estatais por meio de prestações materiais.<sup>109</sup> Eventual necessidade de recursos financeiros para que os cidadãos tenham acesso a bens jusfundamentais realça o fato de que, considerando-se que o dinheiro público não é infundável, deverá haver escolhas alocativas que distribuam os recursos entre as diversas finalidades constitucional e legalmente previstas. Assim, não é toda e qualquer prestação pleiteada pelo indivíduo que deverá necessariamente ser entregue pelo Estado – este terá o dever de atuar, inclusive injetando recursos públicos, quando uma decisão política anterior o tiver determinado. Por isso, não é qualquer pretensão a prestações materiais que será exigível perante o Poder Público.

Registre-se, ainda, que o que demanda recursos financeiros não é determinado direito em si, mas eventual função *prestacional* relacionada a ele. Com isso, tanto direitos ditos “de primeira geração” ou “de liberdade” como chamados “de segunda geração” ou “sociais” podem reclamar ações custosas – o direito à propriedade, por exemplo, somente será concretizado para a parcela marginalizada da população se em algum momento forem implementados programas de reforma agrária, que exigem intervenção direta do Estado; o direito à saúde, por outro lado, muitas vezes demanda o dispêndio de recursos públicos para ser concretizado, como no caso da concessão gratuita de medicamentos. Nessas situações, portanto, é possível que a escassez de recursos assuma relevância normativa para a delimitação do conteúdo do direito.<sup>110</sup>

A totalidade das características jurídicas acima descritas atestam a impossibilidade de se encarar os direitos fundamentais de forma restrita exclusivamente como *direitos subjetivos*. Impõe-se levar em consideração a sua natureza e estrutura complexas, reconhecendo-os como

<sup>107</sup> A Lei nº 8.009/1990 disciplina a impenhorabilidade do bem de família.

<sup>108</sup> Como exemplo, cite-se o Programa Minha Casa Minha Vida, disciplinado pela Lei nº 11.977/2009, que concede subvenção econômica aos beneficiários no momento do financiamento da unidade habitacional.

<sup>109</sup> A doutrina e jurisprudência brasileiras geralmente analisam a relevância financeira dos direitos fundamentais a partir da teoria da “reserva do possível”, desenvolvida com maior refinamento na Alemanha. Sobre o tema, cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

<sup>110</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 278.

uma categoria jurídica autônoma, que ora assume uma dimensão subjetiva individual, ora revela-se em uma perspectiva objetiva transindividual.

## **1.2. O maniqueísmo do debate quanto à exigibilidade dos direitos fundamentais sociais pela via judicial: análise das tendências no Direito Público brasileiro**

Foram expostas no item anterior (1.1.) as razões pelas quais não se pode transpor de modo simplista a lógica liberal do século XIX à sistemática vigente dos direitos fundamentais sociais. Ocorre, no entanto, que essa prática ainda é muito comum. Não são poucos os operadores jurídicos que, trasladando ao campo dos direitos sociais a racionalidade antes refutada, afirmam, por exemplo, que a falta de fornecimento gratuito de medicamento a um cidadão enfermo que dele necessite sempre fará recair sobre o Poder Judiciário o dever de assegurar-lhe tal prestação, uma vez que a Constituição garante nos arts. 6º e 196 o direito à saúde.<sup>111</sup>

A questão, como visto, não é bem assim. Na situação cogitada, não se pode responder abstratamente à pergunta “é possível exigir judicialmente prestações estatais individuais necessárias à satisfação do direito fundamental à saúde?”. Impõe-se verificar, previamente, a qual pretensão jurídica derivada de tal direito se está fazendo referência. Poderá se tratar de uma posição jusfundamental associada à dimensão subjetiva do direito à saúde, já delineada normativamente na Constituição ou na legislação, plenamente passível de reivindicação jurisdicional individual. Contudo, poderá ser o caso de uma pretensão de direito fundamental relativa à sua perspectiva objetiva, que em caso de descumprimento por proteção insuficiente do Estado ensejaria uma demanda coletiva, requerendo a imposição judicial de uma obrigação de atuar. Poderá, ainda, dizer respeito a uma pretensão não amparada explícita ou implicitamente pela Constituição, ainda que relacionada com a saúde do cidadão, e que por uma opção política legislativa ou administrativa o Poder Público tenha deliberado por não atender – inclusive mediante decisão que tenha contado com participação popular (v.g., no Conselho Municipal de Saúde).

A falta de percepção a propósito da complexidade do tema, anteriormente explorada, leva à segunda deficiência que doravante se irá analisar: o maniqueísmo de um debate entre intérpretes que não se ouvem reciprocamente e discursam a partir de posições que se supõem diametralmente opostas. De um lado, os que apostam no Judiciário como o melhor remédio para curar a patologia da inefetividade dos direitos fundamentais sociais, frente à habitual inércia dos demais poderes constituídos. De outro, aqueles que sustentam a impossibilidade de se relegar aos juízes a resolução dessa questão, seja por se fiarem a uma leitura descontextualizada do princípio da separação dos poderes, seja por entenderem que o espaço democraticamente apropriado para decidir sobre prioridades orçamentárias, alocação de recursos e formulação de políticas é no âmbito do Legislativo e do Executivo. E com esteio nessa aparente dicotomia, são atribuídos rótulos para os que sustentam cada um desses entendimentos genéricos, que passam a ser tachados de “conservadores” ou “progressistas”, ou mesmo apontados como defensores da posição “do bem” ou “do mal”, quando examinados por um viés maniqueísta.

---

<sup>111</sup> Atestando ser recorrente no meio jurídico essa forma de pensar: SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA, Cláudio Pereira de NETO; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 588.

O escopo do presente item é demonstrar os equívocos dessa disputa, partindo-se da premissa de que as acentuadas divergências acerca da temática vertente derivam da recusa de se *ouvir* com atenção os argumentos de ambos os posicionamentos. Impõe-se averiguar, com precisão, em quais hipóteses exatas cada lado da discussão aduz ser legítima ou não a intervenção judicial (até porque, se especificada a pretensão jurídica que está em jogo, é bem possível que intérpretes filiados a concepções supostamente distintas entrem em consenso, após terem ouvido exatamente de qual posição jusfundamental se estava a falar).

Do contrário, estar-se-á diante de um debate similar àquele travado na conhecida parábola indiana, em que seis cegos de nascença se deparam com um elefante. Cada qual, apalpando uma parte diversa do animal (barriga, rabo, presa, tromba, pata, orelha), afirma que o paquiderme se parece com um artefato diferente (colchão, corda, lança, mangueira, tronco de árvore, leque de abano). Como cada um deles estava se manifestando sobre algo distinto, por conta de uma apreciação parcial, unilateral e limitada do objeto da contenda e sem levar em conta a experiência dos demais, nenhum estava completamente certo.

Primeiramente serão examinadas (1.2.1.) as falhas de uma compreensão que rejeita qualquer possibilidade de atuação jurisdicional na seara dos direitos fundamentais sociais, entrando com isso a promoção do desenvolvimento e a atribuição de efetividade aos mandamentos constitucionais. Em seguida, serão enfrentados (1.2.2.) os problemas de um ativismo judicial exacerbado e descuidado, sobretudo em razão de possíveis ofensas ao princípio da igualdade.

### *1.2.1. As deficiências do discurso do passivismo judicial subserviente: obstáculo ao desenvolvimento social e à efetivação constitucional*

Uma das posturas assumidas por parcela da doutrina no tocante ao assunto em epígrafe é a de negar a possibilidade de implementação judicial individual ou coletiva de prestações atinentes a direitos sociais. Note-se que aqui não se está fazendo alusão às concepções *procedimentalistas*, que defendem uma contenção judicial como forma de deferência aos espaços de deliberação democrática. Estas propõem que a legitimidade da jurisdição constitucional para determinar os conteúdos substantivos da Constituição, interferindo nas decisões políticas dos demais poderes constituídos, justifica-se somente quando isso for necessário para assegurar as condições materiais para o exercício da democracia.<sup>112</sup> Sob tal viés, a atuação da justiça constitucional para a garantia dos direitos sociais é admitida quanto tiver em vista a finalidade mencionada, ainda que com extensão e intensidade reduzidas, especialmente se comparada com as propostas *substancialistas*.<sup>113</sup> O discurso que neste subitem será apreciado é outro: aquele que recusa a exigibilidade jurisdicional dos direitos sociais não por se preocupar com a higidez da democracia, mas sim por refutar a normatividade jurídica dos enunciados constitucionais que os veiculam.

A roupagem do Direito Constitucional brasileiro anterior à Constituição de 1988 ainda ligava-se à perspectiva de um positivismo legalista, que não reconhecia efetivamente a plenitude

<sup>112</sup> Entre os principais autores que compartilham dessa posição encontram-se: ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>113</sup> Sobre o pensamento substancialista, destaca-se a obra de: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

de sua força normativa. Salvo exceções, cuidava-se de posição dominante na doutrina e na jurisprudência, que negava às disposições constitucionais o caráter normativo, considerando-as “lembretes, recados para o legislador”.<sup>114</sup> Os direitos fundamentais, por seu turno, eram encarados como meras declarações que demandavam legislação integrativa para produzir força normativa.<sup>115</sup> Mesmo após o advento da Constituição vigente muitos tribunais continuaram propagando tal visão, que reputava os dispositivos constitucionais referentes aos direitos sociais como “normas constitucionais meramente programáticas”.<sup>116</sup>

No campo do Direito Administrativo, o apego à superioridade da lei formal como limite e fundamento do agir da Administração Pública, numa óptica restritiva do princípio da legalidade, corroborava com a lógica do Direito Constitucional de então, inadmitindo a atuação administrativa *praeter legem*, ainda que fundada diretamente no texto constitucional. Sem a previsão expressa de lei formal, não se aceitava a atuação da Administração,<sup>117</sup> ainda que para concretizar comandos constitucionais veiculadores de direitos fundamentais.

Mirando sob esse ponto de vista, com foco para a questão da efetivação dos direitos fundamentais sociais, as características mais marcantes das tendências desses dois ramos centrais do Direito Público permitem – com o perdão do reducionismo do rótulo – a referência a um *Direito Constitucional formalista* e a um *Direito Administrativo legalista*. Para o primeiro, importava mais o respeito à forma do que os efeitos do conteúdo das disposições constitucionais, ao passo que para o segundo a lei ostentava maior relevância do que a Constituição.

Em termos de direitos fundamentais sociais, a *primeira tendência*, própria desse período, não podia ser diferente: suas previsões no texto constitucional não poderiam ser demandadas perante o Poder Judiciário. A concepção *formalista* do Direito Constitucional e

<sup>114</sup> A crítica a essa posição é feita por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

<sup>115</sup> Notícia dada por CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

<sup>116</sup> É o caso da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos tem direito e o estado o dever’ - dever de saúde - como afixam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996). Em sentido semelhante: “Mandado de segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Improriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, julgado em 17. 12.1998).

<sup>117</sup> Nesse sentido, a seguinte passagem da obra de Miguel Seabra Fagundes: “O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. (...) Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica. (...) sendo a função administrativa (...) essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites dêste”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 100-101.

*legalista* do Direito Administrativo alinhava-se a uma compreensão estrita do princípio da separação de poderes, ainda tributária da Revolução Francesa. Mantinha-se, assim, uma postura receosa quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição, pois no momento em que o juiz condenasse o administrador a agir de determinada forma, estaria adentrando na esfera de atuação do Poder Executivo, afrontando o princípio da separação dos poderes. Questionava-se a legitimidade democrática do Poder Judiciário para concretizar as normas de caráter mais abstrato<sup>118</sup>, pois ainda se entendia que essa função – a de fazer as escolhas políticas e morais da sociedade – cabia aos representantes eleitos pelo povo.<sup>119</sup>

Tal linha de raciocínio gerou o problema da inefetividade dos direitos fundamentais sociais. Sua maior deficiência estava em centrar o debate na questão da eficácia jurídica das normas constitucionais, adotando modelos de classificação ainda mais antigos, que embora tivessem sua razão de ser no momento histórico em que foram forjados, não mais coadunavam com a experiência constitucional então emergente. Era o caso da proposta que diferenciava as normas constitucionais entre as auto-aplicáveis (*self executing*) e as não auto-aplicáveis (*non self executing*), importada do pensamento norte-americano por Ruy Barbosa<sup>120</sup> e posteriormente compartilhada por Pontes de Miranda com nomenclatura distinta.<sup>121</sup> A Constituição brasileira de 1988, instaurando um Estado Social e Democrático de Direito, surgiu recheada de disposições que fixam programas e deveres de atuação ao Estado, alguns bem concretos e outros mais abstratos. Sua implementação já não era mais compatível com a citada forma de compreender os comandos constitucionais.

Como se verá no próximo subitem (1.2.1.), a doutrina nacional dedicou-se à construção de um novo modo de encarar o Direito Constitucional (com especial afinco a partir de 1988), encontrando amplo respaldo jurisprudencial. De uma parte, a busca pela conquista da efetividade da Lei Fundamental pela via judicial acabou, involuntariamente, conduzindo a outro extremo indesejável: uma promoção dos direitos fundamentais sociais desatenta ao princípio da igualdade. Mas de outra banda, ela foi imprescindível para combater o mais pernicioso câncer que acometia as Constituições pátrias: a falta de eficácia social.

Nesse ponto reside a maior falha do discurso que advoga uma postura passiva do Judiciário na seara dos direitos fundamentais sociais, que seja totalmente subserviente às decisões do Legislativo e do Executivo: fulminar a normatividade da Constituição, subtraindo-lhe a força jurídica e ensejando uma conivência com a inércia antijurídica das autoridades, entidades e órgãos públicos, nos casos de descumprimento das obrigações que lhes são

<sup>118</sup> Confira-se a observação de Eugenio Raúl Zaffaroni: “De maneira geral, quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de ‘ativismo judiciário’, é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é a sua origem ‘não democrática’”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.

<sup>119</sup> Fazendo alusão a esse pensamento, explica Robert Alexy: “se o direito carece de pautas suficientes, então a decisão acerca do conteúdo dos direitos sociais fundamentais é um assunto da política. Sem embargo, isto significa que, de acordo com os princípios da divisão de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais fundamentais não está dentro da competência dos tribunais de justiça, mas sim dentro da competência do «legislador diretamente legitimado pelo povo». Portanto, os tribunais podem decidir perguntas que fazem parte do âmbito dos direitos sociais fundamentais somente se o legislador já adotou suas decisões”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 450.

<sup>120</sup> BARBOSA, Ruy. **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. v. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 488-489.

<sup>121</sup> O autor se referia a “normas constitucionais bastantes em si mesmas” e “normas constitucionais não bastantes em si mesmas”. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 126.

ordenadas pelos mandamentos constitucionais. É evidente que, em incontáveis situações, a única alternativa para promover a sua operacionalidade é a realização de um controle judicial das omissões legislativas e administrativas. Não foi à toa que a Lei Maior de 1988 previu o direito fundamental à tutela judicial efetiva, ao instituir a inafastabilidade do Poder Judiciário na apreciação de lesões ou ameaças a direitos (art. 5º, XXXV, CF)<sup>122</sup>, bem como uma série de instrumentos processuais específicos para controlar a inação transgressora do Parlamento e da Administração Pública, tais como o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF)<sup>123</sup> e a ação civil pública (art. 129, III, CF)<sup>124</sup> para a inatividade administrativa, e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF)<sup>125</sup> e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF)<sup>126</sup> para a abstenção ilegítima do legislador.

Negar, de maneira genérica, a efetivação jurisdicional dos direitos em apreço representa um obstáculo ao desenvolvimento social. Em diversas hipóteses será imprescindível a provocação dos juízes, por mecanismos de tutela individual ou coletiva de direitos, para que seja possível a materialização concreta das disposições constitucionais. Inadmitir em qualquer situação a utilização desse recurso significa aceitar passivamente que o alcance dos objetivos fundamentais da República de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”<sup>127</sup> dependa integralmente da boa vontade dos governantes. Consoante se demonstrará mais adiante (Capítulo 2), o desenvolvimento não se limita ao crescimento econômico. Ele pressupõe a elevação da qualidade de vida dos cidadãos e a promoção da igualdade no seio da sociedade, por meio de políticas de distribuição. E isso só é possível mediante o fornecimento estatal de condições materiais de existência digna, que viabilizem a satisfação dos direitos fundamentais sociais – o que nem sempre é realizado de forma adequada e espontânea pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Há circunstâncias em que as normas constitucionais impõem ao legislador e à Administração o dever objetivo de criar estruturas organizacionais e prestar serviços públicos que atendam coletivamente às necessidades mais elementares dos cidadãos. Cuida-se da já mencionada *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais. Essas determinações vinculam a gestão de qualquer grupo político que estiver à frente do Poder Executivo e reduzem a sua liberdade de escolha quanto às políticas de governo a serem adotadas durante o mandato. Embora confirmem, por vezes, uma margem para a eleição dos meios mais convenientes e oportunos para atingir os objetivos previstos, tais disposições não deixam qualquer opção quanto

<sup>122</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 5º. (...) XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>123</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 5º. (...) LXIX** - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

<sup>124</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público: (...) **III** - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

<sup>125</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 5º. (...) LXXI** - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

<sup>126</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 103. (...) § 2º.** Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

<sup>127</sup> Os trechos entre aspas consistem em objetivos da República Federativa do Brasil, previstos nos incisos I a III do art. 3º da Constituição Federal.

à obrigação de atuar. É o caso da implementação de programa de transporte dos alunos da rede pública de ensino, à qual o Estado se encontra compelido por força do art. 208, VII da Constituição Federal.<sup>128</sup> O modo como o serviço será empreendido pode ser decidido pela Administração Pública, mas o dever de prestá-lo deriva diretamente do texto constitucional e independe de qualquer apreciação subjetiva ou opção política. A omissão administrativa em cumprir a sobredita competência vinculada faz nascer, paralelamente à perspectiva *objetiva*, uma dimensão *subjetiva* associada ao direito fundamental social em questão, gerando uma pretensão transindividual que pode ser reivindicada judicialmente pela via coletiva.<sup>129</sup>

Ainda sob a óptica das pretensões metaindividuais, ligadas à feição objetiva dos direitos fundamentais, o seu desatendimento pelo Estado pode ser questionado judicialmente ainda que a disposição constitucional não especifique desde logo, de forma integral, os meios através dos quais o direito será implementado. Logicamente que, quanto maior for a concreção normativa (constitucional e infraconstitucional) do dever estatal, maior será a sua exigibilidade, pois o magistrado contará com mais parâmetros para averiguar se a inação da Administração Pública de fato revela-se antijurídica. Contudo, isso não significa que a justiciabilidade da atuação administrativa em prol da realização do direito dependa totalmente da previsão completa dos seus contornos pelo próprio texto constitucional.

Quando a Constituição prevê, por exemplo, que é dever do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem *com absoluta prioridade* o direito à educação (art. 227, CF)<sup>130</sup>, já é possível deduzir consequências jurídicas concretas. A inexistência, em determinado Município, de um estabelecimento educacional para acolher menores infratores sujeitos à medida sócio-educativa de internação, prevista no art. 112, VI do Estatuto da Criança e do Adolescente,<sup>131</sup> justifica a tutela judicial pela via coletiva. A condenação do ente municipal a construir o local apropriado para o cumprimento da medida deriva diretamente do direito fundamental assegurado pela Constituição. Assim, diferentemente do que consignou o Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante, a atuação jurisdicional não configuraria “intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada”.<sup>132</sup> A imposição constitucional não atribuiu qualquer discricionariedade para o administrador verificar se é conveniente ou oportuno cumpri-la.

<sup>128</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) **VII** - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”.

<sup>129</sup> Sobre o direito em referência, há decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a possibilidade de sua tutela judicial coletiva, por meio de ação civil pública: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 603575. Relator Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 20.04.2010. DJe-086, divulgado em 13.05.2010 e publicado em 14.05.2010.

<sup>130</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

<sup>131</sup> Lei nº 8.069/1990: “**Art. 112.** Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: (...) **VI** - internação em estabelecimento educacional”.

<sup>132</sup> No julgado, a Corte manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que extinguiu, por impossibilidade jurídica do pedido (!), a ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Confira-se a ementa:



Mas a exigibilidade judicial dos direitos sociais não se restringe às ações de natureza coletiva. Em outros casos, o desatendimento de prestações individuais pela Administração Pública também poderá suscitar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, mormente (ainda que não exclusivamente) quando se estiver diante de um direito fundamental cujo conteúdo já esteja perfeitamente delineado normativamente, seja pela Constituição, por lei ou por um ato administrativo normativo. Cite-se a prestação do serviço público de educação infantil em creches e pré-escolas, ao qual as crianças até cinco anos têm direito por expressa previsão constitucional (art. 208, IV, CF).<sup>133</sup> Se o próprio constituinte estabeleceu de forma clara o dever a que se encontra vinculado o Estado, refletindo decisão política a respeito da prioridade na alocação dos recursos públicos, sob qual fundamento se poderia refutar a sua postulação jurisdicional? Logo, a depender da situação – como é o caso da criança que não tem acesso à educação infantil por falta de vaga em instituição pública<sup>134</sup> – é plenamente possível pleitear, pela via individual, a condenação judicial da Administração para satisfazer o direito fundamental social violado.

Por outro lado, é preciso perceber que nem sempre a negativa de legitimidade à atuação do Judiciário em matéria de direitos fundamentais sociais é pautada por aquilo que aqui se denominou de “passivismo judicial subserviente”. Impõe-se verificar, em cada situação concreta, qual é o fundamento apontado pelo operador do Direito para não admitir a intervenção judicial. É necessário, portanto, *ouvir* as razões de quem professa tal posicionamento para compreender exatamente do que é que se está falando, antes de acusar a afirmação de conservadora e retrógrada. Retomando a distinção efetuada anteriormente (item 1.1.2.), se a *pretensão jurídica jusfundamental* ostentar natureza coletiva ela não poderá ser postulada judicialmente por um único indivíduo. Os três exemplos acima bem demonstram que do direito fundamental à

---

“Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido. I - O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica. II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são ‘dirigentes’ e ‘programáticas’. Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as ‘tarefas’ e ‘programas’ pré-estabelecidos) e para o judiciário (‘atualização constitucional’). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada. III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 63.128/GO. Relator Min. Adhemar Maciel. Sexta Turma. Julgado em 11.03.1996. DJ 20.05.1996.

<sup>133</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) **IV** - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”.

<sup>134</sup> Nesse sentido, ratificando decisão do tribunal *a quo* que condenava o Município de Santo André a garantir a matrícula de um cidadão na educação infantil, o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: “DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 464143. Relatora Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 15.12.2009. DJe-030, divulgado em 18.02.2010, publicado em 19.02.2010.

educação (em sentido amplo) decorrem diversas posições jurídicas, algumas delas de titularidade individual, outras de caráter transindividual. O fato de este direito gozar de normatividade jurídica não significa que o titular poderá invocar perante o Poder Judiciário a realização de pretensões coletivas a ele associadas.

Em outros momentos, a justificativa para não se aceitar a resolução individual da questão pelo Judiciário poderá não ser a transindividualidade de sua titularidade, mas sim a total falta de normatização do conteúdo e da abrangência do direito. Frente a esses espaços de vazio normativo, é possível que a resistência ao controle jurisdicional se explique pela necessidade de prestar deferência às instâncias de deliberação democrática, dotadas de maior legitimidade para a tomada de decisões políticas. O argumento não se trataria, então, de pôr em xeque a normatividade do texto constitucional, mas de privilegiar o desenho institucional dos Poderes da República por ele mesmo traçado, em homenagem aos princípios da democracia e da soberania popular. Daí a importância de se verificar atentamente, caso a caso, o motivo que levou à rejeição da possibilidade de interferência judicial para a efetivação do direito fundamental.

A origem das divergências nessa temática parece estar em uma peculiaridade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. As Constituições que asseguram direitos fundamentais de natureza social fixam ao Estado – legislador, juiz, Administração Pública – deveres de criar estruturas jurídicas, organizacionais e procedimentais para assegurar o respeito, a proteção e a promoção universal desses direitos, individual ou coletivamente. Trata-se, como dito, de hipótese em que o constituinte decidiu restringir o espaço de deliberação democrática, limitando a margem de decisões políticas a respeito da alocação de recursos públicos. Independentemente das *políticas de governo* que sejam prometidas pelo partido ou coligação que venha a assumir o Governo, tais *políticas de Estado* veiculadas pela Lei Fundamental deverão ser implementadas. A adoção de tais diretrizes pelas Constituições, por conseguinte, condicionam a atuação dos governos, impondo-lhes o dever de adotar, ao menos em uma parcela de suas atuações, *políticas de governo* que estejam alinhadas com tais *políticas de Estado*, de modo a satisfazer plenamente tais direitos.

Ocorre que algumas vão além e chegam a especificar no próprio texto constitucional certas escolhas quanto ao “como” e o “quando” o Poder Público tem o dever de agir. E acabam – como se passa no Brasil – incorporando opções que em outros Estados seriam consideradas como *políticas de governo*, que dependeriam da decisão da sociedade nos espaços democraticamente fixados para a tomada de decisões públicas. Daí porque, no caso da Constituição brasileira de 1988, haver tanta confusão a esse respeito: (i) o texto constitucional pátrio ora prevê *políticas de Estado* que impõem a criação das estruturas antes referidas, necessárias à promoção coletiva e universal dos direitos fundamentais sociais, e que uma vez criadas e bem definidas *permitem a fruição dos direitos sociais de forma individualizada, bem como a sua correspondente exigibilidade judicial* (mas que, antes de sua implementação, não possibilitam a sindicabilidade individual); (ii) outras vezes *já estabelece ao Poder Público deveres específicos de agir de determinada maneira, delimitando o conteúdo e os contornos normativos do direito fundamental social*, possibilitando assim a sua pronta exigência pelo sujeito singular.

Por isso, reduzir o debate à dicotomia *o Judiciário pode intervir vs. o Judiciário não pode interferir* é um erro metodológico que não se atenta para essa diferenciação. Assim como a negativa do controle judicial há de ser vista com cuidado, a defesa irrestrita de uma postura ativista deve ser analisada com cautela.

### 1.2.2. Os problemas do discurso do ativismo judicial desenfreado: o Judiciário como “porta das esperanças” inviabiliza o desenvolvimento igualitário

Se anteriormente à Lei Fundamental de 1988 a força normativa das Constituições era pouco reconhecida no Brasil, seu advento operou verdadeira revolução no Direito Público nacional.<sup>135</sup> Afinado com as transformações experimentadas pelo Direito Constitucional na Europa continental a partir da segunda metade do século XX, em um fenômeno denominado por alguns de “neoconstitucionalismo”,<sup>136</sup> o constitucionalismo brasileiro também muda de feição.<sup>137</sup> Da superioridade da lei formal passa-se à supremacia da Constituição, que se converte em parâmetro de validade do conteúdo material de todas as demais normas, por condensar os valores sociais mais importantes, correspondentes aos princípios de justiça compartilhados pela sociedade, de observância obrigatória não só ao legislador, mas também ao juiz e à Administração.<sup>138</sup> Forma-se então um novo paradigma, calcado na valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que dela emanam.<sup>139</sup> É possível se falar, a partir daí, de um *Direito Constitucional da efetividade*,<sup>140</sup> cuja preocupação maior residia em reconhecer a eficácia jurídica e assegurar a eficácia social das disposições constitucionais.

No que tange ao Direito Administrativo, ainda que fosse possível ressaltar outros aspectos marcantes nesse período, quanto aos direitos fundamentais econômicos e sociais a característica mais acentuada que merece ser sublinhada consiste na perspectiva *individualista* assumida por esse ramo jurídico. Se a Constituição passa a valer realmente, e as normas definidoras de direitos fundamentais sociais vinculam diretamente a Administração Pública, a resposta que passa a ser dada ao problema da inefetividade é a da ampla possibilidade de reivindicação individual, pela via judicial, das prestações estatais necessárias à satisfação de tais direitos. A uma lógica de proteção de direitos que já se mostrava diferenciada aplicam-se os pressupostos do mesmo Direito Administrativo do século XIX, lastreado em um sistema judicial subjetivista-individualista, no qual o indivíduo singular se insurge contra a Administração perante o tribunal para postular a tutela de suas liberdades. Portanto, na esfera dos direitos econômicos e sociais, ao lado do *Direito Constitucional da efetividade* se situou um *Direito Administrativo individualista*.

Um dos pontos de relevância para a temática reside no fato de que, conforme antes referido, o art. 5º, §1º da Constituição estabeleceu que as normas definidoras de direitos fundamentais desfrutam de aplicabilidade imediata. A literalidade de tal dispositivo, somada ao anseio de extrair plena eficácia das determinações constitucionais em matéria de direitos fundamentais sociais, conduziu parcela da doutrina a sustentar a possibilidade de se postular

<sup>135</sup> Acerca do tema, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, nº 7, San José, p. 35-46, 2007.

<sup>136</sup> A questão é tratada sob diferentes vieses em: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. e CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse Público**, nº 11, Porto Alegre, Notadez, p. 42-73, jul./ago. 2001.

<sup>138</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999. p. 93.

<sup>139</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010. p. 38.

<sup>140</sup> BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

judicialmente, em face das omissões da Administração Pública, a realização plena desses direitos.<sup>141</sup> Tais ideias lograram acolhida pelos tribunais, que, abandonando uma postura conservadora, reticente em aceitar que com fulcro nas disposições definidoras de direitos econômicos e sociais seria possível reclamar atuações estatais positivas, passaram a atestar a fundamentalidade desses direitos (principalmente nos casos da educação e da saúde) e encará-los como direitos subjetivos, prontamente exigíveis perante o Poder Judiciário.<sup>142</sup>

Pode-se falar então em uma *segunda tendência* do Direito Público pátrio, pós-1988: a expressiva ampliação da intervenção judicial com vistas à concessão de prestações estatais positivas dirigidas à integral efetivação dos direitos fundamentais sociais. Operou-se verdadeira mudança na orientação judicial brasileira no que tange ao reconhecimento de eficácia jurídica e força normativa cogente às normas constitucionais veiculadoras desses direitos. De decisões que lhes rejeitavam a possibilidade de investir o cidadão em posições jurídico-subjetivas, capazes de serem demandadas judicialmente, passou-se a condenar a Administração – até mesmo de forma indiscriminada e não criteriosa – a conceder as pretensões postuladas perante o Judiciário, sobretudo em matéria de direito à saúde.

É o caso de julgados conhecidos do Supremo Tribunal Federal, que passaram a deferir pedidos de tratamentos de saúde de altíssimo custo, alguns deles no exterior e sem comprovação da eficácia dos seus resultados, destinados à cura de doenças raras, com lastro no art. 6º, que prevê a saúde como direito fundamental social, e no art. 196, que a define como “direito de todos e dever do Estado”.

Um dos *leading cases* da matéria foi a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar proposta na Petição nº 1246-1. Tratava-se, no caso, de ação ajuizada contra o Estado de Santa Catarina, na qual um portador da doença rara *Distrofia Muscular de Duchene* – moléstia degenerativa de células musculares – asseverava existir tratamento em clínica estadunidense capaz de curá-lo. Supedaneado no art. 196 da Constituição, dentre outros, postulou a proteção de seu direito à saúde mediante o custeamento, pelo Poder Público, do aludido tratamento, que importaria o valor de US\$ 63 mil. A liminar foi concedida e o Estado de Santa Catarina recorreu ao Tribunal de Justiça. A questão chegou ao STF, no momento em que o Estado-membro postulou à Corte a suspensão da tutela antecipada, sob o argumento de violação aos arts. 37, 100 e 167 da Constituição, por ter havido ordem de pagamento sem base no orçamento, nem em lei que o determinasse. Através de despacho singular, o Ministro negou a suspensão pleiteada, arguindo que: “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado

<sup>141</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 317-321.

<sup>142</sup> A título de exemplo, veja-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. (...) O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 17.02.2011. DJe 08.03.2012.

este dilema – que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.<sup>143</sup>

Essa passagem tornou-se paradigma para decisões proferidas posteriormente em matéria de direito à saúde, tendo sido reproduzida em diversos outros julgados.<sup>144</sup> Posição semelhante foi adotada na decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 342.413 pela Ministra Ellen Gracie, na qual restou consignado que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”<sup>145</sup>, bem como no voto do Ministro Sydney Sanches no Recurso Extraordinário nº 198.263, no qual afirmou que “em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”<sup>146</sup>. Na mesma linha, alguns acórdãos chegam a sugerir uma superioridade hierárquica de tais direitos sobre as demais disposições constitucionais, em afirmações que parecem desconsiderar o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, como se extrai do seguinte excerto: “A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social”.<sup>147</sup>

É preciso reconhecer, no entanto, que em alguma medida essa *segunda tendência* implicou a adoção de um caminho que passou “da falta de efetividade à judicialização excessiva”<sup>148</sup>, mormente na seara da saúde, resultando na proliferação de provimentos judiciais fundados mais na emoção do que na razão, que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de prestações que extrapolam os limites da razoabilidade, seja por sua inacessibilidade no âmbito nacional, seja por sua falta de essencialidade. Trata-se muitas vezes de decisões desmedidas e incongruentes, que acabam por colocar em xeque o prosseguimento das políticas públicas, atravancando o planejamento regular das ações administrativas voltadas à universalidade da população e prejudicando o emprego racionalizado dos recursos públicos. Ademais, a busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente pela via do Poder Judiciário pode implicar a atribuição de privilégios a alguns poucos indivíduos que têm maiores condições de acesso à jurisdição, em prejuízo dos cidadãos em geral, em especial daqueles desprovidos de informação e meios financeiros suficientes, e que seguem dependendo dos programas e projetos sociais levados a efeito pela Administração.<sup>149</sup>

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1246, Presidente Ministro Sepúlveda Pertence, Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 31.01.1997, publicado em DJ 13.02.1997.

<sup>144</sup> É o caso dos acórdãos prolatados no Recurso Extraordinário nº 267.612, no Agravo de Instrumento nº 570.445, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286, no Recurso Extraordinário nº 198.265, no Recurso Extraordinário nº 248.304, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 273.834 e no Recurso Extraordinário nº 393.175, conforme dá notícia WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 354, nota nº 19.

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 342.413, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 14.10.2004, publicado em DJ 09.11.2004.

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198.263, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 12.02.2001, publicado em DJ 30.03.2001.

<sup>147</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 17.02.2011. DJe 08.03.2012.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 876.

A simples referência a algumas situações concretas vivenciadas na realidade prática é suficiente para demonstrar essa afirmação. O Município de Campinas gastou em 2009 o valor de R\$2.505.762,00 com o pagamento de condenações judiciais de fornecimento de medicamentos, para atender as 86 ações propostas naquele ano, beneficiando com isso 253 pacientes.<sup>150</sup> A totalidade de recursos municipais dispensados com medicamentos para atender aos usuários do Sistema Único de Saúde foi de R\$16.929.316,29.<sup>151</sup> Considerando o número de habitantes do Município,<sup>152</sup> os dados demonstram que quase 16% do orçamento municipal reservado para cobrir os custos com medicamentos foram empregados para atender apenas 0,023% da população que ingressou com medidas judiciais.

Situação similar ocorreu no Estado de Minas Gerais em 2010. Dos R\$360.029.986,11 despendidos com fornecimento de medicamentos básicos e de alto custo pelo Estado, o valor de R\$55.052.215,84 foi destinado ao cumprimento de decisões judiciais dessa natureza, beneficiando um total de 4.762 pacientes<sup>153</sup> em um Estado com 19.595.309 habitantes.<sup>154</sup> Significa que somente 0,024% dos cidadãos do Estado, que manejaram ações judiciais para garantir o acesso a esses bens, abocanharam aproximadamente 15,3% do total orçamentário gasto com distribuição de medicamentos.

Os dados mencionados demonstram que, embora bem intencionadas, algumas das decisões judiciais dessa natureza deixam de levar em conta aspectos essenciais da satisfação universal dos direitos fundamentais sociais, que não devem ser efetivados apenas individualmente e pela via judicial, comprometendo os recursos de políticas públicas e serviços públicos para o atendimento dos poucos que tiveram condições de requerê-los perante o Judiciário.<sup>155</sup> É preciso, portanto, encarar os direitos fundamentais econômicos e sociais não apenas pelo prisma da *efetividade*, mas também pela perspectiva da *igualdade*. Nem todos têm igual acesso à via judicial. A Administração Pública, por outro lado, tem condições de implementá-los através da alocação planejada e racionalizada dos escassos recursos públicos em ações dirigidas ao atendimento universal e igualitário da população. Eventuais exageros cometidos na esfera judicial podem impedir ou prejudicar a implementação equânime desses direitos pela via administrativa.

<sup>150</sup> FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no Município de Campinas. In: **XXIV Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo**, 2010, Campinas - SP. Disponível em: <[http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV\\_Congresso\\_de\\_Secretarios\\_Municipais\\_de\\_Saude\\_do\\_Estado\\_SP/Complexidadedaatencaobasica/O\\_Perfil\\_dos\\_gastos\\_Deise.pdf](http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

<sup>151</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Intervenção judicial na saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

<sup>152</sup> Em 2009, a população estimada do Município de Campinas era de 1,1 milhão de habitantes. Dados extraídos do site: <<http://www.campinascentro.com.br/content/hist%C3%B3ria-de-campinas>>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>153</sup> CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. **Impacto Desalocativo no Orçamento Público Estadual em Face de Decisões Judiciais**. Concurso IV Prêmio SOF de Monografias. Belo Horizonte, 2011. p. 41-43. Disponível em: <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SOF/sof2011/arquivos/3\\_Lugar\\_Tema\\_2\\_Sebastiao\\_Helvelio\\_Ramos\\_de\\_Castro.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SOF/sof2011/arquivos/3_Lugar_Tema_2_Sebastiao_Helvelio_Ramos_de_Castro.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>154</sup> Dado extraído do site do IBGE: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=1766>>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>155</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 103.

Retome-se o exemplo de Minas Gerais. Os gastos totais em saúde com o atendimento de demandas judiciais aumentou em mais de 78% de 2009 para 2010, subindo de R\$34.454.995,81 para R\$61.551.288,54.<sup>156</sup> Como consequência direta, no ano de 2010 houve uma significativa redução na destinação de recursos públicos para programas sociais e demais atividades do Poder Executivo na área de saúde. Entre outros, podem ser mencionados o “Fortalecimento e Melhoria de Qualidade dos Hospitais do Sistema Único de Saúde – PROHOSP”, com redução de 21,38%, o “Complexo Urgência/Emergência”, com diminuição de 10,54%, o “Complexo de Hospitais Gerais”, com decréscimo de 10,39%, e o programa “Ampliação da Cobertura populacional do Programa Saúde Família”, com subtração de 7,1% dos investimentos.<sup>157</sup>

O quadro torna-se mais alarmante quando se leva em conta que o acesso ao Poder Judiciário no Brasil ainda é limitado à classe média e à classe alta da população.<sup>158</sup> Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, em pesquisa realizada no Estado de São Paulo no período de 1997 a 2004, que analisou todas as ações ajuizadas, em 67,7% dos casos a parte autora estava representada por advogados particulares.<sup>159</sup> Some-se a isso o fato de que a maior parte das demandas são de cunho individual e não coletivo,<sup>160</sup> o que coloca os cidadãos de baixa renda – que são justamente os que mais necessitam da tutela estatal – em uma situação desprivilegiada quanto à satisfação dos seus direitos. Se o fundamento para a proteção constitucional de direitos sociais é justamente a necessidade de promover a igualdade entre os cidadãos, com a redução das distâncias entre as posições sociais, é um contrassenso que o argumento da sua efetivação leve a um resultado totalmente contrário à sua finalidade. E é esse o maior risco de um ativismo judicial desenfreado: a acentuação das desigualdades, em razão da “predação da renda pública pela classe média e pelos ricos, especialmente nos casos de remédios estrangeiros, com o risco de se criar um impasse institucional entre o Judiciário e os poderes políticos”.<sup>161</sup>

Frente a essa nova ordem de problemas, e considerando que compete à Administração Pública o planejamento de políticas públicas universais, de caráter coletivo, destinadas à concretização de ofício dos direitos de todos os cidadãos, independentemente de provocação, exsurge uma *terceira tendência* no campo aqui investigado, em meados da primeira década de 2000. Parcela da doutrina passou a sustentar a restrição do espectro de legitimidade do Poder

<sup>156</sup> Desse valor, como dito anteriormente, R\$55.052.215,84 (89,44% do total) foi utilizado para o pagamento de medicamentos, sendo que os outros 10,56% foram empregados para custear material médico-hospitalar, serviços médicos, odontológicos e laboratoriais, entre outros. CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. **Impacto Desalocativo...** *Op. Cit.*, p. 41-42.

<sup>157</sup> CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. *Idem*, p. 45.

<sup>158</sup> Referindo-se àqueles que não têm acesso ao Poder Judiciário, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa: “Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os ‘não-partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça:** juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 58.

<sup>159</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: \_\_\_\_\_; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-534.

<sup>160</sup> Uma demonstração pode ser extraída de pesquisa realizada em 2005 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre concessão de remédios para tratamento do vírus da AIDS. Das 48 decisões encontradas, verificou-se que 96% das ações judiciais foram propostas por indivíduos isolados e apenas 4% pelo Ministério Público estadual ou federal, na forma de ação civil pública. BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. **Revista Jurídica**, v. 9, n. 88, Brasília, Presidência da República, p. 01-39, dez./2007-jan./2008. p. 13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>161</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 134.

Judiciário nessa esfera aos casos em que o direito fundamental social postulado é necessário à garantia de condições mínimas de existência digna ao jurisdicionado – o chamado *mínimo existencial*.<sup>162</sup> Afora desse âmbito, a concretização maximizada dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional competiria aos Poderes Legislativo e Executivo, de maneira progressiva, mediante a prestação de serviços públicos e a implementação de políticas públicas. É o posicionamento acolhido por diversas decisões judiciais.<sup>163</sup> Releva ressaltar, no entanto, que essa proposta oriunda do Direito Constitucional destinava-se à restrição da atuação *judicial* na matéria, e não à limitação da atividade dos Poderes Executivo e Legislativo voltada à efetivação dos direitos econômicos e sociais.

Nota-se, pois, uma alteração na dogmática do Direito Constitucional brasileiro, que com vistas à *igualdade* na implementação dos direitos econômicos e sociais passa a restringir parcialmente o campo de legitimidade da atuação judicial. E isso ocorre não mais sob o antigo argumento de que as disposições constitucionais são despidas de força normativa, mas com fundamento na ideia de que a efetivação dos direitos fundamentais não pode se circunscrever àqueles que têm acesso ao Judiciário. Outro fator que demonstra esse caminho em direção a um constitucionalismo igualitário consiste nos instrumentos veiculados pela chamada “Reforma do Judiciário” (Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004), tais como a repercussão geral no recurso extraordinário e a súmula vinculante. Entre outros objetivos, um dos principais propósitos de tais institutos era o de conferir uniformidade de tratamento aos jurisdicionados no momento de aplicação da Constituição, privilegiando com isso a isonomia. Assim, o *Direito Constitucional da efetividade* do período antecedente cede passo a um *Direito Constitucional igualitário*,<sup>164</sup> embora ainda seja possível identificar, tanto na doutrina como na prática jurisprudencial, manifestações filiadas a ambas as vertentes.

Ocorre que, com lastro nessa construção teórica – de acordo com a qual a sindicabilidade judicial da dimensão prestacional dos direitos econômicos e sociais limita-se ao conteúdo do mínimo existencial – alguns autores passaram a defender que a jusfundamentalidade dos direitos sociais estaria restrita a esse mínimo.<sup>165</sup> Vale dizer: os direitos sociais seriam fundamentais apenas e tão-somente no que diz respeito às porções desses direitos necessárias a assegurar condições mínimas de existência digna ao indivíduo. Para além desse mínimo, os direitos econômicos e sociais não usufruiriam da condição de direitos fundamentais, não incidindo sobre eles o seu regime jurídico especial, dotado, entre outros fatores, de aplicabilidade imediata.

<sup>162</sup> Nesse sentido, entre outros: TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

<sup>163</sup> A título de exemplo, cite-se: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1999.04.01.014944-9. Segunda Seção. Relator p/ Acórdão Luiz Carlos de Castro Lugon. DJ 11/05/2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076, divulgado em 29.04.2010, publicado em 30.04.2010.

<sup>164</sup> Essa perspectiva pode ser identificada no subtítulo da obra CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>165</sup> É o caso de TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003, e de MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47.



Tal entendimento será oportunamente contestado (Capítulos 2 e 3). Mas a referência é válida neste momento para esclarecer que as críticas acima desfiadas a uma concessão judicial de prestações sociais realizada de modo desmedido e individualista pode se embasar em motivações diferentes. A censura a essa modalidade de ativismo não pretende, consoante consignado no subitem precedente (1.2.1.), rechaçar qualquer forma de controle judicial em matéria de direitos fundamentais sociais. Porém, tampouco se sugere aqui a redução da legitimidade de atuação do Judiciário nesse âmbito à realização do mínimo existencial. A proposta é chamar a atenção para os deveres que incumbem à Administração Pública para a satisfação integral desses direitos, por se tratar do espaço institucional mais adequado para planejar, em cotejo com as demandas populares, quais são as prioridades de ação e quais medidas são as mais aptas para a promoção igualitária do desenvolvimento social. No entanto, não se afasta a viabilidade (e, em muitos casos, necessidade) de se recorrer a instrumentos processuais individuais e coletivos para atingir tal desiderato.

### 1.3. O silêncio da doutrina quanto ao conteúdo dos deveres jurídicos da Administração Pública em matéria de direitos fundamentais sociais

Chega-se então ao objeto central desta pesquisa. É comum a afirmação de que é “inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas”, surgindo apenas em caráter excepcional a possibilidade de o Poder Judiciário intervir, nas hipóteses em que “os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.<sup>166</sup>

Se não compete prioritariamente aos juízes a missão de criar as condições para o efetivo exercício dos direitos sociais, cabendo-lhes agir somente como *ultima ratio* quando houver inobservância de deveres constitucionais pelos entes competentes, ela incumbe preferencialmente a quem, como, e em qual intensidade? Se a obrigação recai, em primeiro lugar, ao legislador e à Administração, seria lógico que o principal alvo das análises sobre o problema da efetividade dos direitos fundamentais sociais estivesse nos deveres dirigidos ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

No entanto, não tem sido esse o foco das investigações doutrinárias no Brasil. A preocupação maior continua sendo o controle judicial, seja sob o ponto de vista constitucional,<sup>167</sup> seja pelo prisma processual.<sup>168</sup> Em segundo lugar, vêm os estudos acerca das omissões

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23/08/2011. DJe-177 divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.

<sup>167</sup> Entre outros, ver: AMARAL, Gustavo. **Direitos, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

<sup>168</sup> É o caso das seguintes obras: GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003; APPIO, Eduardo

legislativas, em geral também centralizados nos instrumentos jurisdicionais existentes para a fiscalização da inação inconstitucional do Parlamento.<sup>169</sup> Faltam, contudo, pesquisas que se dediquem a delinear os diversos tipos de deveres que a Constituição endereça à Administração Pública, como pressuposto essencial para poder verificar se suas omissões são, de fato, inconstitucionais.<sup>170</sup>

Não é apenas através de serviços públicos ou de políticas públicas que os direitos fundamentais sociais são realizados pela via administrativa. Há uma série de outras questões que envolvem o exercício dessa função estatal relacionadas com a satisfação de tais direitos. Até porque, como se viu, os direitos sociais não se limitam a impor ao Estado o dever de fornecer prestações fáticas. Eles também reclamam, para sua integral concretização, deveres de respeito (não intervenção estatal), de criação de organizações e procedimentos para a sua adequada fruição, e de proteção contra lesões advindas de outros particulares. E o atendimento a todas essas exigências demanda múltiplas formas de atuação da Administração Pública, muitas delas não exploradas pela doutrina.

Força admitir que muito se tem falado a respeito da constitucionalização do Direito Administrativo, da sua democratização e da vinculação da Administração Pública ao mínimo existencial e aos direitos fundamentais.<sup>171</sup> Mas ainda é insuficiente. Não basta dizer genericamente *a quem* incumbe (Poder Executivo) e *o que* precisa ser feito (atuar para efetivar direitos fundamentais sociais). É preciso explicar *o como* e *o quanto*.

Impende, nessa linha, apontar o problema do silêncio doutrinário a respeito da temática vertente, demonstrando: (1.3.1.) a necessidade de buscar nos institutos do Direito Administrativo os meios mais idôneos à materialização da Constituição social (*o como*); (1.3.2.) e até que ponto a Administração deve assegurar a realização concreta do conteúdo dos direitos fundamentais sociais (*o quanto*).

Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>169</sup> A título exemplificativo: SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989; PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes**. Belo Horizonte: Fórum, 2007; PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007.

<sup>170</sup> No que diz respeito aos deveres específicos do Estado relativos à prestação de serviços públicos necessários para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, mencione-se a excelente obra de Carolina Zancaner Zockun, na qual a autora destrincha as imposições que o Título VIII – “Da Ordem Social” da Constituição brasileira endereça à Administração Pública em matéria de direitos fundamentais sociais, no que tange à função de prestações fáticas desses direitos. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61-185.

<sup>171</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; PINTO E NETTO, Luísa Cristina; BITTENCOURT NETO, Eurico (Coords.). **Direito Administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

### 1.3.1. A constitucionalização do Direito Administrativo é insuficiente: é preciso também administrativizar o Direito Constitucional

A centralização do debate sobre os direitos fundamentais sociais em torno do Poder Judiciário parece ter uma explicação. Assinalou-se precedentemente (1.2.1.) que antes da promulgação da Constituição vigente o Direito Administrativo revestia-se de uma roupagem *legalista*, ainda atrelado à imprescindibilidade da lei formal para autorizar a atividade da Administração Pública. No entanto, a reinauguração da ordem jurídica em 1988 impulsionou a tendência de um *Direito Constitucional da efetividade*, que acabou por inundar com seus novos postulados os demais ramos do Direito. Entre eles, o Direito Administrativo.<sup>172</sup>

A ascensão da Constituição ao ápice do sistema normativo, com a irradiação, por todo o ordenamento, dos valores emanados do núcleo central formado pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais do cidadão resultou no processo de *constitucionalização do Direito Administrativo*.<sup>173</sup> Não apenas temas centrais deste campo do conhecimento jurídico foram incorporados ao texto constitucional,<sup>174</sup> como também os institutos estabelecidos pelas normas legais e regulamentares passaram a ser reinterpretados à luz dos princípios, valores e regras constitucionais. Assim, os fundamentos da disciplina jurídica da Administração Pública não descansam mais nas normas infraconstitucionais, mas na própria Lei Fundamental<sup>175</sup> e nos tratados internacionais de direitos humanos que integram o bloco de constitucionalidade, que imprimem uma nova significação a todas as figuras jurídicas previstas pelas leis e

<sup>172</sup> Sobre o tema da constitucionalização do Direito, com menção específica a aspectos do Direito Administrativo: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Interesse Público**, nº 33, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-54, set./out. 2005.

<sup>173</sup> Tal fenômeno se espalhou, em maior ou menor medida, pelos vários países da América Latina, como Argentina, Brasil, Uruguai, Bolívia, Nicarágua, Venezuela, Equador e Colômbia. Uma referência às ocorrências específicas nesses distintos Estados latinoamericanos pode ser encontrada nos seguintes artigos: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, nº 7, San José, p. 35-46, 2007; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 271-290, abr./jun. 2010; SALOMONI, Jorge Luis. El marco constitucional del Derecho Administrativo Argentino. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 47-57, 2007; BRITO, Mariano R. Estudio de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Uruguay. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 29, Belo Horizonte, Fórum, p. 113-126, jul./set. 2007; DELPIAZZO, Carlos E. Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 29, Belo Horizonte: Fórum, p. 37-54, jul./set. 2007; NAVARRO, Karlos. Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Nicaragua. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 178-192, 2007; GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo Colombiano. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 74-101, 2007; SERRATE PAZ, José Mario. Marco constitucional del Derecho Administrativo en Bolivia. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 112-122, 2007; MORALES, Hugo Haroldo Calderón. El Derecho Constitucional y El Derecho Administrativo en Guatemala. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 296-320, 2007; ORELLANA, Javier Robalino. El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 250-263, 2007; BREWER-CARÍAS, Allan R. Marco constitucional del Derecho Administrativo en Venezuela. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 31, Belo Horizonte: Fórum, p. 26-68, jan./mar. 2008.

<sup>174</sup> Como é o caso dos princípios que regem a Administração Pública, da responsabilidade civil do Estado, da licitação pública, do acesso aos cargos e empregos públicos e seu regime jurídico, entre tantos outros. Ver os arts. 37 a 41 da Constituição da República Federativa do Brasil, com seus múltiplos incisos e parágrafos.

<sup>175</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 15.

regulamentos.<sup>176</sup> Tudo isso implica a necessidade de modificar a compreensão da legislação administrativa, seja mediante alteração de sua redação, seja pela via da interpretação conforme, para torná-la compatível com o conteúdo constitucional.<sup>177</sup>

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência no Brasil operaram verdadeira reconstrução desse ramo jurídico, reconfigurando os seus diversos institutos. O conteúdo do regime jurídico-administrativo foi reestruturado, para adequar-se à nova tessitura constitucional.<sup>178</sup> O dever de invalidar atos administrativos ilegais, mas benéficos aos seus destinatários, passou a encontrar barreiras em princípios e valores constitucionais, tais como a segurança jurídica, a confiança legítima e a moralidade administrativa.<sup>179</sup> O controle judicial da atividade administrativa discricionária passou a ser aceito em maior intensidade, por considerar-se que toda a competência conferida à Administração encontra-se vinculada à Constituição.<sup>180</sup> O processo administrativo foi elevado à mesma dignidade do processo judicial, reconhecendo-se também sobre ele a incidência de garantias fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o juiz natural e a presunção de inocência.<sup>181</sup> Inúmeros outros exemplos poderiam ser aventados. Ou seja: os estudiosos do Direito Administrativo realmente aderiram à nova tendência do Direito Constitucional.

Mas qual a relação de tudo isso com a concentração das discussões sobre a implementação dos direitos fundamentais sociais em volta do Poder Judiciário? É que, *embora tenha ocorrido um processo de constitucionalização do Direito Administrativo, faltou realizar concomitantemente o caminho inverso para dar um passo adiante: administrativizar o Direito Constitucional*. Afinal, se “o Direito Administrativo é «Direito Constitucional concretizado»”, e por isso a prática administrativa deve refletir concretamente o programa político abstratamente prescrito nas normas constitucionais, não se pode olvidar, por outro lado, que “também o Direito Constitucional é «Direito Administrativo abstraído»”,<sup>182</sup> razão pela qual a sua materialização requer o manejo dos instrumentos administrativos necessários para operacionalizar a Constituição.

<sup>176</sup> No Uruguai, Augusto Durán Martínez desenvolve em seu importante livro *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo* essa tarefa de ressignificação dos diversos institutos do Direito Administrativo, reinterpretando-os à luz dos direitos fundamentais e da Constituição. Ver: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2012.

<sup>177</sup> GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, nº 267-268, Madrid, INAP, p. 55-72, sep. 2003/abr. 2004. p. 72.

<sup>178</sup> Ao deparar-se com as transformações do ordenamento jurídico brasileiro desencadeadas pela promulgação da Constituição Federal de 1988, Celso Antônio Bandeira de Mello percebe a necessidade de adaptação de sua sistematização originária do regime jurídico-administrativo, em decorrência das significativas alterações que a nova ordem constitucional fez espargir. Na nota introdutória da 2ª edição de sua obra *Elementos de Direito Administrativo*, referindo-se ao impulso que o animou a elaborá-la, registra o autor: “O fato decisivo, entretanto, que me levou a prepará-la foi, evidentemente, a sobrevivência da Constituição de 1988...”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 5.

<sup>179</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 73 *et seq.* A primeira edição é de 1990, muito antes de a Lei nº 9.784/99 ter positivado expressamente no art. 54 a proibição ao dever de invalidar o ato administrativo em tais casos.

<sup>180</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 379 *et seq.* O autor já vinha defendendo essa posição desde a primeira edição da obra, datada de 1997.

<sup>181</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. A primeira edição da obra, intitulada *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, foi publicada em 1998.

<sup>182</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 11.

A preocupação teórica no Brasil tem sido sempre estudar novos conceitos, novas fórmulas, novas teorias sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais para impulsionar a efetivação destes. Mas não se estuda com maior profundidade as potencialidades da máquina administrativa para alcançar tal propósito. Não basta que os administrativistas ouçam os constitucionalistas e imprimam nova feição aos institutos tradicionais do Direito Administrativo – tais como o contrato administrativo, o poder de polícia e a responsabilidade civil do Estado. A realização plena da Constituição reclama também que os constitucionalistas dialoguem com os administrativistas, identificando quais utensílios jusadministrativos podem ser úteis a uma promoção universalizada dos direitos fundamentais sociais.

Se a tarefa de planejar estrategicamente as ações do Estado para a satisfação integral desses direitos é atribuída primariamente ao Governo e à Administração Pública, é imperioso buscar no Direito Administrativo os mecanismos e meios mais aptos para tanto. Por isso a necessidade de administrativizar o Direito Constitucional: é preciso equipá-lo com as ferramentas mais adequadas do aparato administrativo para que o Poder Público implemente de ofício, espontaneamente, as medidas exigíveis para que os direitos fundamentais sociais sejam usufruídos de modo generalizado pela cidadania. E pensar na dedução de efeitos jurídicos concretos nos casos de descumprimento, pela Administração, dos comandos que lhe são dirigidos pela Constituição nessa matéria. Somente quando tudo isso deixar de funcionar satisfatoriamente é que entrará em cena a discussão sobre a legitimidade da intervenção judicial.

Note-se que essa perspectiva metodológica coaduna-se com a proposta central da presente investigação: identificar instrumentos idôneos a uma realização igualitária e integral dos direitos fundamentais sociais, como pressuposto para a promoção do desenvolvimento humano. E não é possível atingir esse objetivo somente por meio do Poder Judiciário, por pelo menos dois motivos: **(a)** a inadequação desse espaço para a priorização das ações estatais, decorrente da ausência de uma visão global sobre as mazelas sociais; **(b)** a existência de espécies de omissões administrativas que, independentemente de sua suscetibilidade ao controle jurisdicional, suscitam outras questões atinentes aos direitos fundamentais sociais que reclamam um olhar a partir do Direito Administrativo.

**(a)** A primeira razão consiste no fato de que, mesmo se analisado apenas o campo dos direitos fundamentais sociais, abstraindo as demais incumbências do Estado que não estão diretamente ligadas a eles, é preciso fazer escolhas. A prioridade será a construção de casas populares para atender as necessidades de moradia ou a contratação de mais médicos para o atendimento em postos de saúde? A abertura de concurso público para a nomeação de mais professores para a rede pública de ensino médio ou o aumento do valor de um benefício previdenciário? A criação de um programa determinado de assistência social com a instituição de subvenções a famílias de baixa renda ou a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica para fomentar a capacitação dos cidadãos, ampliando suas oportunidades de acesso a postos de trabalho? E mesmo em relação a um único direito fundamental podem surgir múltiplas opções (v.g., ampliar a política de distribuição gratuita de medicamentos com a inclusão de novos fármacos ou aumentar o número de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo dos hospitais públicos?).

A definição dessas prioridades é feita pelo Governo, que deve contar com a participação popular em ambientes institucionais democráticos de tomada de decisão política. Ademais, elas dependem da organização e da mobilização social para pressionar os governantes no sentido de adotar estas ou aquelas medidas, conferindo realce maior a estes ou àqueles direitos. Essa

proximidade da Administração com as demandas da comunidade a torna um espaço adequado e democraticamente legitimado para fazer as escolhas mais apropriadas aos anseios sociais.

Não se pode pensar exclusivamente na satisfação individual de cada direito fundamental social pela via judicial, sem a preocupação com um funcionamento da máquina administrativa que viabilize racionalmente a concreção integral dos objetivos constitucionais. Por isso, enxergar a questão apenas pela óptica de uma parcela do Direito Constitucional – o acesso ao Poder Judiciário – sem atentar para a engenharia da Administração Pública (que, aliás, também é delineada pela Constituição) não contribui para uma materialização eficaz desses direitos. A suposição de que toda atuação do magistrado com o fito de atendê-los significará um auxílio ao desenvolvimento social é equivocada. Na maior parte das vezes os juízes não buscam verificar se o Estado já está executando uma política pública para promover o mesmo direito fundamental postulado pelo jurisdicionado.

Exemplo disso se denota de pesquisa empírica realizada pelo grupo PET (Programa de Educação Tutorial) da Faculdade de Direito da USP em 2004, na qual foram analisadas todas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre concessão de medicamentos para o tratamento da AIDS entre janeiro de 1997 e junho de 2004. O estudo constatou que “a despeito de alguns acórdãos reconhecerem a existência de políticas públicas específicas para DST/AIDS, nenhum deles trata pormenorizadamente do desenho institucional da política pública praticada pelo Estado”. E que nas situações, como a examinada, em que já havia a implementação de uma política, “o Judiciário ignora por completo o *modus operandi* da mesma, não procurando adequar a esse suas decisões, quando possível”. Verificou-se, ainda, que entre as decisões que concederam o remédio pleiteado, apenas 4,1% levou em conta os possíveis impactos sociais da medida.<sup>183</sup> Pesquisa similar foi empreendida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma questão no ano de 2005, buscando todos os julgados da Corte a propósito do assunto, e acabou por encontrar 48 decisões. Igualmente, observou-se que “a despeito de a política de distribuição de medicamentos ser extremamente complexa, em nenhuma das decisões os Ministros se preocuparam em examiná-la e não demonstraram conhecê-la”.<sup>184</sup>

Como se viu no subitem 1.2.2., com o exemplo do Estado de Minas Gerais nos anos de 2009 e 2010, o crescimento das condenações judiciais em matéria de saúde impacta diretamente no orçamento previsto para a promoção de outras ações voltadas à satisfação desse mesmo direito. Não se está aqui, conforme já se registrou, sustentando a impossibilidade de acionar o Judiciário em tais casos, mas apenas apontando a importância de se tentar resolver a questão prioritariamente pela via administrativa. Os juízes podem solucionar problemas isolados, mas não detêm competência jurídico-institucional nem capacidade técnica para planejar de forma racionalizada a materialização global das metas fixadas na Constituição em termos de direitos fundamentais sociais.

(b) Outro fator exige os aportes do Direito Administrativo para a tratativa adequada da temática sob exame: o silêncio a respeito do assunto deixa descoberta uma gama de omissões administrativas lesivas a direitos fundamentais sociais que em geral não são estudadas pelo Direito Constitucional.

---

<sup>183</sup> FERREIRA, Camila Duran; OLIVEIRA, Ana Carolina C. de; MACHADO, Ana Maria F.; NAHOUM, André V.; FERRÃO, Brisa L. de M.; CARDOSO, Evorah L. C.; FRANCO, Leandro A.; GUERRA, Marcele G.; BRAGA, Marco Aurélio C.; PUCCI, Rafael D.; BURANELLI, Vinícius C. O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS. In: **Prêmio Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004**: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005. p. 406-409.

<sup>184</sup> BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal... *Op. Cit.*, p. 17.

Com o perdão da redundância, é curioso perceber a omissão da doutrina brasileira em tratar a fundo e de forma sistematizada do problema da omissão administrativa. Ainda que haja extensa bibliografia destinada, em alguma medida, à inação estatal em matéria de direitos sociais, três questões devem ser consideradas: (i) uma parte enfoca problemática diversa: a da omissão *legislativa*; (ii) a parcela que se ocupa da omissão *administrativa* trata de forma bastante genérica sobre serviços públicos, restringindo-se a esse viés da atuação administrativa e, ainda assim, na maior parte das vezes, sem analisar pormenorizadamente o tema sob a óptica do Direito Administrativo; (iii) desse setor da doutrina que trata do tema da inoperância administrativa em matéria de prestações materiais, praticamente a totalidade se debruça sobre a questão do controle judicial, centrando-se, na grande maioria das vezes, nos debates do Direito Constitucional relativos à legitimidade democrática do Judiciário, à separação dos poderes e à judicialização da política, ou, na menor parte das vezes, nos aspectos de Direito Processual Civil.

A doutrina, todavia, silencia acerca da análise do fenômeno jurídico da inatividade administrativa, dos requisitos para a sua configuração, das diferentes espécies e tipologia de omissões administrativas antijurídicas, como se costuma fazer em outros países.<sup>185</sup> Não se diseca a questão para identificar as diversas facetas do problema, o que acaba conferindo luz apenas a uma delas e projetando sombras sobre as demais, que ficam inexploradas e não resolvidas. É preciso diagnosticar atentamente as espécies de omissão, delinear o tratamento jurídico que o sistema confere a cada uma delas, para então lograr definir os remédios fornecidos pelo ordenamento para curar cada subtipo dessa patologia. O que os juristas acabam fazendo é se preocupar demais com os remédios sem estudar a fundo as características da doença.

Além dos serviços públicos e das políticas públicas, a satisfação integral do conteúdo dos direitos fundamentais sociais pode exigir outras providências da Administração Pública. É o caso da edição de decreto regulamentar para viabilizar o exercício de um direito fundamental concretizado pela legislação infraconstitucional. Pense-se, por exemplo, no direito fundamental à assistência social das pessoas com deficiências, resultante da combinação entre o art. 6º e o art. 203, IV da Constituição.<sup>186</sup> Para concretizá-lo, a Lei nº 8.213/91 prevê que as empresas com mais de cem empregados devem preencher de 2% a 5% de seus cargos com beneficiários da previdência social reabilitados ou com pessoas portadoras de deficiência habilitadas. Mas foi apenas o Decreto nº 3.298/99 que especificou os requisitos para ser considerado como “pessoa portadora de deficiência habilitada”, possibilitando a fruição do direito.<sup>187</sup> Outro caso, relativo ao direito à saúde, é o da Lei nº 9.787/99, que institui a política de medicamentos genéricos para ampliar o acesso da população aos fármacos. Sua implementação efetiva dependia de resolução

<sup>185</sup> Apenas para referir-se a três das obras monográficas mais completas sobre o tema, destaque-se: GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002; AGUADO Y CUDOLÁ, Vincenç. **Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas**. Madrid: Marcial Pons, 2001; UROSA MAGGI, Daniela. **Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano**. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2003.

<sup>186</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 203**. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) **IV** - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”.

<sup>187</sup> Decreto Presidencial nº 3.298/99: “**Art. 36**. (...) § 2º. Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. § 3º. Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função”.

da Agência Nacional de Vigilância Sanitária aprovando regulamento técnico para fixar diversos critérios, como aqueles necessários para a dispensação desses remédios nos serviços farmacêuticos governamentais e privados. A omissão na edição dos aludidos regulamentos esvazia o conteúdo de tais direitos.

O processo administrativo, como meio para postular perante a Administração Pública a concessão de determinadas prestações sociais, consiste em outra esfera merecedora de investigação mais atenta. O silêncio do Poder Público em responder um pedido formal do cidadão, assunto amplamente estudado em países como a Espanha, a França, a Argentina e a Itália, não foi objeto de uma monografia sequer publicada na forma de livro no Direito Administrativo brasileiro.<sup>188</sup> E pode constituir entrave à efetivação plena de direitos fundamentais sociais. A demora em responder um pedido de concessão de aposentadoria voluntária deverá perdurar por quanto tempo para ser reputada inconstitucional? A morosidade administrativa – independentemente de ser passível de correção jurisdicional – gera, por si só, danos morais ao titular do direito? E se o pedido fosse de matrícula de criança no ensino fundamental em escola da rede pública, e a lentidão em replicá-lo resultasse na perda do ano letivo? Tratando-se de requerimento de concessão de medicamento em caso de emergência, é necessário aguardar o escoamento do prazo legal para que a abstenção administrativa seja considerada antijurídica? Ou pelo princípio da duração razoável do processo administrativo, previsto como direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, CF), a urgência da situação torna inconstitucional a inação antes mesmo de ter se passado o prazo previsto pela lei formal?

De tais ilações se pode inferir que além da constitucionalização do Direito Administrativo é imperativa a administrativização do Direito Constitucional para se chegar ao destino proposto no presente trabalho. Só assim, pelo processo recíproco de interpenetração desses dois ramos jurídicos, será possível compreender *como* – isto é: *com que meios* – a Administração Pública deverá dar concretude aos direitos sociais, tema que será objeto do Capítulo 8. Impõe-se entrelaçar conceitos e categorias do Direito Constitucional<sup>189</sup> e do Direito Administrativo<sup>190</sup>, operando uma fusão entre eles através da aplicação conjunta de institutos normalmente atribuídos a um ou a outro com pretensão de exclusividade, para tentar indicar os caminhos necessários à tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais. É o desafio a ser enfrentado na Parte II deste trabalho.

### *1.3.2. A Administração Pública deve garantir o mínimo existencial ou a integralidade dos direitos fundamentais sociais?*

Além de saber o *como*, é indispensável saber também o *quanto*, vale dizer, *em qual intensidade* a Administração Pública está obrigada a promover os direitos fundamentais sociais. Se o Poder Judiciário deve atuar nessa área de forma excepcional e o Executivo de modo prioritário, faria algum sentido limitar, também em relação a este último, a exigibilidade de tais direitos à satisfação do mínimo existencial? Ou, diferentemente do que se pode postular pela via

<sup>188</sup> Da pesquisa empreendida, encontrou-se uma única dissertação de mestrado – não publicada – sobre o tema: CABRAL, Helane Christiane Mendes. **O silêncio no Direito Administrativo**. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>189</sup> V.g., dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, multifuncionalidade, aplicabilidade imediata, mínimo existencial, reserva do possível, jurisdição constitucional, etc.

<sup>190</sup> V.g., legalidade administrativa, discricionariedade, princípio da eficiência, processo administrativo, serviço público, regulamento, silêncio administrativo, responsabilidade civil do Estado, etc.



judicial, é possível exigir da Administração a realização da integralidade do conteúdo dos direitos sociais?

A escassez de pesquisas nesse tema sob o enfoque do Direito Administrativo deixa em aberto a questão, tornando-se necessário verificar se: (i) à Administração Pública brasileira incumbe somente assegurar ao cidadão condições mínimas de existência digna, que lhe permitam exercer de forma efetiva suas liberdades, restringindo-se o seu dever de atuação a proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades como ponto de partida; ou se, diversamente: (ii) sobre ela recai a obrigação de empreender ações positivas que satisfaçam os direitos fundamentais sociais para além do mínimo existencial, como forma de reduzir as desigualdades existentes entre as diversas posições sociais.

Observou-se no item 1.2. que em termos de direitos fundamentais sociais o Direito Constitucional brasileiro experimentou, na história recente, três diferentes fases, que aqui se convencionou chamar de: (i) *Direito Constitucional formalista*; (ii) *Direito Constitucional da efetividade*; e (iii) *Direito Constitucional igualitário*. A primeira, predominante no período pré-Constituição de 1988, negava normatividade plena às disposições que veiculavam ditos direitos; a segunda, deflagrada com a nova ordem constitucional, propugnava pela sua máxima aplicabilidade e total exigibilidade jurisdicional; e a terceira, que ganhou corpo em meados da primeira década de 2000, passou a defender a redução da legitimidade judicial para implementá-los às porções necessárias a garantir o mínimo existencial, com vistas a uma realização igualitária dos direitos fundamentais sociais, que não ensejasse privilégios àqueles que têm condições financeiras e informativas para lograr acesso ao Poder Judiciário.

Viu-se também que, com inspiração nessa terceira tendência, parte da doutrina passou a sustentar que os direitos sociais seriam fundamentais – e portanto sujeitos ao regime jurídico dos direitos fundamentais – somente em relação às suas parcelas que se revelassem imprescindíveis a proporcionar o mínimo existencial. As porções desses direitos que desbordassem desse mínimo não estariam cobertas pela disciplina jurídico-constitucional reforçada de que gozam os direitos fundamentais.

O tema ganha relevância sob o viés do Direito Administrativo pelo fato de que essa concepção minimalista a respeito da jusfundamentalidade dos direitos econômicos e sociais, que restringe a sua aplicabilidade imediata à parcela de seu conteúdo que coincide com o mínimo existencial, pode conduzir a outro raciocínio: o de que não apenas o Judiciário deve se limitar a conceder esse mínimo (como pretendia parcela da doutrina constitucionalista), mas também o Poder Executivo. Ou seja: poderia levar à afirmação de que o cidadão não poderia exigir da Administração a implementação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos voltados à realização do conteúdo pleno de seus direitos fundamentais sociais, mas apenas o mínimo necessário para se viver dignamente. Salvaguardado esse ponto de partida, que permitiria uma *igualdade de oportunidades* a todos e o exercício de suas liberdades, cada indivíduo deveria lutar para conquistar melhores posições sociais, de sorte que, pelo critério do mérito, as desigualdades entre os mais ricos e os mais pobres seriam justas. O papel do Estado – e não apenas do Judiciário – se limitaria a assegurar o essencial para a garantia das liberdades.

Essa compreensão, quando trasladada do Direito Constitucional ao Direito Administrativo dessa forma, mostra-se presa à tendência do pensamento administrativista manifestada principalmente na segunda metade da década de 1990, que embora duramente criticada por muitos autores, logrou alterar a realidade normativa brasileira. Cuida-se da linha teórica que se poderia apelidar de *Direito Administrativo neoliberal*. Uma proposta de

transformação do Estado brasileiro, que recomendava a adoção de uma Administração Pública gerencial, associada a uma redução das funções estatais, relegando-se à iniciativa privada a incumbência de desenvolver atividades de cunho social. A prestação de serviços públicos e demais atividades de caráter assistencial deveria ser prioritariamente desenvolvida pela sociedade civil organizada, competindo ao Poder Público apenas a função de fomentá-las e regulá-las.<sup>191</sup>

O modelo conferia ao Poder Público uma posição subsidiária quanto à realização de atividades de bem-estar.<sup>192</sup> Sem deixar de reconhecer as mazelas existentes nas organizações políticas subdesenvolvidas, esse arquétipo estatal sugeria como solução a conscientização da sociedade civil a respeito de seus próprios problemas, cabendo-lhe organizar-se para assumir o protagonismo na resolução das dificuldades sociais, sem uma postura paternalista do Estado. A este incumbiria apenas proporcionar o mínimo necessário para possibilitar o exercício das liberdades, a partir do quê os cidadãos deveriam utilizar suas capacidades individuais para alcançar seus objetivos.

Apenas para mencionar um exemplo emblemático, as mudanças deflagradas pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 e impulsionadas pela promulgação de uma série de leis que a sucederam, decorrentes dessa tendência globalizada de enxugamento das atribuições do Estado conhecida como “neoliberalismo”, produziram efeitos diretos sobre a conformação jurídica de inúmeros institutos do Direito Administrativo brasileiro. É o caso dos temas do serviço público, dos servidores públicos, da organização administrativa, da gestão fiscal, entre outros.<sup>193</sup> Tal proposição ensejou reflexos diretos no sistema normativo pátrio, caminhando para uma fuga do regime de Direito Público, por meio de novas figuras introduzidas pela legislação em matéria de contratação, organização administrativa e serviços públicos,<sup>194</sup> todas relacionadas com uma concepção subsidiária do Estado, acompanhadas de um forte fenômeno de privatização.

Ainda que essa tendência tenha vencido uma importante batalha, fazendo aprovar alterações de relevo no sistema normativo pátrio,<sup>195</sup> parece ter perdido a guerra. Contra essa

<sup>191</sup> Assim sustentava, à época, Bresser-Pereira, afirmando que “para transformar os serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e declará-los uma organização social (...) será preciso extinguir as atuais entidades e substituí-las por fundações públicas de direito privado criadas por pessoas físicas”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: \_\_\_\_\_; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 263-264.

<sup>192</sup> Consoante explica Irene Nohara, o neoliberalismo “provocou uma reformulação do papel do Estado, a partir do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado só deve interferir onde houver incapacidade de o mercado resolver por si só o atendimento do interesse público. Segundo essa noção, o Estado volta a se ocupar com os serviços públicos essenciais e indelegáveis e os demais, sejam eles sociais ou econômicos (industriais, comerciais ou financeiros), passam a ser exercidos em caráter supletivo da iniciativa privada, ou seja, quando ela se mostrar deficiente”. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

<sup>193</sup> Os impactos da reforma do Estado empreendida no Brasil no final da década de 1990 sobre a Administração Pública são analisados por NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>194</sup> É o caso, apenas para citar algumas, das figuras do contrato de gestão, das agências reguladoras, das “organizações sociais”, das “organizações da sociedade civil de interesse público” e das “parcerias público-privadas”. Para uma crítica à inclusão desses institutos no Direito Administrativo por decorrência do neoliberalismo, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, nº 17, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 1-13, jan/mar. 2009.

<sup>195</sup> Além da emenda supracitada, promulgaram-se diversas leis que seguiam a mesma racionalidade. Cabe citar, como exemplos, a Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98), a Lei das OSCIPs (Lei nº 9.790/99) e a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04).

perspectiva, insurgiu-se outra parcela dos publicistas brasileiros, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor, para os Estados subdesenvolvidos “os ventos neoliberais, soprados de países cujos estádios de desenvolvimento são muito superiores, não oferecem as soluções acaso prestantes nestes últimos”. Sustenta, em contrapartida, que “nos países que ainda não alcançaram o estágio político-cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais”.<sup>196</sup> Tal entendimento parte dos próprios postulados incorporados pela Constituição de 1988, que institui um modelo de bem-estar atribuindo expressamente ao Estado, em diversas áreas, o dever de atuação direta em prol da realização de direitos fundamentais econômicos e sociais, tais como educação, moradia, alimentação, saúde, assistência e previdência social. Não competiria ao Poder Público, portanto, apenas a garantia de um auxílio social mínimo, capaz de propiciar a fruição das liberdades individuais. Essa concepção reflete uma tendência diversa, pautada na promoção da igualdade material pelo Estado e na ideia de redistribuição por meio da intervenção, à qual se poderia chamar de *Direito Administrativo social*.

Distintamente da outra vertente, essa corrente sublinha a necessidade de concretização do Estado Social e Democrático de Direito a partir de uma atuação estatal interventiva nos domínios econômico e social.<sup>197</sup> Os programas sociais e as políticas públicas levados a cabo pelo Governo Federal a partir de 2003, marcados por uma presença estatal atuante na economia e nas relações sociais, lograram realizar significativas transformações nas estruturas socioeconômicas brasileiras, em virtude das quais cerca de 30 milhões de cidadãos passaram das classes D e E para as classes C e B.<sup>198</sup> Com isso, as linhas de pobreza e extrema pobreza no Brasil foram reduzidas, em uma década, em mais de 55%.<sup>199</sup> Acompanhando essas mudanças na esfera política, o Direito Administrativo pátrio foi também mudando de feição.

A corrente aqui batizada de *Direito Administrativo social* preocupa-se justamente em traçar os contornos de uma Administração Pública inclusiva, afastando-se do *Direito Administrativo legalista* anterior à Constituição de 1988, por priorizar a concretização dos valores constitucionais sem deixar de respeitar a lei formal (primordialmente quanto às atividades administrativas restritivas de direitos, que invariavelmente devem obedecer ao princípio da reserva legal). Aparta-se também do *Direito Administrativo individualista*, por objetivar não apenas a realização dos direitos fundamentais sob o prisma individual, nos moldes liberais atrelados à concepção de direito subjetivo, mas também a sua efetivação por meio de ações universalizadas da Administração, que alcancem a todos os cidadãos necessitados, e não apenas aos que detêm condições privilegiadas de recorrer ao Judiciário. De outra parte, ela colide com o pensamento vinculado ao *Direito Administrativo neoliberal*, que propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades materiais imprescindíveis à satisfação das necessidades da cidadania e confere ao Estado um papel subsidiário.

---

<sup>196</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, Rio de Janeiro, Renovar, p. 57-70, abr./jun. 1998. p. 61.

<sup>197</sup> Adotando essa linha de pensamento: ZOCKUN, Carolina Zancaner. A intervenção do Estado na ordem social e o direito ao trabalho. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coords.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 205.

<sup>198</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 50.

<sup>199</sup> Conforme informações divulgadas no site: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/09/26/estudo-mostra-que-pobreza-no-pais-em-uma-decada-caiu-55>>. Acesso em 15 de jan. 2013.

Portanto, se contemporaneamente é possível identificar no Direito Constitucional a prevalência de um *constitucionalismo igualitário*, no Direito Administrativo pátrio verifica-se o embate entre as tendências *neoliberal* e *social*. A premissa que se adota neste estudo é a de que o entendimento da primeira corrente, no que respeita aos direitos econômicos e sociais, encontra-se vinculado a uma específica concepção de justiça social – a *igualdade de oportunidades* – de uma maneira que acaba por não levar em consideração outra compreensão essencial de justiça que, ao que tudo indica, encontra-se também albergada na Constituição brasileira: a chamada *igualdade de posições*. Ele também parece chocar-se com a noção de *desenvolvimento*, erigida pelo constituinte de 1988 como um dos objetivos fundamentais da República no art. 3º, II da Lei Maior.<sup>200</sup> Parte-se aqui do pressuposto de que inexistente no Direito Público brasileiro um princípio jurídico que determine a atuação subsidiária do Estado.<sup>201</sup> Pelo contrário: a ele compete não apenas o dever de afastar os obstáculos para o alcance dos objetivos fundamentais da República, mas também a incumbência de criar condições reais e efetivas para a sua consecução.

Impõe-se, nessa linha, averiguar se é efetivamente possível contemporaneamente restringir a jusfundamentalidade – e, por consequência, o grau de exigibilidade – dos direitos econômicos e sociais ao mínimo existencial. O que se propõe é que, diante das ideias de igualdade e desenvolvimento agasalhadas pela Lei Fundamental de 1988, a tendência atual – de um *Direito Administrativo social* – reclama a instituição de uma *Administração Pública inclusiva*, que proporcione de ofício, mediante políticas públicas universalistas e voltadas ao alcance de todos, a realização integral dos direitos fundamentais sociais. Com isso, serão reduzidas as desigualdades entre as posições existentes na sociedade brasileira, sem a necessidade de intervenções excessivas e desmesuradas do Poder Judiciário em benefício de alguns poucos jurisdicionados que a ele têm acesso.

---

<sup>200</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) **II** - garantir o desenvolvimento nacional”.

<sup>201</sup> Tal ideia foi defendida originalmente por GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, especialmente p. 203-250.

## **CAPÍTULO 2 – DESENVOLVIMENTO E IGUALDADE COMO FUNDAMENTOS PARA A EXTENSÃO DA JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

No apartado precedente (1.3.2.), teve-se a oportunidade de responder sumariamente à indagação presente em seu título – “*A Administração Pública deve garantir o mínimo existencial ou a integralidade dos direitos fundamentais sociais?*” – sugerindo ser mais ajustada ao sistema normativo pátrio a segunda alternativa. Cumpre agora buscar na ordem constitucional brasileira aportes que forneçam apoio a essa premissa.

A hipótese de que se parte é que os direitos sociais são genuínos direitos fundamentais, submetendo-se completamente ao regime jurídico destes, dotado de aplicabilidade imediata e proteção contra emendas constitucionais abolitivas. E isso decorre da sistemática estabelecida pela Constituição brasileira de 1988, conforme se buscará demonstrar no item 2.1.

Ao lado desse primeiro argumento, erigem-se outros dois fundamentos que reclamam uma atuação da Administração Pública que não se limite à satisfação do mínimo existencial dos cidadãos, obrigando-a a tomá-lo com um piso mínimo e não como um teto máximo na implementação dos direitos fundamentais sociais. O primeiro deles é a concepção de justiça social perfilada constitucionalmente, que prioriza a *igualdade de posições* sobre a *igualdade de oportunidades* (2.2.). O segundo é o conceito de *desenvolvimento social*, o qual recebeu da ordem constitucional vigente uma feição que o vincula indissociavelmente à noção de igualdade, impulsionando a Administração Pública a efetivar de maneira maximizada o conteúdo dos direitos sociais (2.3.).

Nesses dois últimos tópicos serão lançadas as bases principais que servirão de alicerces para as propostas posteriormente apresentadas nas Partes II, III e IV do trabalho. Estas terão a finalidade de identificar mecanismos de concretizar, pela via administrativa, uma realização dos direitos fundamentais sociais atenta ao objetivo de promover o *desenvolvimento* humano de maneira *igualitária*.

### **2.1. O regime jurídico jusfundamental dos direitos sociais na Constituição brasileira de 1988**

O primeiro aspecto que merece atenção, para os fins a que se destina este capítulo, consiste na disciplina jurídica que a Constituição Federal dispensou aos direitos fundamentais, ao atribuir-lhes proteção ampliada contra as ações e omissões do Poder Público suscetíveis, respectivamente, de extirpá-los do ordenamento ou de inquiná-los de inoperância. Cuida-se de um regime jurídico especial, que embora parta, desde logo, da tutela diferenciada de que gozam todos os direitos constitucionalmente previstos – tal como a imutabilidade pelo legislador ordinário –, é ainda reforçado por outros elementos peculiares.

A atribuição, aos direitos fundamentais, de um distinto conjunto normativo regente deriva da sua posição de centralidade nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, o que requer um amparo mais robusto. Hodiernamente, as Constituições não se voltam apenas à

organização do exercício do poder político estatal<sup>202</sup>, mas, para além disso, elas definem os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>203</sup>. Tais direitos nascem em determinadas circunstâncias históricas, marcadas por “lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, (...) de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”<sup>204</sup>.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a “história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional”, uma vez que a essência e a razão de ser desse modelo estatal encontra-se exatamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.<sup>205</sup> Paralelamente à forma de Estado, ao sistema de governo e à organização do poder, os direitos fundamentais compõem o cerne do Estado Constitucional, configurando não somente parte da Constituição formal, “mas também elemento nuclear da Constituição material”<sup>206</sup>.

Essa importância conferida aos direitos fundamentais justifica-se pelo fato de representarem o conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas de uma sociedade<sup>207</sup>, revestidas da máxima normatividade de que gozam as disposições constitucionais. Eles constituem “os pressupostos do consenso sobre o qual se deve edificar qualquer sociedade democrática”<sup>208</sup>, o que lhes atribui um conteúdo legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito. Imprimem, por isso, a substância axiológica que deve obrigatoriamente marcar um Estado material de Direito, em que a mera existência de determinadas formas e procedimentos atinentes à organização do poder e às competências dos órgãos estatais não se afigura suficiente para a garantia da legitimidade estatal, tornando-se necessário fixar metas, parâmetros e limites da atividade do Estado, a partir dessa vinculação de cunho substancial.<sup>209</sup>

Nesse sentido, dada a relevância que tais direitos ostentam nos atuais Estados Democráticos de Direito, é necessário outorgar-lhes uma proteção mais vigorosa, mediante a atribuição de um regime jurídico especial. Conforme conhecida formulação de Robert Alexy, os direitos fundamentais traduzem posições jurídicas que, desde o prisma do Direito Constitucional, possuem tamanha importância que o seu reconhecimento ou denegação não podem ficar à livre disposição do legislador ordinário, nas mãos da maioria parlamentar simples.<sup>210</sup>

É nesse contexto que se insere a chamada *jusfundamentalidade*, característica jurídica de que dispõem determinados direitos inseridos na Constituição. Nem todas as posições jurídicas albergadas pelo texto constitucional desfrutam desse atributo; as que o possuem, são classificadas como *direitos fundamentais*.

<sup>202</sup> “Historicamente, mesmo antes de sua formulação sistematizada em um documento escrito, estes eram os únicos aspectos versados nas leis de natureza constitucional. A constituição compunha-se, tão-somente, de elementos orgânicos. Não foi senão após a Revolução Francesa que a elas se incorporou um elemento novo: os direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 91.

<sup>203</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

<sup>204</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

<sup>205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42.

<sup>206</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 67.

<sup>207</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 21-22.

<sup>208</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>209</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais... Op. Cit.**, p. 68 e 70.

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 395.

Essa fundamentalidade, compreendida como uma “especial dignidade de protecção dos direitos”,<sup>211</sup> desdobra-se em duas facetas: a *fundamentalidade formal* e a *fundamentalidade material*. A primeira delas é composta por quatro aspectos: (i) as normas de direitos fundamentais situam-se em um nível superior no sistema jurídico; (ii) por possuírem a condição de normas constitucionais, sujeitam-se a procedimentos mais gravosos de modificação; (iii) por incorporarem direitos fundamentais, constituem limites materiais à revisão da Constituição; (iv) representam parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controles dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais. A segunda, por sua vez, revela-se no fato de que o conteúdo dos direitos fundamentais situa-se no cerne das estruturas básicas do Estado e da sociedade, e permite reconhecer: (i) a existência de direitos materialmente fundamentais, por conta do seu conteúdo, ainda que não estejam formalmente constitucionalizados, e (ii) a aplicação de traços do regime jurídico decorrente da fundamentalidade formal também a esses direitos materialmente fundamentais.<sup>212</sup>

Na sistemática constitucional brasileira, o reconhecimento de que determinados direitos são dotados de *fundamentalidade formal* impõe a identificação de um regime jurídico determinado, sobre eles incidente. Isso porque, muito embora não se possa afirmar a existência um sistema autônomo e fechado de direitos fundamentais na Constituição brasileira, completamente afastado do contexto geral da Lei Maior, é possível, ao menos, perceber elementos normativos distintivos que emprestam a esses direitos uma disciplina jurídica peculiar. Assim como os demais direitos previstos pela Constituição Federal, os direitos fundamentais consistem em direitos *supralegais*, eis que veiculados por normas constitucionais situadas no ápice da ordem jurídica, insuscetíveis de modificação simples pelo legislador ordinário. No entanto, há pelo menos dois caracteres que peculiarizam o regime jurídico dos direitos fundamentais, não se estendendo a todos os direitos constitucionalmente estabelecidos: a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF) e a protecção contra emendas abolitivas (art. 60, §4º, IV, CF).<sup>213</sup>

O primeiro deles consiste na previsão do art. 5º, §1º da CF, a qual dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Trata-se de inovação da Constituição de 1988, não incluída em textos constitucionais pretéritos, e que enseja variadas interpretações da doutrina em torno do seu comando normativo. Há consenso, contudo, no sentido de que a determinação tem o condão de estabelecer que todas as disposições que consagram direitos e garantias fundamentais vinculam diretamente os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo capazes de gerar efeitos jurídicos desde logo, independentemente de regulamentação infraconstitucional (ainda que não haja unanimidade quanto às espécies de direitos englobados por esse dispositivo e quanto à extensão desses efeitos).

A previsão surge como forma de superar a ideia de que os direitos fundamentais só ganham operatividade após serem enunciados pelo legislador ordinário, intelecção própria da racionalidade vigente na Europa continental do século XIX, em que a protecção dos direitos

---

<sup>211</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378.

<sup>212</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, p. 379.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 74-75. Acolhe-se aqui a posição do autor, de que “A condição de ‘cláusula pétrea’, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 422.

fundamentais se resumia no respeito ao princípio da legalidade por parte da Administração. A garantia dos direitos fundamentais residia na existência de uma lei regulamentadora, cujo conteúdo dirigia-se à tutela do cidadão frente às intervenções do Poder Executivo contra a liberdade e a propriedade. Logo, não havia uma vinculação direta do legislador ao conteúdo do texto constitucional ou das declarações de direitos (quando estas não estavam inseridas naquele).<sup>214</sup> No contexto específico do Brasil, a afirmação expressa de que as normas de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis decorre também da existência habitual de disposições inseridas em Constituições anteriores que jamais chegaram a sair do papel.<sup>215</sup>

O segundo elemento acima mencionado concerne à vedação de emendas constitucionais que tendam a eliminar direitos fundamentais da ordem jurídica, nos termos do art. 60, §4º, IV da CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais”. Por conta desse dispositivo, os direitos fundamentais integram as chamadas *cláusulas pétreas*, constituindo limites materiais à reforma da Constituição. Há aqui, igualmente, controvérsias quanto ao âmbito de incidência do mandamento em questão, notadamente pelo fato de o constituinte ter utilizado a expressão “direitos e garantias *individuais*”, em vez de “direitos e garantias *fundamentais*”, fato que, para alguns, implicaria excluir do seu espectro os direitos sociais.<sup>216</sup>

Nessa medida, pode-se dizer que o sistema constitucional brasileiro instituiu um regime jurídico especialmente protetivo aos direitos fundamentais, tutelando-os de modo diferenciado em uma dupla perspectiva: (i) em um sentido negativo, blindando-os contra *ações* ofensivas do Poder Constituinte Reformador, ao proibir a edição de emendas constitucionais tendentes a aboli-los (art. 60, §4º, IV, CF); (ii) em um sentido positivo, prevenindo-os contra *omissões* atentatórias do legislador, do administrador e do juiz, ao determinar que as normas que os consagram desfrutam de aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF). Cuida-se, pois, de um regime que, de um lado, assegura a proteção contra investidas de maiorias parlamentares que pretendam vergastar o conteúdo dos direitos fundamentais, eliminando-os da Constituição, e de outro, impulsiona a promoção efetiva desses direitos quando a inércia – intencional ou não – do Poder Público inviabilizar o seu exercício por omissão na sua regulamentação normativa ou na sua implementação material.

Conforme observado, há na doutrina brasileira acirrada divergência quanto aos direitos que estão submetidos a esse regime jurídico específico. Cumpre perquirir, assim, se é possível (e em que medida) inserir os direitos sociais na esfera de alcance dessa disciplina jurídica especial, reconhecendo-lhes a nota de *jusfundamentalidade*.

<sup>214</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 9-10.

<sup>215</sup> É o caso da Emenda Constitucional nº 1/1969, que em seu art. 165 assegurava aos trabalhadores, apenas em tese, direitos sociais como “**XVIII** - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei”, os quais jamais foram concretizados. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63.

<sup>216</sup> A posição é sustentada por: MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 7, São Paulo, p. 108-112, abr./jun. 1994. p. 110-111.



### 2.1.1. *As distintas concepções a respeito do reconhecimento dos direitos sociais como espécie de direitos fundamentais*

A aceitação dos direitos sociais como legítimos direitos fundamentais não foi – e ainda não é – um ponto de unanimidade da teoria dos direitos fundamentais. A temática, mais do que simples análise jurídica do texto constitucional, remonta a questões de fundamentação dos direitos humanos e fundamentais, visto que as variadas posições contrárias ao reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais baseiam-se não somente em um prisma dogmático, mas também em percepções históricas, filosófico-normativas e teóricas.<sup>217</sup> O objetivo deste subitem reside, unicamente, numa tentativa de analisar a questão sob a ótica da Constituição de 1988, o que não afasta, no entanto, uma análise – ainda que breve – de alguns fundamentos gerais (aplicáveis também a outros sistemas constitucionais) normalmente utilizados para negar a fundamentalidade dos direitos sociais.

Serão analisadas quatro posições, relativas à aplicação do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais aos direitos sociais,<sup>218</sup> partindo da mais restritiva em direção à mais ampliativa: **(a)** exclusão dos direitos sociais do âmbito de proteção do regime jurídico dos direitos fundamentais; **(b)** limitação da aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais ao conteúdo dos direitos sociais coincidente com o mínimo existencial; **(c)** incidência do regime jurídico dos direitos fundamentais somente sobre a parcela dos direitos sociais necessária a garantir as condições procedimentais da democracia; **(d)** submissão integral dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais.

**(a) Inaplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais.** Ainda que seja difícil encontrar na doutrina brasileira autores que neguem, de forma expressa, sistematizada e em termos absolutos, a jusfundamentalidade dos direitos sociais, é comum a manifestação de posicionamentos que refutam a extensão dos traços caracterizadores do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais, tal como a aplicabilidade imediata e a condição de cláusulas pétreas.

Dentre os vários fatores que ocasionam o questionamento, por parte de alguns, quanto à possibilidade de inserção dos direitos sociais no espectro protetivo reforçado dos direitos fundamentais, serão analisados os seguintes: **(a.1)** a questão da organização dos direitos fundamentais em diferentes capítulos no texto constitucional e a terminologia utilizada pelo constituinte; **(a.2)** a influência da Constituição Portuguesa de 1976, que, em tese, instituiu um regime jurídico específico para os “direitos, liberdades e garantias”, e outro, distinto, para os “direitos econômicos, sociais e culturais”; **(a.3)** a indeterminação do conteúdo jurídico específico dos direitos sociais a partir das normas constitucionais e a dependência de regulamentação legislativa; **(a.4)** a dimensão positiva ou prestacional dos direitos sociais, que implicaria altos custos para o Poder Público e submeteria a sua realização à disponibilidade orçamentária e à reserva do possível.

<sup>217</sup> Para uma análise das teses contrárias ao reconhecimento de jusfundamentalidade aos direitos sociais sob as perspectivas *histórica* (p. 19-36), *filosófico-normativa* (p. 37-58), *teórica* (p. 59-78) e *dogmática* (p. 79-110), ver: PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>218</sup> Por ser um tema mais abordado pela doutrina, será examinado com maior atenção o traço de aplicabilidade imediata – art. 5º, §1º da CF – mas sem deixar de analisar, também, o critério da proteção contra a ação erosiva do Poder Constituinte Reformador – art. 60, §4º, IV da CF – dentro da medida em que o assunto é tratado pelos autores.

(a.1) Uma das razões que se costuma invocar para não estender aos direitos sociais o regime jurídico dos direitos fundamentais reside nos rótulos utilizados para situar, topograficamente, os direitos fundamentais no texto constitucional. O Título II da Constituição brasileira de 1988 tem por epígrafe “Dos direitos e garantias fundamentais”, e compreende quatro capítulos: “Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos” (art. 5º), “Capítulo II – Dos direitos sociais” (art. 6º ao 11), “Capítulo III – Da nacionalidade” (art. 12 e 13), “Capítulo IV – Dos direitos políticos” (art. 14 ao 16) e “Capítulo V – Dos partidos políticos” (art. 17). Diante desse arranjo, surgem argumentos no sentido de que a aplicabilidade imediata se restringe aos direitos previstos no art. 5º, pois em matéria de técnica legislativa um parágrafo diz respeito apenas ao artigo no qual está inserido,<sup>219</sup> e de que só estão abrangidos pela proteção contra emendas constitucionais abolitivas os direitos *individuais* do art. 5º, pois o art. 60, §4º, IV refere-se a direitos e garantias *individuais*.<sup>220</sup>

(a.2) Há um segundo dado que parece provocar certa recalitrância na aceitação de que os direitos sociais estão submetidos a um regime jurídico unificado, incidente sobre todos os direitos fundamentais: o fato de a Constituição portuguesa de 1976, que influenciou fortemente a atual Constituição brasileira, estabelecer, ao menos em tese, um regime jurídico diferenciado entre os “direitos, garantias e liberdades” (comumente relacionados aos direitos previstos no art. 5º da Constituição pátria) e os “direitos econômicos, sociais e culturais” (em geral associados aos direitos albergados no art. 6º da Lei Fundamental brasileira).

Cristina Queiroz entende haver uma dicotomia (ou “dualismo”) que encontra fundamento implícito na Constituição portuguesa de 1976, entre “direitos, liberdades e garantias”, de um lado, e “direitos econômicos, sociais e culturais”, de outro. Segundo a autora, por decorrência dessa distinção, ainda que os direitos sociais tenham sido qualificados pelo legislador como *direitos fundamentais*, e, por essa razão, gozem do regime jurídico geral a eles conferido, eles não desfrutam do regime jurídico específico de que se revestem os chamados “direitos, liberdades e garantias” (que consiste, basicamente, no disposto no art. 18º da mencionada Constituição, acrescido dos arts. 19º, 5 e 6, 20º, 5, e 21º, bem como os arts. 165º, 1, b, 272º, 3 e 288º, d e e).<sup>221</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho, manifestando similar interpretação do sistema constitucional positivo português, sustenta haver um regime geral dos direitos fundamentais, aplicável tanto aos direitos de liberdade (“direitos, liberdades e garantias”) quanto aos direitos sociais (“direitos econômicos, sociais e culturais”), composto, basicamente, por três princípios: universalidade, igualdade e acesso ao direito e aos tribunais. Porém, em relação à primeira categoria de direitos, assevera existir um regime jurídico específico, que se soma ao regime geral e é aplicável somente aos “direitos, liberdades e garantias” e aos direitos de natureza análoga à destes. Tal regime jurídico especial – não incidente sobre os direitos sociais – compõe-se de treze traços jurídicos caracterizadores, entre os quais, *v.g.*, a aplicabilidade direta das normas que os consagram, a reserva de lei para sua restrição, o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, a restrição da possibilidade de suspensão em casos de estado de sítio e estado de emergência e a garantia contra “leis de revisão” restritivas do seu conteúdo.<sup>222</sup>

<sup>219</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158.

<sup>220</sup> MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional... *Op. Cit.*, p. 110-111.

<sup>221</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 5.

<sup>222</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**... *Op. Cit.*, p. 415-438.

A posição defendida por Jorge Miranda, embora identifique três regimes jurídicos dispensados aos direitos fundamentais, segue na mesma esteira ao apontar, igualmente, para uma separação entre os “direitos, liberdades e garantias” e os “direitos económicos, sociais e culturais” na Constituição lusitana. Distingue-se do posicionamento anterior, em linhas gerais, tão-somente por considerar também a existência de um regime jurídico específico aos direitos sociais, implícito no texto constitucional, distinto da disciplina jurídica dispensada aos direitos de liberdade.<sup>223</sup>

Acompanhando os entendimentos anteriormente esposados, José Carlos Vieira de Andrade sublinha, no mesmo influxo, a clivagem operada pela Constituição de 1976 entre os “direitos, liberdades e garantias” e os “direitos económicos, sociais e culturais”, exatamente com a finalidade de traçar um regime jurídico especial de aplicação exclusiva aos direitos de liberdade e àqueles que ostentem natureza análoga, excluindo expressamente os direitos sociais. De acordo com o autor, a razão que justificou o afastamento da disciplina específica dos direitos de liberdade aos direitos sociais foi o fato de que o conteúdo emanado das normas constitucionais que veiculam estes últimos é indeterminado, fato que impede a construção judicial dos seus contornos normativos e a ampliação do seu conteúdo mínimo constitucional pela via interpretativa. Como a conformação da substância jurídica desses direitos deve ser realizada pelo legislador ordinário, ao qual o constituinte delegou, por motivos técnicos ou políticos, a competência para tanto, não se lhes é aplicável o regime jurídico especial dos direitos, liberdades e garantias, “justamente porque este pressupõe, ou na medida em que pressuponha, a determinabilidade do conteúdo dos preceitos ao nível constitucional”.<sup>224</sup>

Note-se que os autores portugueses não negam, em momento algum, a qualidade de *direitos fundamentais* aos direitos sociais, tanto é que aceitam a incidência do regime jurídico geral dos direitos fundamentais a eles. No entanto, a posição majoritária – que, como se verá posteriormente, não é unânime – refuta a sujeição desses direitos aos traços jurídicos que compõem a proteção reforçada dos direitos fundamentais.

Essa aparente distinção de regimes jurídicos entre os direitos de liberdade e os direitos sociais na Constituição lusitana, que outorga aplicação imediata somente aos primeiros, parece ser um dos pontos de influência aos autores brasileiros que pretendem, em solo nacional, aplicar a mesma diferenciação.

**(a.3)** O terceiro fator que põe em xeque a submissão dos direitos sociais, em sua plenitude, ao regime jurídico especial dos direitos fundamentais, mais especificamente no que diz com o traço da aplicabilidade imediata, consiste na dificuldade existente em imprimir a eles efetividade prática por conta da necessidade de regulamentação infraconstitucional dos seus contornos. Costuma-se, nessa linha, dizer que os direitos sociais não podem ser imediatamente aplicados, sem regulamentação legislativa,<sup>225</sup> pois embora reconhecidos em patamar constitucional, as disposições da Constituição seriam insuficientes para determinar o seu conteúdo específico capaz de ser exigido do Poder Público, em especial pela via judicial. Diante da indeterminação dos limites desses direitos, decorrente da vagueza do texto constitucional, a sua concretização dependeria de opções políticas quanto à especificação do seu conteúdo, de

<sup>223</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 426-450.

<sup>224</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 182-201 e 392.

<sup>225</sup> É o posicionamento de Ricardo Lobo Torres em relação às porções dos direitos sociais que ultrapassam o mínimo existencial. Cf.: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 130.

sorte que a sua justiciabilidade estaria condicionada à conformação do legislador, detentor de legitimidade democrática.<sup>226</sup>

Os autores que invocam esse argumento para negar a aplicação imediata dos direitos sociais parecem entender que tais direitos sofrem de uma “indeterminabilidade congênita”, isto é, a vagueza seria algo intrínseco aos direitos sociais constitucionalmente previstos, inerente à sua própria natureza, o que “prejudica o adequado conhecimento dos deveres que eles impõem, diante da sua indeterminação”.<sup>227</sup> “Segundo essa última objeção, fórmulas como ‘moradia digna’ ou ‘o mais alto nível possível de saúde’, diriam muito pouco acerca do conteúdo concreto do direito em questão, assim como das obrigações que envolvem”.<sup>228</sup>

Partidário desse entendimento, José Carlos Vieira de Andrade aduz que o conteúdo principal típico dos direitos fundamentais sociais consiste em “*prestações estatais* sujeitas a *conformação* político-legislativa”, uma vez que “o seu conteúdo depende *substancialmente* de opções políticas do legislador”.<sup>229</sup> As normas constitucionais que os definem, segundo essa visão, dirigem-se ao Poder Legislativo, “não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos”.<sup>230</sup> Como as tarefas que os direitos sociais impõem ao Estado não estão, via de regra, suficientemente especificadas pela Constituição a ponto de poderem vincular imediatamente os Poderes Públicos, sustenta que elas não “podem, sem prejuízo da divisão constitucional dos poderes, ser determinadas pelos juízes quanto aos pressupostos e à extensão do *conteúdo* dos direitos dos respectivos beneficiários”. Para o autor, os direitos sociais só se configuram como “*direitos subjectivos certos*” após o legislador ter realizado as escolhas políticas necessárias, estabelecendo prioridades de ação estatal diante da escassez de recursos, em homenagem ao princípio democrático. Por esse motivo, defende que os preceitos constitucionais relativos a direitos sociais “não são, por isso, directamente aplicáveis sem intervenção legislativa, muito menos constituem preceitos executáveis por si mesmos.”<sup>231</sup>

A intelecção acima apresentada presta-se a conduzir – embora nem sempre o faça<sup>232</sup> – à conclusão de que, se os direitos sociais são dependentes de decisões do legislador ordinário e não gozam de aplicabilidade imediata, sendo insuficiente a sua consagração constitucional, eles não

<sup>226</sup> Indicando que a indeterminabilidade constitucional do seu conteúdo e a necessidade de regulamentação legislativa são argumentos comumente empregados por parcela da doutrina para negar aplicação imediata aos direitos sociais, constituindo entrave à sua efetivação: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...* *Op. Cit.*, p. 100; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 122; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 141; PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 67; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 289; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 147.

<sup>227</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 141.

<sup>228</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>229</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 385-386.

<sup>230</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Idem*, p. 387.

<sup>231</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Idem*, p. 388. Ressalte-se, contudo, que o autor reconhece, de outra banda, que isso não significa “que se trate de normas meramente programáticas”, reconhecendo haver verdadeira imposição de deveres ao legislador, sendo-lhes vedada a omissão, sob pena de inconstitucionalidade. *Idem*, p. 387.

<sup>232</sup> Relembre-se, como dito antes, que mesmo autores portugueses como José Joaquim Gomes Canotilho, Cristina Queiroz, Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, que negam a aplicabilidade imediata aos direitos sociais, não lhe recusam o caráter de direitos fundamentais, mas tão-somente a sua sujeição ao regime jurídico protetivo destinado aos direitos de liberdade.

seriam direitos fundamentais, já que no ordenamento constitucional brasileiro estes últimos gozam de aplicação direta (art. 5º, §1º da CF). A ausência de determinabilidade constitucional do seu conteúdo seria, pois, o fator responsável por subtrair a sua jusfundamentalidade.<sup>233</sup>

(a.4) O quarto aspecto tendente a rejeitar a incidência do regime jusfundamental aos direitos sociais consiste na sua dimensão prestacional, que impõe deveres de ação ao Estado e implica altos custos financeiros, o que subordina a sua realização à reserva legal orçamentária, à disponibilidade de recursos e às prestações que o indivíduo pode, dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, exigir do Poder Público. Trata-se da imagem, largamente imputada aos direitos sociais, de que eles constituiriam pretensões jurídicas exclusivamente prestacionais e altamente caras, a qual acaba por justificar a sua proteção jurídica enfraquecida.<sup>234</sup>

Os adeptos dessa tese costumam traçar uma dicotomia entre os direitos de liberdade (entendidos como direitos de defesa) e os direitos sociais (compreendidos como direitos a prestações),<sup>235</sup> asseverando que enquanto os primeiros reclamam apenas deveres de não-fazer, impondo proibições à intervenção do Poder Público nas esferas jurídicas individuais, sem implicar custos ao Estado, os segundos, por demandarem atuações positivas, exigiriam uma quantidade de recursos financeiros elevada, razão pela qual sua efetivação estaria dependente da chamada “reserva do possível”<sup>236</sup>.

O argumento pode ser sintetizado da seguinte forma: o dever estatal de fornecer prestações materiais positivas voltadas à satisfação dos direitos sociais depende, sob os pontos de vista fático e jurídico<sup>237</sup>, da disponibilidade de recursos financeiros para tanto, tornando a sua exigibilidade sujeita à existência de condições econômicas para fazer frente a essas obrigações. Essa situação de dependência, denominada de “reserva do possível”, limitaria os direitos sociais às disponibilidades financeiras existentes, às reservas das leis orçamentárias, e “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade”<sup>238</sup>.

Nessa linha, fundados na reserva do possível, Fernando Facury Scaff e José Reinaldo de Lima Lopes negam expressamente a possibilidade de postulação judicial individual de prestações

<sup>233</sup> O alerta é feito por NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 142-143.

<sup>234</sup> A constatação é tecida por PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>235</sup> Entre outros, cite-se Ricardo Lobo Torres, naquilo que extrapola o mínimo existencial (por ele compreendido como o conteúdo essencial dos direitos sociais). Cf.: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>236</sup> Identificando que esse é um dos obstáculos geralmente invocados para negar aos direitos sociais aplicação imediata: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales...* *Op. Cit.*, p. 21; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* *Op. Cit.*, p. 89 et seq; BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna...* *Op. Cit.*, p. 147. Sobre o tema da reserva do possível, conferir os artigos da coletânea: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; bem como PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. 2009. 277 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. e SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v.1: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

<sup>237</sup> Assim entende Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual a reserva do possível manifesta-se em três aspectos: (i) do ponto de vista fático, as prestações estatais positivas sujeitam-se à existência de recursos financeiros em caixa; (ii) sob o prisma jurídico, a reserva do possível diz respeito à “disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas”; (iii) do ponto de vista do titular do direito, a reserva do possível limita a exigibilidade da prestação postulada àquelas ações que sejam razoáveis e proporcionais, não se podendo pleitear algo além do que se poderia razoavelmente exigir que o Estado concedesse aos cidadãos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 287.

<sup>238</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 89-90.

positivas voltadas à satisfação de direitos sociais, notadamente em matéria de direito à saúde. O primeiro argumenta no sentido de que o mencionado direito, por força do art. 196 da Constituição, deve ser promovido mediante “políticas sociais e econômicas”, e não individualmente. Criticando a posição do STF que reconhece a possibilidade de fruição individual do direito à saúde, afirma que, com isso, “aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”.<sup>239</sup> Scaff reprova a atuação do Poder Judiciário brasileiro quando concede prestações de saúde individualmente, denunciando que os juízes estariam fazendo “de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas – o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo”<sup>240</sup>. José Reinaldo de Lima Lopes, por sua vez, sustenta que “quanto à saúde o Estado ficou obrigado a garanti-la, mas, claro, mediante políticas sociais e econômicas, não mediante concessões individuais”.<sup>241</sup>

Não se está aqui afirmando que todos os autores que admitem a reserva do possível como real limitação à efetividade máxima dos direitos sociais negam a sua fundamentalidade, ou mesmo a sua aplicação imediata.<sup>242</sup> O que se pretende registrar é que o argumento acima explanado revela-se como um dos possíveis fundamentos utilizados para rejeitar a jusfundamentalidade dos direitos sociais, exatamente pelo fato de que a dependência de recursos financeiros poderia obstar a condenação do Poder Público à concessão de prestações materiais aptas a satisfazê-los, prejudicando com isso a incidência, sobre esses direitos, do elemento “aplicabilidade imediata”, que no sistema constitucional brasileiro integra o regime jurídico dos direitos fundamentais.

(b) *Restrição da incidência do regime jurídico dos direitos fundamentais ao conteúdo dos direitos sociais coincidente com o mínimo existencial.* Uma segunda posição quanto à temática ora apreciada consiste em interpretação mais ampliativa do que a anterior, mas ainda restritiva quanto ao reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais: considera como fundamentais somente os direitos de liberdade, bem como a parcela dos direitos sociais necessária a propiciar ao indivíduo condições mínimas de existência digna. No Brasil, um dos mais referidos autores que defende a ideia é Ricardo Lobo Torres,<sup>243</sup> no que é acompanhado por Alceu Maurício Jr.<sup>244</sup>

<sup>239</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146.

<sup>240</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Idem*, p. 148.

<sup>241</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 158-159.

<sup>242</sup> Veja-se, nesse sentido, Ingo Sarlet, o qual, mesmo reconhecendo a reserva do possível como óbice à realização imediata dos direitos sociais em sua plenitude, não lhes refuta a nota de fundamentalidade formal e material, nem a sua aplicabilidade imediata (embora atribua interpretação diferenciada à aplicação imediata destes direitos, entendendo a norma do art. 5º, §1º da CF como um princípio na concepção de Robert Alexy, que impõe ao Estado o dever de realização dos direitos fundamentais sociais na sua máxima medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes). Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 270-272 e 284-289. Jorge Reis Novais, por sua vez, considera a reserva do possível como fator limitativo da aplicabilidade imediata das dimensões de proteção e de prestação de todos os direitos fundamentais, e não só dos direitos sociais, sem com isso negar a jusfundamentalidade destes. Cf.: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 89-122.

<sup>243</sup> O autor desenvolveu a sua teoria do mínimo existencial em diversos ensaios, sendo o primeiro deles datado de 1989. Para uma análise da evolução do seu pensamento, ver: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, nº 177, Rio de Janeiro, p. 20-49, jul./set. 1989; TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar,

Conforme se verá, essa tentativa de reduzir o conteúdo jusfundamental dos direitos sociais a um mínimo deriva não apenas da sua indeterminabilidade constitucional, mas também da necessidade de assegurar ao seu núcleo essencial uma força normativa que esteja em conformidade com a sua natureza de direitos fundamentais, que não poderia ser completamente despida de conteúdo. Em geral, a explicação da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo baseia-se na necessidade de garantir condições mínimas de existência digna, que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais de liberdade.<sup>245</sup>

A fundamentação alinhavada por Ricardo Lobo Torres para alicerçar sua tese possui matriz liberal. Para o autor, são autênticos direitos fundamentais aqueles que visam à proteção da liberdade do homem, visto que esta, distintamente de outros valores como a justiça e a solidariedade, “pode ser objeto de ofensas que afetam a própria existência física do indivíduo”.<sup>246</sup> A jusfundamentalidade dos direitos, portanto, está relacionada apenas às pretensões jurídicas voltadas à proteção das liberdades do ser humano. É por esse motivo que o direito ao mínimo existencial, independentemente de estar ou não previsto expressamente nas Constituições e de demandar prestações positivas para a sua realização, revela-se como um direito fundamental: ele é imprescindível para o próprio gozo das liberdades, constituindo um pressuposto material para o seu exercício. Sem condições mínimas de existência digna, o indivíduo se vê privado de desenvolver livremente a sua personalidade.

Com apoio nessa argumentação, afirma o autor que o direito ao mínimo existencial, ainda que esteja associado ao conteúdo essencial dos direitos sociais – como saúde, educação, alimentação, etc. – detém as mesmas características básicas dos direitos fundamentais de liberdade: é pré-constitucional, por ser intrínseco à pessoa humana; consiste em um direito público subjetivo do cidadão; não se limita ao catálogo constitucional do art. 5º da CF; é marcado pela historicidade, variando no espaço e no tempo; é plenamente justiciável e independe de conformação legislativa para ser exigido, possuindo eficácia imediata.<sup>247</sup>

Os direitos sociais, por sua vez, constituiriam uma cobertura aos riscos de existência: o homem, ao existir, enfrenta riscos como a doença, a velhice, a incapacidade física, a pobreza, a miséria. Como mecanismos de combate a esses riscos, surgiriam os direitos sociais: saúde, previdência social, assistência social. Segundo o jurista, ao Estado cabe proteger a liberdade, propiciando aos cidadãos, ao menos, as condições mínimas necessárias ao exercício dessa liberdade. Desse modo, o conteúdo essencial dos direitos sociais, que representa a parcela necessária a uma vida minimamente digna, é dotado de jusfundamentalidade, podendo ser diretamente exigido do Poder Público, inclusive pela via judicial e independentemente de reserva orçamentária. Em outras palavras, significa dizer que os direitos sociais, em si, não são

---

1995. p. 129 *et seq.* TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 239-336; TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46; TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, Antônio Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 447-471. Mais recentemente, o autor sistematizou as ideias preteritamente lançadas em artigos na obra monográfica: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Por constituir um apanhado mais atualizado e global do seu pensamento, as referências utilizadas são extraídas dessa última obra.

<sup>244</sup> MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...** *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>245</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 191.

<sup>246</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 139.

<sup>247</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Idem*, p. 39-40.

propriamente direitos fundamentais: a sua fundamentalidade restringe-se ao seu conteúdo essencial, isto é, àquela parcela que corresponde ao mínimo existencial. Apenas a esse núcleo essencial dos direitos sociais se aplica a lógica, a retórica e a eficácia dos direitos de liberdade, esses sim considerados pelo autor como direitos propriamente fundamentais.<sup>248</sup>

Frise-se que o autor não nega a existência de direitos sociais para além do mínimo existencial, mas apenas o seu caráter de direitos fundamentais. Propugna que os direitos sociais, no que excedem esse mínimo, devem ser maximizados e otimizados pela “via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania”, tendo sua efetivação sujeita à “reserva do possível” e à concessão do legislador.<sup>249</sup> Ocorre que essa maximização deve ser feita através do processo democrático na seara do Poder Legislativo, e não pelo caminho da judicialização de políticas públicas, que consiste num fenômeno cada vez mais presente contemporaneamente. A interferência do Poder Judiciário deveria se limitar à garantia do mínimo existencial, eis que a ingerência judicial em matéria de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos sociais para além do seu conteúdo essencial apresenta sério risco democrático e à saúde financeira do orçamento público. Ademais, implica uma cooptação de recursos públicos pelas elites, uma vez que a classe média e a classe alta da população são aquelas que possuem condições de informação e financeira suficientes para propor ações judiciais reivindicatórias de seus direitos, comprometendo o orçamento e prejudicando políticas universais que alcancem a população pobre e miserável.<sup>250</sup>

Essa posição exibe expressiva importância atualmente, pois embora existam acirradas divergências quanto à jusfundamentalidade e à sindicabilidade judicial dos direitos sociais, tem a doutrina caminhado rumo a um consenso em relação à possibilidade de se postular perante o Poder Judiciário as prestações materiais destinadas à satisfação do mínimo existencial, tendo como fundamento último o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>251</sup> Desta sorte, por mais que haja uma série de autores sustentando a exigibilidade judicial de prestações materiais de direitos sociais que ultrapassam o mínimo existencial, e que portanto não acolhem essa posição integralmente, ao menos em relação à justiciabilidade de condições mínimas de existência digna há acordo doutrinário e jurisprudencial.

A categoria jurídica em questão – o direito ao *mínimo existencial* – passou a ser utilizada no Brasil de modo cada vez mais expressivo, após, pelo que se tem notícia, a sua introdução na literatura constitucional pátria por Ricardo Lobo Torres.<sup>252</sup> Sucede que inexistente, como se verá, unanimidade em relação ao conteúdo abrangido por esse mínimo (se fixo ou variável), à sua estrutura normativa (se princípio ou regra), às suas funções (se limite mínimo ou máximo de justiciabilidade de direitos sociais), seja na doutrina ou na jurisprudência. O tema, por esse motivo, será retomado posteriormente, por revelar-se como ponto nodal na discussão acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais no Direito brasileiro.

(c) *Aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais limitada à parcela dos direitos sociais necessária a garantir as condições procedimentais da democracia.* Uma terceira posição acolhe critério mais alargado de reconhecimento de jusfundamentalidade aos direitos

<sup>248</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Idem*, p. 41-43.

<sup>249</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Idem*, p. 53.

<sup>250</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Idem*, p. 121-135.

<sup>251</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 94.

<sup>252</sup> Nessa esteira: SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.



sociais do que o anterior. Circunscreve o caráter de direitos fundamentais às porções dos direitos sociais necessárias não apenas à garantia do mínimo existencial, mas também das condições procedimentais da democracia. Sua base de compreensão encontra-se nas premissas compartilhadas pelas teorias democrático-deliberativas, presentes em marcos teóricos como Jürgen Habermas<sup>253</sup> e Carlos Santiago Nino<sup>254</sup>.

No Brasil, o entendimento é adotado por Cláudio Pereira de Souza Neto.<sup>255</sup> O autor faz uma reflexão acerca do âmbito de abrangência da fundamentalidade dos direitos sociais a partir do princípio democrático, reputando como fundamentais não apenas a parcela de direitos que representam condições iniciais da liberdade – como o faz Ricardo Lobo Torres –, mas também aquelas que constituem condições necessárias para o exercício da democracia.<sup>256</sup>

Para essa perspectiva, as sociedades contemporâneas são plurais, complexas e multiculturais, o que inviabiliza a formação de um acordo generalizado sobre o conteúdo das normas jurídicas e os fins que devem ser perseguidos pelo Estado, razão pela qual o consenso deve ser sedimentado sobre as condições procedimentais da democracia. Em face da diversidade de doutrinas compreensivas do fenômeno moral, religioso, econômico, filosófico, etc., deve se tentar, dentro de limites temporais e num contexto dialógico, estabelecer conteúdos normativos, cuja validade subordina-se à observância de determinados requisitos comunicativos, que permitam uma ampla participação argumentativa dos cidadãos no espaço público de deliberação. Havendo, pois, respeito às condições procedimentais da democracia, tais como “a abertura, a igual possibilidade de participação na interação comunicativa e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais”, serão válidas as normas produzidas a partir do debate democrático.<sup>257</sup>

Mas essa validade depende, ainda, do respeito de tais normas aos direitos materialmente fundamentais, uma vez que estes constituem determinações que visam a garantir as próprias condições procedimentais da democracia deliberativa. A elaboração, mesmo que pela via democrática, de normas contrárias aos direitos fundamentais implica ofensa à própria democracia, pois são estes que garantem que as deliberações públicas serão efetivamente democráticas. Nesses casos, justifica-se o controle do Poder Judiciário, com a finalidade de proteger as condições procedimentais da democracia deliberativa. O autor considera justificável a intervenção judicial em matéria de direitos fundamentais sociais somente nos casos em que essa interferência visa a garantir a própria democracia.<sup>258</sup>

Ou seja: para essa forma de pensar, apenas a parcela dos direitos sociais necessária a proporcionar as condições procedimentais da deliberação pública democrática é dotada de fundamentalidade, apta a habilitar a atuação do Poder Judiciário. Estará justificada a decisão judicial contrária a uma deliberação (ou omissão) da maioria quando tal deliberação for atentatória aos direitos fundamentais que, por sua vez, são condições procedimentais da

<sup>253</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>254</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa.** Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

<sup>255</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17-61. e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: \_\_\_\_\_; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

<sup>256</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade... *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>257</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Idem*, p. 44-48.

<sup>258</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Idem*, p. 48-50.

democracia. Logo, por mais que o Judiciário esteja restringindo pontualmente o princípio majoritário, ele estará garantindo a própria democracia, contra decisões não democráticas de maiorias eventuais.<sup>259</sup>

Dentro desse quadro, o autor explica a sua concepção em relação à fundamentalidade dos direitos sociais. Lembra, em sua explanação, que um dos argumentos manejados para bloquear a intervenção judicial em matéria de direitos sociais consiste na ofensa ao princípio democrático, uma vez que a concretização desses direitos depende da tomada de decisões políticas, pois diante da escassez de recursos, devem ser estabelecidas prioridades. A legitimidade para a realização de tais opções políticas caberiam, em princípio, aos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo democraticamente eleitos pelo povo. Faleceria, portanto, legitimidade democrática ao Poder Judiciário para operar a concretização dos direitos sociais. Propõe o autor, então, que se recorra à própria teoria democrática para resolver a questão: se determinados direitos sociais são condições procedimentais da democracia – pois sem condições materiais de existência digna o indivíduo é incapaz de participar dos espaços de deliberação pública – o Judiciário, perante a inércia dos demais Poderes, encontra-se legitimado a efetivá-los para garantir a democracia.<sup>260</sup>

O autor, então, amplia o campo de fundamentalidade material dos direitos sociais, afirmando que além do mínimo existencial – que garante condições materiais de autonomia privada – deve-se agregar o critério das *condições procedimentais da democracia*, que justifica a atuação judicial para a efetivação dos direitos sociais necessários a proporcionar uma adequada participação igualitária na vida pública. Nessa linha, seriam direitos fundamentais não apenas os direitos sociais (ou parcela deles) imprescindíveis à garantia de condições mínimas de existência digna (autonomia privada), mas também aqueles necessários para propiciar a participação do cidadão na esfera de deliberação democrática (autonomia pública).<sup>261</sup>

O que há de comum com a posição anteriormente explicada é que ambas consideram que, “da totalidade dos direitos sociais, alguns podem ser considerados fundamentais”.<sup>262</sup> E no âmbito daqueles que não desfrutam de fundamentalidade, sua exigibilidade judicial encontra-se reduzida às opções políticas tomadas pelo legislador na arena de deliberação democrática. A distinção, como visto, está no critério adotado para conferir fundamentalidade aos direitos sociais. Cláudio Pereira de Souza Neto tece uma crítica ao acolhimento do critério exclusivo do mínimo existencial. Afirma não haver sentido nessa “cristalização minimalista”, e considera o Judiciário legítimo não apenas para concretizar “as ‘condições mínimas’, mas as ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)”<sup>263</sup>.

Embora reconheça que em algumas situações concretas haverá coincidência de resultado entre as duas teorias, sustenta que em outras a consequência será diferenciada. O exemplo por ele oferecido leva em conta o direito à educação, antes da Emenda Constitucional nº 59/2009. Naquele contexto, a Constituição previa a gratuidade do ensino fundamental como

---

<sup>259</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Idem*, p. 50-51.

<sup>260</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Idem*, p. 52.

<sup>261</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Idem, Ibidem*.

<sup>262</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Idem*, p. 42.

<sup>263</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais... Op. Cit.*, p. 537.

direito público subjetivo, mas não a estendia ao ensino médio.<sup>264</sup> Para o autor, o critério do mínimo existencial aceitaria a condenação da Administração Pública, pela via judicial, à criação de novas vagas ou ao custeamento do ensino em instituição privada equivalente somente no caso de omissão em relação ao fornecimento gratuito do serviço público de ensino fundamental. Para a teoria democrático-deliberativa, por seu turno, o Judiciário estaria também legitimado a conceder tais prestações no âmbito do ensino médio, ainda que sua gratuidade não estivesse garantida expressamente na Constituição, sob pena de não se atribuir a todos oportunidades equivalentes, porque a ausência da formação decorrente desse nível do ensino impediria as camadas mais pobres da população de escolher livremente uma profissão.<sup>265</sup>

(d) *Submissão integral dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais*. Finalmente, cabe apreciar o entendimento segundo o qual os direitos sociais sujeitam-se plenamente ao regime jurídico dos direitos fundamentais, não havendo razões justificáveis para reduzir a sua jusfundamentalidade. Essa vertente encontra excelente grau de desenvolvimento sistematizado nas obras de Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>266</sup> no Brasil, e de Jorge Reis Novais,<sup>267</sup> em Portugal. Por se tratar do posicionamento abraçado no presente estudo, ele será apresentado em tópico separado.

### 2.1.2. A posição adotada: direitos sociais como direitos integralmente fundamentais

A concepção mais afinada com a sistemática constitucional brasileira vigente, adotada nesta pesquisa, é a de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, integralmente submetidos ao regime jurídico destes.

A acolhida desse entendimento requer, naturalmente, a rejeição das objeções sumariamente apresentadas no subitem 2.1.1., ponto (a), formuladas pelos autores que negam a aplicação dos traços característicos do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais. Retomando os argumentos atrás expostos, costuma-se negar a incidência da disciplina jurídica especial dos direitos fundamentais aos direitos sociais com supedâneo em pelo menos quatro elementos: (a) o arranjo topográfico dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, bem como a terminologia manejada pelo constituinte nacional; (b) a influência da Constituição portuguesa de 1976, que segundo a doutrina majoritária separou os direitos de liberdade dos direitos sociais com o propósito específico de excluir esses últimos do campo de abrangência do regime especialmente protetivo dos “direitos, liberdades e garantias”; (c) a indeterminação do conteúdo das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais, cuja vagueza faria sua exigibilidade judicial depender de regulamentação legislativa; (d) a dimensão prestacional dos direitos sociais, que implica altos custos financeiros ao Estado, sujeitando a sua justiciabilidade à “reserva do possível”. A tentativa de afastar os dois primeiros óbices – (a) e (b)

<sup>264</sup> Redação anterior à EC nº 59/2009: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (...) § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Com a EC nº 59/2009, a redação do inciso I do art. 208 da CF foi alterada para: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”, englobando, com isso, o ensino médio.

<sup>265</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais... *Op. Cit.*, p. 537.

<sup>266</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* *Op. Cit.*, *passim*.

<sup>267</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Op. Cit.*, *passim*.

– será empreendida no presente tópico, ao passo que a refutação aos outros dois será objeto de apreciação no Capítulo 3, item 3.1.2.

(a) O primeiro argumento elaborado para negar a outorga do regime jusfundamental aos direitos sociais, na perspectiva brasileira, diz respeito à separação topográfica dos direitos fundamentais e da nomenclatura empregada pelo constituinte. Como visto, o Título II da Constituição engloba entre os “direitos e garantias fundamentais” quatro categorias de direitos: “Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos” (art. 5º), “Capítulo II – Dos direitos sociais” (art. 6º ao 11), “Capítulo III – Da nacionalidade” (art. 12 e 13), “Capítulo IV – Dos direitos políticos” (art. 14 ao 16) e “Capítulo V – Dos partidos políticos” (art. 17). Em face dessa divisão, há quem aduza que a aplicabilidade imediata limita-se aos direitos inscritos no art. 5º, porque a norma que assim dispõe está prevista no §1º do mencionado artigo,<sup>268</sup> e que só estão protegidos contra a ação erosiva do Poder Constituinte Reformador os direitos *individuais* do art. 5º, eis que o art. 60, §4º, IV alude a direitos e garantias *individuais*.<sup>269</sup>

São posições dessa natureza que geram questionamentos quanto ao regime jurídico aplicável aos direitos sociais na Constituição Federal de 1988. Se são justamente esses dois elementos – aplicação imediata e qualidade de cláusula pétrea – que caracterizam os traços jurídicos dos direitos fundamentais, e, se procedentes os argumentos acima expostos, eles não se estendem aos direitos sociais, a conclusão lógica seria a de que estes últimos são desprovidos de *jusfundamentalidade*. Não parece ser essa, no entanto, a melhor interpretação.

A literalidade da expressão utilizada no art. 60, §4º, IV (direitos e garantias *individuais*) e a inserção da disposição relativa à aplicabilidade imediata no §1º do art. 5º da CF (e, portanto, antes dos direitos sociais enunciados nos artigos 6º e seguintes) não são suficientes para afastar os direitos sociais do seu âmbito de proteção. Uma interpretação sistemática é capaz de suplantar, com facilidade, ambos os argumentos.

Quanto à primeira questão, relativa à possibilidade de se atribuir aos direitos sociais a condição de cláusulas pétreas, o simples fato de o constituinte ter se valido da locução “direitos e garantias *individuais*” no art. 60, §4º, IV é irrelevante diante de outros fatores dedutíveis da totalidade do sistema constitucional positivo. Importa citar pelo menos quatro deles:

(i) A enunciação de limites materiais expressos ao Poder Constituinte Reformador não exclui o reconhecimento de outros elementos igualmente relevantes, que também conferem identidade ao sistema constitucional e cuja supressão implicaria desnaturar a essência da ordem jurídica vigente, razão pela qual podem ser considerados como *limites materiais implícitos* à reforma da Constituição, conforme sustenta a doutrina majoritária.<sup>270</sup> Assim, os princípios fundamentais elencados no Título I da Constituição (art. 1º ao 4º) revelar-se-iam como limites materiais não expressamente incluídos no rol de cláusulas pétreas, entre os quais se situa o

<sup>268</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158.

<sup>269</sup> MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional... *Op. Cit.*, p. 110-111.

<sup>270</sup> Nesse sentido, SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Bahia: Livraria Progresso, 1954. p. 92 *et seq*; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**... *Op. Cit.*, p. 1065; LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 189; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 30, nº 120, Brasília, Senado Federal, p. 159-186, out./dez. 1993. p. 178; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**... *Op. Cit.*, p. 414.

princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>271</sup> Como os direitos sociais (v.g., saúde, educação, moradia, alimentação, previdência social, assistência aos desamparados, etc.) encontram seu fundamento último no aludido princípio<sup>272</sup> (alguns em maior, outros em menor medida<sup>273</sup>), ao mesmo tempo em que representam manifestações do seu conteúdo,<sup>274</sup> admitir a sua eliminação do texto constitucional importaria aceitar a erosão de parcela essencial do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, afetando, pois, um limite material implícito à reforma da Constituição.<sup>275</sup>

(ii) Interpretar restritivamente, de forma exclusivamente literal, a expressão “direitos e garantias *individuais*”, conduziria a graves incoerências, uma vez que sequer se poderia afirmar que apenas os direitos previstos no art. 5º da CF seriam enquadráveis na categoria de cláusulas pétreas, já que nele são enunciados os “direitos e deveres individuais e coletivos”, consoante a epígrafe do Capítulo I do Título II da Lei Maior, no qual o artigo está inserido. Dessa forma, os direitos de expressão coletiva dispostos no art. 5º da Constituição ficariam de fora. Levando-se a efeito tal interpretação, ter-se-ia que asseverar que o mandado de segurança *individual* (art. 5º, LXIX, CF) estaria protegido contra reformas constitucionais, enquanto o mandado de segurança *coletivo* (art. 5º, LXX, CF) não, o que resultaria num expressivo paradoxo. Além disso, os demais direitos não incluídos no Capítulo I do Título II da Constituição, tais como os direitos de nacionalidade dos arts. 12 e 13 (Capítulo III) e os direitos políticos dos arts. 14 a 17 (Capítulo IV), que traduzem logicamente direitos essenciais do ser humano e inerentes ao Estado Democrático de Direito, também não integrariam as cláusulas pétreas. A contradição, nesse último caso, seria ainda mais flagrante ao se observar que o art. 60, §4º, II da CF erige expressamente à condição de cláusula pétrea o direito ao voto direto, secreto e universal. Desse modo, reputar procedente a exclusão dos direitos sociais da proteção contra reforma constitucional abolitiva por conta do argumento da terminologia empregada pelo constituinte importa aceitar essa gravíssima contradição no tecido constitucional.<sup>276</sup>

(iii) O fundamento que justifica a instituição de limites materiais contra a ação do Poder Constituinte Reformador repousa sobre o fato de que há determinadas decisões tomadas pelo constituinte originário que constituem a essência da Constituição, o seu cerne substancial, e são tão fundamentais que o seu conteúdo não pode estar sujeito nem mesmo à disposição de maiorias parlamentares qualificadas. Eles servem para evitar “alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta”<sup>277</sup>. E no sistema constitucional brasileiro, parece não haver dúvidas de que os direitos sociais ocupam essa posição de centralidade, o que impõe a adoção de interpretação extensiva do art. 60, §4º, IV da CF para incluí-los no rol de cláusulas pétreas. Basta observar o Preâmbulo constitucional, quando enuncia que o Estado Democrático instituído pela Lei Maior destina-se a “a assegurar o exercício

<sup>271</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 416.

<sup>272</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 83.

<sup>273</sup> Sobre o tema, ver: TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 4, São Paulo, jul./dez. 2004.

<sup>274</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 84 *et seq.*

<sup>275</sup> É o posicionamento de: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 322-323.

<sup>276</sup> Os argumentos nesse sentido são formulados por SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 422.

<sup>277</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 1065-1066.

dos direitos *sociais* e individuais, a liberdade, a segurança, o *bem-estar*, o *desenvolvimento*, a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na *harmonia social*”, bem como os princípios fundamentais do Título I, tais como a dignidade da pessoa humana e os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Todos esses princípios e objetivos só podem ser alcançados através da realização dos direitos sociais,<sup>278</sup> o que atesta a sua inserção no elenco de fatores essenciais da Constituição de 1988, que lhe conferem identidade e devem ser tutelados contra a atuação erosiva do Poder Constituinte Reformador.

(iv) Todos os direitos fundamentais albergados na Lei Fundamental brasileira podem ser, em última análise, reconduzidos a uma dimensão individual, uma vez que é o indivíduo quem irá fruir do direito ao voto, do direito à educação, do direito à saúde, à moradia, à alimentação, do direito de nacionalidade, entre tantos outros. Inclusive o direito ao meio ambiente hígido (art. 225 da CF), que em geral é classificado como direito de titularidade difusa, pode ser individualizado, como se depreende das situações de danos ambientais que ensejam direito de reparação a cada prejudicado.<sup>279</sup> Portanto, os direitos sociais encontram-se incluídos entre os direitos e garantias protegidos contra emendas constitucionais tendentes a eliminá-los, nos termos do art. 60, §4º, IV da CF.<sup>280</sup>

A outra questão que envolve o argumento topográfico utilizado para afastar dos direitos sociais o regime jurídico específico dos direitos fundamentais concerne ao art. 5º, §1º da CF. Afirma-se que o fato de a disposição que outorga aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais encontrar-se no §1º do art. 5º implica dizer que ela se destina apenas aos direitos inscritos no mencionado artigo.<sup>281</sup> É o caso de João Pedro Gebran Neto, para quem o mandamento constitucional em referência “produz força normativa apenas em relação ao artigo quinto em seus incisos”, pois “é de boa técnica legislativa (...) que os parágrafos se refiram a artigos aos quais estão vinculados, em respeito à posição topográfica dos dispositivos”, e porque, em sua opinião, “uma interpretação extensiva resulta numa verdadeira negação de validade ao dispositivo constitucional”.<sup>282</sup> O autor opta por realizar uma interpretação restritiva quanto ao alcance do art. 5º, §1º da CF, limitando-o aos direitos do artigo 5º, mas extensiva quanto à eficácia, alegando que em relação a eles é desnecessário, inclusive, o recurso ao mandado de injunção, estando o juiz obrigado a efetivá-los independentemente de regulamentação legislativa.

Ocorre que o raciocínio empreendido pelo autor, embora busque maximizar os efeitos dos direitos e garantias fundamentais tutelados pelo art. 5º da CF e emprestar-lhes o que denominou de “exegese emancipatória”, acabou por excluir do seu campo de incidência os direitos sociais, prejudicando com isso o enquadramento destes na categoria de direitos

<sup>278</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 322-333; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 424.

<sup>279</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 424.

<sup>280</sup> No mesmo sentido, ver: ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social.** São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40 *et seq.*

<sup>281</sup> Adotando essa posição, manifesta-se Ricardo Lobo Torres, entendendo que o caráter topográfico da Constituição, que engloba no Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) tanto um capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos (Capítulo I) quanto um capítulo destinado aos direitos sociais (Capítulo II) “não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais”. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>282</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata...** *Op. Cit.*, p. 158.

fundamentais, já que se lhes retirou um dos elementos característicos da *jusfundamentalidade formal*, que consiste, precisamente, na aplicabilidade imediata. O argumento da localização topográfica da norma do §1º do art. 5º da CF não se presta a excluir os direitos sociais do seu âmbito de aplicação, em razão de, pelo menos, dois argumentos:

(i) Embora a hermenêutica constitucional não se deva limitar ao elemento literal, como visto em relação ao art. 60, §4º, IV da CF, o art. 5º, §1º da CF refere-se a “direitos e garantias fundamentais”, expressão coincidente com o Título II da Constituição que engloba, além do Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), também o Capítulo II, que consagra os direitos sociais. E não se pode contrariar a literalidade do texto constitucional com o intuito de promover interpretação restritiva de direitos fundamentais,<sup>283</sup> mas apenas ampliativa, como se fez, anteriormente, em relação ao tema das cláusulas pétreas. Isso porque, em matéria de interpretação de direitos fundamentais, por força do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.<sup>284</sup>

(ii) Ao que tudo indica, um dos principais fundamentos utilizados por João Pedro Gebran Neto para restringir o alcance do §1º do art. 5º da CF consiste no fato de que a distinção de natureza e forma de positivação dos diversos direitos fundamentais na Constituição de 1988 importa graus de aplicabilidade diferenciados. Em razão disso, a doutrina, para reconhecer a incidência imediata de todos eles, busca o seu mínimo denominador comum e acaba por adotar posição reducionista, afirmando que a disposição determina que às normas de direitos fundamentais deve ser conferida a máxima eficácia possível. E isso, para o autor, “na prática, significa nada ou muito pouco”<sup>285</sup>, por tratar-se de um atributo inerente a todas as normas constitucionais. Um argumento que, embora não expressamente levantado pelo jurista, justificaria conferir interpretação maximizada exclusivamente aos direitos do art. 5º seria o fato de nele estarem agrupados, supostamente, posições jurídicas de igual natureza, cujo principal efeito consiste em impor uma abstenção ao Estado (direitos de defesa ou de liberdade). No entanto, nos demais artigos insertos no Título II da Constituição, que albergam também direitos

<sup>283</sup> Destaque-se, por fidelidade às ideias do autor, que João Pedro Gebran Neto leva em conta essa questão, refutando-a da seguinte forma: “Essa perspectiva é apenas aparentemente restritiva porque, muito embora procure diminuir seu alcance, permite aprofundar seu conteúdo, dando-lhe contornos diferentes daqueles que até hoje vêm sendo preconizados por quase que a unanimidade da doutrina nacional”. GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata...** *Op. Cit.*, p. 158. Contudo, com todo o respeito às ideias lançadas pelo autor, sua posição não parece ser efetivamente ampliativa da eficácia dos direitos fundamentais. Primeiramente porque, a pretexto de maximizar a eficácia dos direitos previstos no art. 5º, ela elimina um *plus* argumentativo em favor dos demais direitos fundamentais (sociais, políticos, de nacionalidade, etc.) albergados do art. 6º ao art. 17 da Constituição, sem contar com outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, §2º da CF). Cria-se, pois, uma hierarquia quanto à eficácia dos direitos fundamentais (já que os enunciados pelo art. 5º gozariam de um grau de proteção mais elevado) que não é comportada pela sistemática da Constituição brasileira de 1988. Ademais, a suposta eficácia reforçada que a sua interpretação traria aos direitos do art. 5º não é tão contundente assim, uma vez que o próprio autor reconhece que ela não abrange em igual medida todos os direitos ali arrolados, tais como aqueles que, segundo Gebran Neto, impõem *deveres objetivos* ao Estado, mas não conferem *direitos subjetivos* ao cidadão (v.g., art. 5º, XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; art. 5º, XLI – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; art. 5º, XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”). Em relação a esses últimos, afirma o autor ser “evidente que, a pretexto de conferir aplicação imediata a direito objetivo, não poderia o Poder Judiciário suprir a omissão legislativa quanto à edição de lei” (*Idem*, p. 186). Por conseguinte, afora as demais razões contrárias já lançadas, entende-se, por esse último motivo, que sua interpretação não se apresenta tão maximizadora da eficácia dos direitos fundamentais do art. 5º que fosse capaz de justificar a exclusão dos direitos sociais do espectro de aplicação do §1º do citado artigo.

<sup>284</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 1224.

<sup>285</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata...** *Op. Cit.*, p. 155.

fundamentais, há uma série de direitos que desfrutam do mesmo caráter negativo, impositivo de condutas não-interventivas, tais como o direito de liberdade de associação sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º).<sup>286</sup> Portanto, a restrição dos efeitos do §1º do art. 5º aos incisos nele inseridos não parece sobreviver a uma análise sistemática da Constituição.<sup>287</sup>

(b) O segundo fator identificado como possível causa para a retirada dos direitos sociais do campo de incidência do regime jurídico autoaplicável dos direitos fundamentais consiste na dicotomia aparentemente instalada pela Constituição lusitana de 1976, entre direitos de liberdade e direitos sociais, revestindo os primeiros de proteção jurídica mais reforçada. Como se pôde observar, a maioria da doutrina compartilha dessa inteligência, como é o caso de Jorge Miranda, José Joaquim Gomes Canotilho, José Carlos Vieira de Andrade e Cristina Queiroz,<sup>288</sup> que negam a extensão, aos “direitos económicos, sociais e culturais”, do regime jurídico especial dos “direitos, liberdades e garantias”, que inclui o traço de aplicabilidade imediata.

O posicionamento majoritário acima apresentado é severamente criticado por Jorge Reis Novais, que denuncia a sobrevalorização dos direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais, decorrente dessa separação de regimes. O autor, advogando a existência de um regime jurídico unitário para os direitos fundamentais na Constituição de 1976, demonstra que essa distinção é artificial e não leva em conta a essência e a natureza comum dos direitos fundamentais, quando considerados na qualidade de “direitos fundamentais como um todo”. Em sua obra, o jurista expende uma série de argumentos – que serão apresentados em tópico posterior (3.1.1.) – aptos a demonstrar que a distinção entre as disciplinas jurídicas dos direitos de liberdade e dos direitos sociais na Constituição portuguesa repousa sobre a “desatenção ou ignorância” em relação à multifuncionalidade dos direitos fundamentais.<sup>289</sup> Todos os direitos fundamentais, sejam de liberdade ou sociais, possuem variadas funções (de defesa, de proteção, de prestação), e as diferenças de regime jurídico existem entre cada uma delas, e não entre essas duas espécies de direitos fundamentais, globalmente consideradas.

Assim, se correta a tese de Jorge Reis Novais – com a qual se concorda integralmente neste trabalho, pelas razões que serão expostas em momento oportuno – a negativa de um regime jurídico especial, dotado de aplicabilidade imediata, aos direitos fundamentais sociais não faz sentido sequer no Direito Constitucional português, cuja Lei Maior, aparentemente, teria instituído uma diferenciação entre as categorias de direitos fundamentais antes referidas.

De toda sorte, o que importa destacar é que, ainda que se reputasse correta a doutrina lusitana majoritária, aceitando-se um regime diferenciado entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais, que exclui desses últimos o traço de aplicação imediata, não se pode transpor para o Direito brasileiro uma distinção que é operada pelo texto constitucional português e não é reproduzida pela Lei Fundamental pátria. Como visto, a

<sup>286</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 263.

<sup>287</sup> No mesmo influxo do entendimento ora adotado, manifestam-se: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 97; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 262-263; KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...** *Op. Cit.*, p. 49; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácia dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>288</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 215-403; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 415-438; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 182-201 e 392; QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>289</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 10 e 44.



Constituição brasileira agasalha todos os direitos fundamentais – individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos – sob o mesmo Título II, e confere aplicabilidade imediata a todos eles, sem discriminação (art. 5º, §1º).<sup>290</sup>

## **2.2. O mínimo existencial como piso mínimo e não como teto máximo dos direitos fundamentais sociais: exigência de um desenvolvimento social igualitário**

Conforme se afirmou anteriormente, nada obstante a existência de várias concepções acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais, tem sido comum no Direito brasileiro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a referência ao conceito de mínimo existencial quando se trata do tema da exigibilidade judicial dos direitos sociais. Percebe-se, especialmente nas decisões judiciais, que mesmo os intérpretes que não adotam expressamente a redução do caráter de fundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, muitas vezes a ele recorrem com o propósito de reforçar seus argumentos em prol da satisfação judicial de prestações materiais positivas, manejando o conceito sem precisão teórica e confundindo o seu conteúdo com o dos direitos sociais.

A intenção deste tópico é, pois, analisar de maneira um pouco mais aprofundada a tratativa doutrinária e jurisprudencial acerca do direito ao mínimo existencial, perquirindo a sua formulação conceitual e esclarecendo a sua relação com os direitos sociais, para delinear com maior clareza as distinções e os pontos de contato entre eles. Objetiva-se, com isso, contribuir para a diminuição do emprego indiscriminado da categoria do mínimo existencial, cada vez mais comum no Brasil, ora para o propósito de nele inserir toda e qualquer prestação vinculada a um direito social, ora para justificar a rejeição de realização judicial de direitos sociais, sob o argumento de não estarem nele incluídos.

Destaque-se, desde logo, que não se pretende esgotar o assunto, investigando as raízes filosóficas do conceito, todas as suas possíveis fundamentações<sup>291</sup> e os seus diversos desdobramentos jurídicos.<sup>292</sup> O escopo limita-se ao tema central do capítulo, que diz respeito às relações do mínimo existencial com a jusfundamentalidade dos direitos sociais.

Em um primeiro momento, serão traçadas algumas precisões teóricas a respeito do *conteúdo*, da *forma de aplicação* e da *finalidade* do conceito de mínimo existencial em matéria de direitos fundamentais sociais (2.2.1.). Em seguida, o objetivo será sustentar que, por exigência de um constitucionalismo igualitário, imprescindível para a promoção do desenvolvimento social, decorre da Constituição brasileira o dever estatal de garantir ao cidadão a integralidade do

---

<sup>290</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 98-99; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 262-263.

<sup>291</sup> Sobre os fundamentos teóricos e filosóficos do mínimo existencial, explorando de forma aprofundada as distintas concepções de John Rawls (“defesa do mínimo social”), Friedrich Hayek (“garantia de uma renda mínima”), Michael Walzer (“proteção universal e comunitária de direitos mínimos”), Jürgen Habermas (“a autonomia requer direitos básicos”) e Carlos Santiago Nino (“condições materiais decorrentes da autonomia”), ver: HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros.** Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 12-41. Para uma análise mais sintética das fundamentações de John Rawls, Robert Alexy, Jürgen Habermas e Phillippe Van Parijs: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 54-62. O tema foi também explorado por: BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>292</sup> Para uma análise completa do mínimo existencial e de seus diversos desdobramentos jurídicos, ver: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 179-298.

conteúdo dos direitos fundamentais sociais, compreendendo o mínimo existencial como um *piso mínimo*, e não como um *teto máximo* (2.2.2.). Com isso, pretende-se responder à questão suscitada no subitem 1.3.2. (“*A Administração Pública deve garantir o mínimo existencial ou a integralidade dos direitos fundamentais sociais?*”), à luz da concepção de justiça social inscrita da Constituição vigente.

### 2.2.1. *Precisões teóricas acerca do mínimo existencial: conteúdo, forma de aplicação e finalidade no campo dos direitos sociais*

Levando em consideração a tendência contemporânea de um *Direito Administrativo social*, nos termos indicados no subitem 1.3.2, resta a indagação: o mínimo existencial, quando utilizado como critério de sindicabilidade *judicial* dos direitos econômicos e sociais, deve ser encarado como um *piso mínimo* ou como um *teto máximo*? E quanto à exigibilidade *administrativa* desses direitos, pode o mínimo existencial ser empregado como critério para limitar os deveres de atuação da Administração Pública?

Em outras palavras: tais direitos são fundamentais e imediatamente aplicáveis apenas na medida do necessário para assegurar o mínimo existencial, permitindo-se exigir do Estado somente as prestações imprescindíveis à garantia de condições mínimas de existência digna, ou sua jusfundamentalidade ultrapassa esse patamar mínimo, sendo possível postular ações estatais que o superem e visem a realizar os direitos econômicos e sociais em sua máxima medida?

Diante das divergências doutrinárias e imprecisões teóricas que assombram o tema, para se desenvolver um raciocínio lógico é preciso fazer alguns esclarecimentos prévios, quanto: **(a)** às suas *origens*; **(b)** ao seu *conceito*; **(c)** aos seus *fundamentos jurídicos*; **(d)** à delimitação do seu *conteúdo*; **(e)** à sua *forma de aplicação*; **(f)** à sua *finalidade* em termos de reivindicação de direitos sociais. As grandes polêmicas e confusões a propósito do tema situam-se nos três últimos aspectos, que reclamam atenção redobrada.

**(a)** As *origens* da noção de mínimo existencial podem ser analisadas tanto sob o prisma negativo, da defesa do indivíduo contra intervenções estatais que dele subtraíam os meios essenciais para sua sobrevivência com dignidade, quanto sob a óptica positiva, relativa à necessidade de prestações do Poder Público destinadas a propiciar condições materiais de existência digna.

Enfrentando o tema sob ambas as perspectivas, Ricardo Lobo Torres sintetiza a problemática do mínimo existencial relacionando-a com a questão da pobreza e da cobrança de tributos pelo Estado. Com a superação do Estado Patrimonial, em que a classe pobre da população estava sujeita ao pagamento de tributos, no Estado de Polícia inicia-se a previsão da imunidade do mínimo existencial, afastando do âmbito de incidência fiscal as pessoas destituídas de condições financeiras mínimas para a sua subsistência. No Estado Fiscal de Direito amplia-se a imunidade do mínimo existencial em relação aos impostos, aliada à teoria da tributação progressiva, estendendo-se também às taxas, admitindo-se prestações estatais positivas (educação, assistência médica, etc.) independentemente de contrapartida pecuniária. E no Estado Social Fiscal, correspondente à fase do Estado de Bem-Estar Social, a proteção deixa de limitar-se ao mínimo existencial, alargando-se no sentido de impor ao Estado mecanismos de proteção dos direitos sociais.<sup>293</sup>

<sup>293</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial... Op. Cit.*, p. 3-7.

Sob o prisma positivo, referente ao dever estatal de implementar prestações materiais aos necessitados, costuma-se afirmar que o reconhecimento pioneiro de um direito fundamental às condições mínimas de existência digna deu-se jurisprudencialmente na Alemanha, onde teve a sua “primeira importante elaboração dogmática”<sup>294</sup>. De acordo com Ingo Sarlet, o primeiro jurista alemão no período Pós-Guerra a identificar um direito ao mínimo existencial foi Otto Bachof. A formulação baseava-se no princípio da dignidade humana, partindo da ideia de que a sua realização plena não dependia apenas da salvaguarda da liberdade, mas, igualmente, de um mínimo de segurança social, uma vez que o indivíduo despido de recursos materiais que lhe permitissem viver adequadamente não teria sua dignidade respeitada. Um ano depois da formulação do citado autor tedesco, em 1954, o Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu a um cidadão carente o direito subjetivo a recursos materiais propiciados pelo Estado,<sup>295</sup> lastreando-se no princípio da dignidade humana, e nos direitos à vida e à liberdade.<sup>296</sup> No ano de 1975, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu, também, a existência do direito ao mínimo para uma existência digna como direito fundamental do cidadão.<sup>297</sup>

O contexto constitucional alemão deve ser esclarecido, para uma adequada compreensão do seu pioneirismo no reconhecimento jurisprudencial do direito ao mínimo existencial. A Constituição alemã – Lei Fundamental de Bonn de 1949 – não prevê um rol expresso de direitos sociais típicos, afora a proteção da maternidade e dos filhos, bem como o dever de atuação estatal em prol da compensação das desigualdades fáticas relativas à discriminação das mulheres e dos portadores de deficiências (embora alguns sequer considerem estes como direitos sociais).<sup>298</sup> Assim, não há na Alemanha, tal como existe no Brasil, um rol sistemático de direitos sociais como saúde, educação, assistência social, etc., fato que alguns autores reputam à má experiência da Constituição de Weimar de 1919. Para os alemães, sua Constituição anterior – reconhecida internacionalmente como uma das pioneiras, juntamente com a Constituição mexicana de 1917, na incorporação de direitos sociais – é encarada como um modelo “fracassado”,<sup>299</sup> que inclusive contribuiu para a tomada de poder pelos nazistas.<sup>300</sup>

<sup>294</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

<sup>295</sup> ALEMANHA. *BVerwGE* 1, 159 (161 e ss.), 24.06.1954.

<sup>296</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 317-318; BITTENCOURT NETO, Eurico. *Op. Cit.*, p. 55; HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros...** *Op. Cit.*, p. p. 45-46.

<sup>297</sup> Observe-se trecho da decisão: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isso inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”. A tradução foi extraída de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 318.

<sup>298</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>299</sup> Um dos motivos que explica essa crítica é fato de que, para autores como Carl Schmitt, a Constituição de Weimar “possuía em seu texto inúmeros compromissos e obscuridades que não levavam a decisão alguma, mas, pelo contrário, cuja decisão havia sido adiada. Estes compromissos, por ele denominados ‘compromissos dilatórios’ (...), fruto das disputas partidárias que adiaram a decisão sobre certos temas, apenas gerariam confusão ao intérprete”. Para Schmitt, essa espécie de compromisso se mostrava especialmente perceptível no âmbito dos “direitos fundamentais, cuja garantia seria debilitada com a inscrição de programas de reforma social de interesse de certos partidos políticos entre os direitos propriamente ditos”. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38-39.

Essa ausência de direitos sociais na Constituição alemã contribuiu para uma certa convergência doutrinária em torno da ideia de que o Estado deve garantir aos cidadãos um “mínimo social”, entendendo-se que seria possível extrair, diretamente da Lei Fundamental e independentemente de previsão legislativa, um direito subjetivo originário a prestações que proporcionem condições mínimas de existência digna. Não se trataria de um nível otimizado de prestações condizentes com a justiça distributiva exigível em um Estado Social, mas tão-somente de um mínimo necessário à proteção da dignidade humana e das satisfações elementares imprescindíveis para o exercício das liberdades fundamentais. E foi com base nisso que os mencionados tribunais reconheceram, de forma pioneira, o direito ao mínimo existencial, alicerçado nos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Social e no direito à vida.<sup>301</sup> Posteriormente, outras Cortes Constitucionais proferiram importantes decisões concedendo o direito ao mínimo para uma existência digna,<sup>302</sup> mesmo em ordenamentos jurídicos que consagram direitos fundamentais sociais em suas Constituições.

(b) Observadas as origens do direito ao mínimo existencial, insta examinar o seu *conceito*. Ele pode ser definido como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas”<sup>303</sup>. Como dito linhas atrás, do ponto de vista negativo ele impede investidas do Poder Público que visem a subtrair do indivíduo os meios necessários a assegurar a sua subsistência com dignidade. Sob a óptica positiva, ele corresponde ao “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual”, que permita a participação democrática dos cidadãos nas esferas de deliberação pública, possibilitando-lhes o livre desenvolvimento de sua personalidade.<sup>304</sup>

Seu conteúdo encontra-se intimamente ligado ao teor do princípio da dignidade da pessoa humana. Embora com diferentes graus de vinculação, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, atrai o conteúdo dos direitos fundamentais,<sup>305</sup> exigindo e pressupondo o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as espécies.<sup>306</sup> Há uma relação de complementaridade entre eles, já que os direitos individuais, civis e políticos, requerem a garantia de condições materiais mínimas para o seu exercício, proporcionadas pelos direitos sociais, de modo que todos conjuntamente promovem a

<sup>300</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...** *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>301</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 80-81.

<sup>302</sup> Para uma evolução do reconhecimento do direito ao mínimo existencial pelo Tribunal Constitucional português, com referências aos diversos acórdãos que trataram do tema, desde 1983 (à época “Comissão Constitucional portuguesa”, posteriormente substituída pelo Tribunal Constitucional), conferir: BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 92-96. Sobre a identificação do referido direito na jurisprudência colombiana: ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Bogotá: Ediciones Uniandes – Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2000. Referências sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol a propósito da matéria podem ser encontradas em: MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego. **La protección del mínimo existencial en el IRPF**. Madrid: Colex, 1996. p. 51 *et seq.*

<sup>303</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>304</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

<sup>305</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, Rio de Janeiro, p. 89-84, abr./jun. 1998. p. 92.

<sup>306</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana...** *Op. Cit.*, p. 85.

dignidade humana.<sup>307</sup> Por conseguinte, do princípio da dignidade humana derivam, concomitantemente, a obrigação de não-violação e o dever de promoção e proteção.

No entanto, conquanto a dignidade humana possa ser promovida em maior ou menor grau, conforme a intensidade da proteção aos direitos fundamentais, é possível identificar uma linha abaixo da qual não há dignidade, que pode decorrer não de uma violação ativa, mas omissiva, por parte do Estado, de proporcionar ao indivíduo garantias mínimas de existência digna. Do mesmo modo como há um consenso social em relação ao desrespeito à dignidade provocado por determinadas ações (v.g., prática de tortura), deve haver um consenso social acerca da transgressão do mesmo princípio quando a omissão do Poder Público importar uma situação de flagrante indignidade. É disso que se trata o mínimo existencial: do “núcleo material do princípio da dignidade humana”,<sup>308</sup> o qual, quando desrespeitado pela negligência estatal, gera uma violação consensual da dignidade do ser humano.<sup>309</sup>

Isso não significa que o direito em questão limite-se à garantia de uma simples sobrevivência física (*mínimo fisiológico*), ou seja, ao combate à pobreza absoluta. Ele deve compreender não apenas prestações que possibilitem a mera existência, mas também a fruição dos demais direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade do seu titular. Nesse influxo, ele englobaria também o chamado *mínimo existencial sociocultural*, que além de assegurar a satisfação das necessidades básicas para a sobrevivência individual (fundamentando-se no direito à vida), possibilita ainda a inserção do cidadão na vida social (lastreando-se nos princípios do Estado Social e da igualdade material).<sup>310</sup> O mínimo existencial, nessa medida, distingue-se do mero *mínimo vital*.<sup>311</sup>

De outra parte, sublinhe-se que o direito ao mínimo existencial também não coincide integralmente com o conteúdo do direito à vida, que é dotado de extensão muito maior. Para que a vida seja garantida é necessário, pelo menos, assegurar o mínimo existencial. Mas ele, por si só, não importa promoção do direito à vida em sua plenitude.<sup>312</sup> O mesmo se diga em relação ao princípio da dignidade humana: o seu conteúdo não se esgota no mínimo existencial. Para concretizar a dignidade da pessoa humana em sua máxima potencialidade, é necessário o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais através de um amplo conjunto de abstenções e ações estatais positivas, tais como: (i) criação de normas que coíbam a atuação de terceiros que violem a dignidade, como as normas penais que sancionam ofensas às liberdades, ou as normas trabalhistas que impedem a exploração da força de trabalho que atente contra a dignidade humana; (ii) a vedação de penas cruéis e degradantes pelo próprio Estado; (iii) a criação de mecanismos de participação popular nas tomadas de decisão política; entre outros.

<sup>307</sup> Tome-se, como exemplo, o direito à liberdade de expressão, que só poderá ser plenamente exercido se o seu titular souber e puder ler e escrever, gozando respectivamente dos direitos à educação e à saúde, dentre outros.

<sup>308</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 247. No mesmo sentido, Eurico Bittencourt Neto refere-se ao mínimo existencial como uma “reserva de eficácia material” do princípio da dignidade da pessoa humana. BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 115.

<sup>309</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 243.

<sup>310</sup> Jorge Reis Novais diferencia os autores que restringem o mínimo existencial a um mínimo vital ou fisiológico, de outros que nele englobam o mínimo sócio-cultural. Cf.: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 195.

<sup>311</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 22. Na mesma esteira, José Carlos Francisco entende que o mínimo existencial não engloba apenas o vital, fisiológico, “pois a concretização da dignidade humana impõe que essa existência seja em padrões dignos viabilizados por meios que assegurem a realização da natureza humana e a convivência social”. FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 859.

<sup>312</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 37.

Logo, a proteção da dignidade humana não se dá apenas através do direito ao mínimo existencial, mas ele consiste em um dos instrumentos para assegurar, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade.<sup>313</sup>

(c) Quanto aos *fundamentos jurídicos* sobre os quais se assenta o direito em apreço, há consenso generalizado no sentido de que ele independe de expressa previsão constitucional ou legal.<sup>314</sup> Cuida-se de direito fundamental implícito no tecido constitucional, derivado, segundo a maior parte dos autores, do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>315</sup> Costuma-se referir, também, ao direito à vida<sup>316</sup>, aos princípios da igualdade material e da solidariedade social,<sup>317</sup> à cláusula do Estado Social<sup>318</sup>, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tal como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais, e aos direitos de liberdade (eis que, sem condições materiais de existência, as liberdades fundamentais não podem ser exercidas).<sup>319</sup>

No ordenamento constitucional brasileiro há uma cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, inserta no art. 5º, §2º da CF, segundo a qual: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Admite-se, pois, a existência de direitos *materialmente* fundamentais, em virtude da proximidade do seu conteúdo com a essência da Constituição e dos demais direitos *formalmente* fundamentais, previstos no rol formalizado no Título II da Lei Maior.<sup>320</sup> Portanto, não há maiores dificuldades em se reconhecer o direito ao mínimo existencial como direito fundamental, dada a sua evidente relação com os princípios constitucionais acima mencionados e com o regime democrático adotado pela Lei Fundamental de 1988.

(d) No que tange ao *conteúdo* do direito fundamental ao mínimo existencial, há também consenso doutrinário quanto à sua variabilidade no tempo e no espaço. Entende-se, desse modo, que as condições necessárias para garantir uma existência minimamente digna não são idênticas em todos os países e em todos os momentos históricos, devendo-se levar em consideração, para identificá-las, os padrões e o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade que estiver em questão.<sup>321</sup>

<sup>313</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 117-118.

<sup>314</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 25; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 27; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>315</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 106; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 243 *et seq*; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 320; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 149-153; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 99-103.

<sup>316</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>317</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 103-113.

<sup>318</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 133.

<sup>319</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 8; 140-143.

<sup>320</sup> Sobre o reconhecimento de direitos *materialmente* fundamentais, ver, na literatura jurídica portuguesa, as lições de: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 75-97. No Direito brasileiro, o tema é extensamente explorado por: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 78-140. e SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa...** *Op. Cit.*, p. 98-109.

<sup>321</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 21; KRELL, Andreas J. **Direitos Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...** *Op. Cit.*, p. 63; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e**

Há, no entanto, um ponto de divergência no tocante ao conteúdo do mínimo existencial. Ainda que se admita, em geral, a sua variabilidade no tempo (modifica-se conforme a época em análise) e no espaço (transforma-se de acordo com o país em apreço), há pelo menos duas correntes distintas quanto à fixação desse conteúdo: aquela que aqui se denominará de *conteúdo determinável no caso concreto*, para a qual o mínimo existencial carece de conteúdo específico, e seus contornos só podem ser delimitados no caso concreto, diante das circunstâncias fáticas e das necessidades da pessoa sob exame; e aquela que será apelidada de *rol constitucional preferencial*, segundo a qual, embora varie conforme os momentos históricos e os diferentes Estados, o conteúdo do mínimo existencial pode ser definido a partir de um elenco preferencial, aprioristicamente fixado com base em elementos extraídos de cada sistema constitucional positivo, em um contexto temporalmente determinado.

A vasta maioria dos autores expressa concordância com o primeiro entendimento: a delimitação da essência do mínimo existencial deve ser realizada em cada caso concreto, submetido à apreciação do Estado. Para rejeitar a fixação *a priori* de um conjunto de prestações materiais imprescindíveis para assegurar uma vida minimamente digna, a doutrina majoritária aponta para as díspares necessidades que cada indivíduo pode apresentar, mesmo dentro de um determinado país e em um momento histórico temporalmente definido. É o caso de Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, Eurico Bittencourt Neto, José Carlos Francisco, Cláudia Honório e Rogério Gesta Leal.<sup>322</sup>

Consoante este último autor, o mínimo existencial ostenta uma natureza relacional em face do tempo e do espaço, variando o seu conteúdo, *v.g.*, se comparadas as realidades dos países africanos com a da Suíça. O mesmo ocorreria internamente em cada Estado, exemplificando com as variações entre as necessidades existentes no interior dos Estados do Maranhão e da Paraíba com a situação de Estados como o Rio Grande do Sul e Santa Catarina. O jurista acena para as dessemelhanças em termos de quantidade e natureza das prestações que cada indivíduo, nessas diferentes conjunturas, pode precisar para viver dignamente, e chega a incluir como fatores que influenciam nessa variabilidade os eventos provocados por causas fortuitas ou de força maior (*v.g.*, desastres naturais), que, no seu entender, podem alterar radicalmente a especificidade do mínimo existencial para cada cidadão.<sup>323</sup>

Os adeptos dessa corrente tentam, ao menos, sugerir indicativos mínimos extraídos da experiência e de textos normativos nacionais e internacionais, que serviriam como parâmetros para a averiguação das condições materiais de existência digna em cada situação concreta. Andreas J. Krell entende que, conquanto variem os contornos concretos do mínimo existencial, nele está incluindo “sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”.<sup>324</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, mencionando um conteúdo de caráter ilustrativo, refere-se à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aos aspectos essenciais do direito ao

---

**possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 93; FRANCISCO, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 860; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 119.

<sup>322</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 13; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 26-27; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 121; FRANCISCO, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 860; HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros...** *Op. Cit.*, p. 261-266; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>323</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>324</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...** *Op. Cit.*, p. 63.

trabalho e da proteção do trabalhador, à alimentação, ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água, saneamento básico, transporte, energia elétrica, e o direito a uma renda mínima.<sup>325</sup>

Extraíndo esses indicativos do texto constitucional brasileiro, Eurico Bittencourt Neto toma como um dos exemplos de parâmetro o art. 7º, IV, da Constituição Federal, que assegura ao trabalhador brasileiro um “salário mínimo (...) capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. A partir dessa norma, reputa que na sociedade brasileira atual será indispensável para existir dignamente a garantia de “alimentação, moradia, ensino fundamental, saúde básica, vestuário, além do acesso à Justiça, direito instrumental indispensável à eficácia dos direitos fundamentais”.<sup>326</sup> Com apoio nesses parâmetros, entende que devem ser avaliadas, caso a caso, as necessidades específicas do indivíduo e o nível de satisfação exigível para se considerar respeitada a sua dignidade.

Víctor Abramovich e Christian Courtis colhem de normas internacionais protetivas de direitos humanos os elementos indicativos de uma vida humana minimamente digna. Explicam os autores que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas reconhece a obrigação dos Estados de garantir níveis essenciais dos direitos sociais. Cuida-se de uma “obrigação mínima dos Estados de garantir pelo menos níveis essenciais de cada um dos direitos”, a qual retrata um ponto de partida no caminho voltado à plena efetividade desses direitos. O Comitê tentou definir o conteúdo básico de alguns dos direitos previstos pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>327</sup>.<sup>328</sup> Em matéria de *direito à saúde*, estaria compreendida a atenção primária básica da saúde, que englobaria: (i) acesso aos centros, bens e serviços de saúde, sem qualquer tipo de discriminação negativa, notadamente aos mais carentes; (ii) acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada, segura e que assegure que ninguém morrerá de fome; (iii) acesso a um lar, uma moradia e condições sanitárias básicas, bem como fornecimento de água limpa potável; (iv) facilitação de medicamentos essenciais, em conformidade com as determinações periódicas do Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da Organização Mundial da Saúde; (v) distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde; entre outros. Em matéria de *direito à educação*, a obrigação mínima envolveria: (i) garantir o direito de acesso as instituições e programas de educação pública sem qualquer discriminação; (ii) proporcionar educação primária a todos, com acesso universal; (iii) adotar e aplicar uma estratégia nacional de educação que

<sup>325</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** p. 321.

<sup>326</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 121-122.

<sup>327</sup> O referido pacto foi adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Sobre a tutela internacional dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, conferir: PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-262. e MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 215-232.

<sup>328</sup> Buscando também em disposições internacionais o conteúdo do mínimo existencial, particularmente no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: SAGGESE, Federico. **El derecho a un nivel de vida adecuado.** Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo. La Plata: Librería Editora Platense, 2009. p. 91-92.



compreenda educação secundária, superior e fundamental; (iv) velar pela livre escolha da educação sem a interferência do Estado ou de terceiros.<sup>329</sup>

Em que pese a adesão majoritária a esse raciocínio, considera-se, aqui, não ser essa a melhor solução para a problemática em tela. É que, embora seja certo que há mutações espaciais e temporais quanto às condições imprescindíveis para se viver dignamente, aceitar um conceito completamente aberto de mínimo existencial (ainda que calcado nos parâmetros mínimos acima oferecidos), suscetível a variações indiscriminadas da sua especificação ao sabor do intérprete, a depender do caso concreto, prejudica a funcionalidade operacional do instituto. Parece ser necessário extrair da sistemática constitucional de cada Estado, em um momento histórico determinado, o conjunto de elementos que se reputa essencial para assegurar uma vida minimamente digna a *todos os cidadãos*, independentemente das agruras e mazelas eventuais que possam acometer a apenas uma parcela de indivíduos. Explica-se.

Retome-se o posicionamento de Rogério Gesta Leal, antes reproduzido. Baseando-se na necessidade que cada indivíduo pode apresentar para sua sobrevivência, entende o jurista que um interesse ou uma carência será “fundamental em nível de mínimo existencial quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte, ou sofrimento grave, ou toca o núcleo essencial da autonomia”.<sup>330</sup> Essa noção, além de demasiadamente aberta, parece ser exageradamente ampliativa, desbordando daquilo que se deve entender como mínimo existencial e prejudicando a funcionalidade dessa categoria como critério de definição das prestações materiais que não podem ser negadas pelo Poder Judiciário. Conforme observa Ana Paula de Barcellos, “se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma”, uma vez que quase toda prestação de saúde é capaz de encaixar-se nessa definição, dado que “é exatamente para tentar evitar a morte, a dor ou o sofrimento que elas foram desenvolvidas”.<sup>331</sup> A noção de mínimo existencial deve ser mais restrita e bem delimitada, para impedir que toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social possa nele se ver incluída.

A adoção de um critério tão vago e ampliativo conduz ao posicionamento que rejeita a possibilidade de se exigir judicialmente toda e qualquer prestação vinculada ao mínimo existencial, o que resulta num retrocesso justamente em relação àquilo que a formulação desse conceito pretendia avançar: formar uma categoria jurídica capaz de potencializar a exigibilidade imediata da parcela dos direitos sociais essencial à garantia de uma vida minimamente digna, afastando com isso a lógica de refutação generalizada da justiciabilidade dos direitos sociais e de negação da sua jusfundamentalidade.

Note-se que o autor supracitado, apoiando-se no conceito alargado acima exposto, aduz que deve ser relativizada a ideia segundo a qual “*uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo existencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional*”. Aceita, dessa forma, que mesmo em se tratando de prestações relacionadas ao mínimo existencial, o desequilíbrio entre a infinidade de demandas

<sup>329</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales...** *Op. Cit.*, p. 89-90.

<sup>330</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 103.

<sup>331</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 803-804.

existentes e a finitude dos recursos para satisfazê-las poderá levar “ao não atendimento integral e absoluto de direito fundamental individual ou social, exatamente para não violar de forma mais impactante direitos coletivos e difusos contrastantes”.<sup>332</sup> O jurista exemplifica, então, com casos extremos por ele apreciados na via jurisdicional, que envolvem o direito à saúde, considerando, ao que tudo indica, que embora se tratasse de direito necessário à satisfação do mínimo existencial (porque imprescindível à sobrevivência do jurisdicionado), a sua concessão foi negada.<sup>333</sup> Todavia, nos casos citados, parece que, diferentemente do que considerou o autor, *não se tratavam de direitos incluídos no mínimo existencial*.

Os critérios da sobrevivência e da atenuação do sofrimento do indivíduo, embora relacionados com a categoria em discussão, não são definitivos para inserir determinada prestação entre aquelas situadas na esfera do mínimo existencial. Isso porque, repise-se, colhendo-se o exemplo do direito à saúde, praticamente todos os tratamentos e medicamentos são criados para evitar a morte e eliminar a dor experimentada pelo cidadão. Por esse motivo, impende salientar que *admitir a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial não significa aceitar a ideia de que o Estado deve manter todos os cidadãos vivos o tempo todo, protegendo cada um, singularmente, contra toda e qualquer intempérie da vida, especialmente pela via judicial*.

É precisamente em face dessa problemática que outros autores – filiados à corrente aqui batizada de *rol constitucional preferencial* – sem deixar de reconhecer a mutabilidade do mínimo existencial no tempo e no espaço, consideram que o seu conteúdo pode ser previamente tracejado a partir de um elenco preferencial (ainda que não completamente infenso a mudanças), extraído da ordem de prioridades definida pelas decisões político-jurídicas fundamentais do constituinte de cada Estado, em um momento histórico delimitado. Ou seja: julgam que as condições mínimas de existência digna não são totalmente variáveis e integralmente dependentes das necessidades de cada cidadão em sua situação concreta e singular, abarcando toda e qualquer prestação exigível para mantê-lo vivo e protegido contra qualquer sofrimento. Partem das prioridades emanadas de cada Constituição, para definir o conjunto de prestações básicas que deve ser assegurado a todos os indivíduos, indistintamente, permitindo-lhes viver de modo minimamente digno e desenvolver livremente a sua personalidade. Parece ser essa a melhor resposta para a temática em epígrafe.

Tal posição encontra sua principal formulação na original proposta desenvolvida por Ana Paula de Barcellos. A construção dogmática dos contornos do mínimo existencial elaborada pela autora traduz-se na identificação dos dispositivos constitucionais que afetam diretamente o núcleo material da dignidade da pessoa humana. Destaque-se, desde já, que a jurista sublinha que a sua proposição quanto ao conteúdo do mínimo existencial veicula um parâmetro preferencial e

---

<sup>332</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 104.

<sup>333</sup> Entre os exemplos invocados pelo autor, está o de um postulante que requeria a concessão gratuita de medicamento para artrite reumatóide, com custo de R\$10.200,00 por mês. O quadro clínico não demonstrava gravidade e perigo de vida, nem a imprescindibilidade daquele medicamento para o tratamento (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul*. Agravo de Instrumento nº 70013407242, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, julgado em 12.01.2006). Refere-se também ao caso de um requerente que pleiteava remédio especial para hepatite crônica, com custo aproximado de R\$ 55.000,00, o que representava 1300% a mais do que o valor do remédio convencional (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul*. Agravo de Instrumento nº 70013844980, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, julgado em 16.03.2006). Cf.: LEAL, Rogério Gesta. *Op. Cit.*, p. 104.

não absoluto, que deve ser rediscutido em função de transformações fáticas e jurídicas. E não se trata de uma escolha aleatória, pois funda-se no texto constitucional.<sup>334</sup>

As disposições constitucionais da Lei Fundamental de 1988 consistentes no mínimo existencial são reunidas sistematicamente por Ana Paula de Barcellos em quatro grupos, três de natureza material e um de caráter instrumental: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Sua explicação assenta-se em um raciocínio lógico. A saúde e a educação ensejam um primeiro momento da dignidade humana, garantindo condições iniciais para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade de forma autônoma. Ademais, a educação configura um pressuposto para a participação do cidadão no Estado e para o exercício da cidadania. A assistência aos desamparados, prestada concomitantemente com os outros dois, tem por escopo evitar a indignidade absoluta, proporcionando condições materiais essenciais ao indivíduo, tais como vestuário, alimentação e abrigo, caso ele não possa assegurá-las por si mesmo. O acesso à justiça, finalmente, revela-se como instrumento fundamental para proporcionar a garantia dos outros três, quando deixarem de ser observados pelo Estado.<sup>335</sup> O importante, em suas lições, é compreender em que extensão cada um desses direitos encontra-se protegido pelo mínimo existencial.

Quanto à educação, o mínimo existencial engloba apenas as prestações referentes à chamada “educação básica”, compreendida pela Constituição como obrigatória e gratuita, nos termos do art. 208, I, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 59/2009.<sup>336</sup> Essa “educação básica”, cujo acesso gratuito deve ser proporcionado pelo Poder Público por imposição constitucional, engloba, de acordo com o art. 21, I da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), a educação infantil<sup>337</sup>, o ensino fundamental<sup>338</sup> e o ensino médio<sup>339</sup>. O acesso à educação superior encontra-se fora da proteção do mínimo existencial, embora esteja englobado no direito fundamental social à educação, quando considerado em sua plenitude. Relembre-se que não se está tratando aqui das condições ideais do desenvolvimento humano, mas sim das condições para uma vida minimamente digna, que não requerem necessariamente altos níveis de escolaridade, embora seja desejável o seu alcance progressivo.<sup>340</sup>

Assim, por integrar o conteúdo do mínimo existencial, o indivíduo poderá exigir judicialmente o acesso gratuito a uma vaga em escola pública, nos três níveis educacionais que integram a “educação básica”. Constitui, segundo o §1º do art. 208 da CF, “direito público subjetivo”, cujo não-oferecimento pelo Poder Público “importa responsabilidade da autoridade

<sup>334</sup> BARCELLOS, Ana Paulade. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 300-302.

<sup>335</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 302-303.

<sup>336</sup> Observe-se que na primeira edição de sua obra, Ana Paula de Barcellos afirmava que em matéria de educação, o mínimo existencial limitava-se à garantia de acesso gratuito ao “ensino fundamental”, não englobando o “ensino médio”. Isso porque, à época, o art. 208, I da Constituição estabelecia que o ensino gratuito e obrigatório restringia-se ao “ensino fundamental”, não incluindo o ensino médio. Com a Emenda Constitucional nº 59/2009, foi alterada a redação do dispositivo, que passou a contemplar toda a “educação básica”, que engloba a “educação infantil”, o “ensino fundamental” e o “ensino médio”, como obrigatória e gratuita. Como sua proposta é delineada com fulcro no texto constitucional, que reflete as prioridades políticas elegidas constituinte, a autora alterou a sua proposta, demonstrando, com isso, que a sua proposta de mínimo existencial não é absoluta e infensa às transformações fáticas e jurídicas de determinado Estado. Cf.: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 262.

<sup>337</sup> Oferecida em creches ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade (art. 30, I e II da Lei nº 9.394/1996).

<sup>338</sup> Com duração de 9 anos, iniciando-se aos 6 anos de idade, voltado à formação básica do cidadão (art. 32, *caput* da Lei nº 9.394/1996).

<sup>339</sup> Etapa final da “educação básica”, com duração mínima de 3 anos (art. 35, *caput* da Lei nº 9.394/1996).

<sup>340</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 303-308.

competente” (art. 208, §2º, CF). A inexistência de condições fáticas (recursos materiais e humanos) para oferecer as vagas faltantes autoriza o juiz a compelir o Estado a custear o ensino em uma escola privada, com padrão e custos similares, até que a Administração esteja em condições de prestar o serviço público adequadamente.<sup>341</sup>

Em relação à saúde, exsurge flagrante dificuldade em delimitar quais prestações devem ser incluídas no mínimo existencial, visto que em um sem número de casos, a proteção da saúde do cidadão não comporta gradações. Sobre o assunto, questiona Barcellos: “O que seria o *mínimo* para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula?”<sup>342</sup> Os obstáculos se agravam quando se percebe que a maior parte das demandas judiciais de custeamento de tratamentos de saúde e de fornecimento de medicamentos não visa ao combate de situações e enfermidades que acometem as pessoas de baixa renda e que são suscetíveis de afetar a maior parte da população, tais como “hipertensão, diabetes, desnutrição, malária, doença de chagas, hepatite A, dengue, cólera, leptospirose, febre tifóide e paratifóide, esquistossomose, infecções intestinais ou ainda para atendimento cardiológico, oftalmológico ou ginecológico preventivo, pré e pós-natal”.<sup>343</sup>

Por isso, como dito linhas atrás, o mínimo existencial não pode abarcar toda e qualquer prestação de saúde que tenha o fito de evitar a dor, o sofrimento, ou mesmo a morte, porque isso implicaria aceitar a concessão judicial de financiamento de tratamentos caríssimos, destinados à cura de doenças raras, não para os representantes da camada pobre da população, mas sim para as classes média e alta, dotadas de informação sobre os seus direitos e sobre a forma de exercê-los, e munidas de condições financeiras para reivindicá-los judicialmente.<sup>344</sup> Prejudica-se, com isso, o financiamento de políticas públicas e serviços públicos de saúde universais, dirigidos à medicina preventiva e mesmo curativa de doenças que afetam a maior parte do povo brasileiro.

Assim como é penoso rejeitar uma demanda judicial de medicamento altamente custoso com fins curativos, tendo como consequência muitas vezes a morte do jurisdicionado, o “que dizer das milhares de mães que morrem no momento do parto porque os hospitais públicos dos três níveis federativos não as assistem? (...) Ou daquelas que morrem em decorrência de doenças relacionadas com a falta de saneamento (...)?”<sup>345</sup> Em última análise, o único ponto distintivo entre o postulante da ação judicial e essas milhares de pessoas repousa sobre o fato de que essas últimas carecem de capacidade de mobilização.<sup>346</sup> Aceitar, portanto, que o Poder Judiciário deve atender ao máximo ao direito à saúde, inclusive em relação às prestações materiais que não estejam previstas na legislação ordinária, faz com que todos custeiem, mesmo que não tenham optado por isso no processo democrático travado no espaço de deliberação pública do Legislativo, as específicas necessidades de alguns poucos, que puderam recorrer à via judicial e lograram decisão favorável.<sup>347</sup>

<sup>341</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 310. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146-147.

<sup>342</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 324.

<sup>343</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde... *Op. Cit.*, p. 807.

<sup>344</sup> De acordo com Clèmerson Merlin Clève, “não pode (...) o cidadão pretender, num país como o nosso, exigir, no caso de padecer de determinada patologia, tratamento no exterior ou um tipo específico de tratamento apenas encontrável em distante rincão, ou uma forma de terapia absolutamente não recomendada pelos órgãos de saúde do país”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 103.

<sup>345</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde... *Op. Cit.*, p. 806.

<sup>346</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem, Ibidem*.

<sup>347</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *Op. Cit.*, p. 324.

Diante dos problemas apontados, Ana Paula de Barcellos pontua que a delimitação do mínimo existencial, na esfera ora analisada, deve restringir-se às *prestações de saúde disponíveis a todos*, afastando-se o critério das melhores ou piores condições de saúde das pessoas para determinar o que deve e o que não deve ser concedido.<sup>348</sup> Assim, as prestações relativas à saúde que fazem parte do mínimo existencial concernem apenas ao que a autora denomina de *saúde básica*. Nos demais casos será necessário que as opções políticas pertinentes à saúde assumam a forma de lei para que a sua realização possa ser pleiteada judicialmente.<sup>349</sup>

O modelo proposto “propugna pela inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde”: de que todos os indivíduos necessitaram (como o atendimento no parto e no pós-natal), necessitam (como o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas especializadas, como cardiológica e ginecológica), ou provavelmente irão necessitar (como o acompanhamento e controle de doenças características da terceira idade, tal qual a hipertensão)<sup>350</sup>.<sup>351</sup> Com isso, faz-se com que todos os indivíduos possam gozar de todas as ações possíveis e necessárias para prevenção e manutenção do seu estado de saúde. Dentro dessa lógica, assegura-se a todo e qualquer cidadão brasileiro o direito subjetivo a esse conjunto comum de prestações de saúde, podendo exigí-los imediatamente perante o Poder Judiciário caso ele não seja promovido de ofício pela Administração Pública. Além, é claro, de todas as demais prestações previstas em leis e atos administrativos (v.g., fornecimento de medicamentos gratuitos de medicina curativa previstos em Portarias do Ministério da Saúde).

A assistência aos desamparados, por seu turno, é composta pelas pretensões que visam a impedir a indignidade em termos absolutos. Compreende os institutos já estabelecidos pela Constituição com essa finalidade (v.g., “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” – art. 203, V), bem como a alimentação, o vestuário e o abrigo.<sup>352</sup> Ana Paula de Barcellos menciona três possíveis formas de prestação de assistência social: (i) pagamento de uma quantia em dinheiro ao necessitado<sup>353</sup>; (ii) fornecimento de prestações assistenciais mediante o sistema de vales, à semelhança do que ocorre com o vale-alimentação e o vale-transporte; (iii) disponibilização dos bens – abrigo, alimentação e vestuário – *in natura*, em estabelecimentos mantidos pelo Poder Público.<sup>354</sup> A autora apresenta, contudo,

<sup>348</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 325-326.

<sup>349</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 322. Na visão da autora, se toda e qualquer prestação de saúde pudesse ser postulada perante o Judiciário, a autoridade pública se eximiria da obrigação de realizar as diretivas constitucionais sob a escusa de aguardar as decisões judiciais, ou até sob a desculpa de que não há recursos para tanto, em função dos gastos com o cumprimento das decisões judiciais.

<sup>350</sup> Conforme exposto pela constitucionalista, desta maneira são respeitadas as quatro prioridades estabelecidas pela Constituição: “(i) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II, e 200 IV); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II)”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 329.

<sup>351</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, 328-329.

<sup>352</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 337.

<sup>353</sup> Como é caso da Lei nº 10.836/2004 (cria o Programa Bolsa-Família), que concede benefícios sociais aos desamparados, em proporções variáveis às necessidades de cada família: “Art. 2º. Constituem benefícios financeiros do Programa, observado o disposto em regulamento: I - o benefício básico, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de extrema pobreza; II - o benefício variável, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição gestantes, nutrizes, crianças entre 0 (zero) e 12 (doze) anos ou adolescentes até 15 (quinze) anos, sendo pago até o limite de 5 (cinco) benefícios por família; III - o benefício variável, vinculado ao adolescente, destinado a unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza ou extrema pobreza e que tenham em sua composição adolescentes com idade entre 16 (dezesesseis) e 17 (dezesete) anos, sendo pago até o limite de 2 (dois) benefícios por família.”

<sup>354</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 338-339.

problemas intrínsecos a cada uma delas.<sup>355</sup> De acordo com o seu entendimento, seja qual for a forma escolhida para se prestar a assistência, deve-se possibilitar aos cidadãos ao menos exigir judicialmente os bens *in natura*, vale dizer, “o Estado deve dispor de um estabelecimento no qual as pessoas necessitadas possam se abrigar à noite, assim como de alguma forma de programa de alimentação e vestuário para esses indivíduos”<sup>356</sup>.

O acesso à justiça, por fim, é o instrumento capaz de assegurar a postulação judicial dos direitos materiais componentes do mínimo existencial. Sua implementação, assim como a das demais prestações referidas, encontra obstáculos, como o custo<sup>357</sup> e a desinformação, que impede o cidadão de ter conhecimento dos seus direitos materiais e da própria estrutura que lhe propiciaria o acesso à Justiça.<sup>358</sup> Consequentemente, o Ministério Público assume importante papel nesta empreitada, por meio da propositura de ações civis públicas que defendam valores vinculados a segmentos marginalizados na sociedade<sup>359</sup>, bem como a Defensoria Pública, no atendimento do direito fundamental à assistência jurídica gratuita, albergado pelo art. 5º, LXXIV da CF<sup>360</sup>.

Feitas essas breves considerações sobre as duas correntes acerca da delimitação do mínimo existencial – *conteúdo determinável no caso concreto e rol constitucional preferencial* – e manifestada a adesão à segunda pelas razões já expendidas, cumpre traçar as linhas de separação entre o mínimo existencial e os direitos sociais. Como visto, aquele não se confunde integralmente com estes. O direito fundamental ao mínimo existencial é composto por porções dos direitos sociais necessárias a proporcionar ao seu titular condições materiais de existência minimamente digna. Ele é um *minus* em relação aos direitos sociais, os quais são providos de um conteúdo mais amplo, que engloba outros deveres – não só de prestação, mas também de abstenção – que ultrapassam a circunscrição do mínimo existencial. Os direitos econômicos e sociais, portanto, não têm por única e exclusiva função a satisfação do mínimo existencial.<sup>361</sup> Enquanto este último visa a “erradicar a pobreza e a marginalização”, aqueles, em sua dimensão máxima, têm por objetivo a “redução das desigualdades sociais e regionais” e “garantir desenvolvimento nacional” na sua dimensão humana.<sup>362</sup> O mínimo existencial dirige-se ao combate da miséria ou pobreza absoluta, ao passo que os direitos econômicos e sociais destinam-se à promoção da igualdade material entre os indivíduos.<sup>363</sup>

<sup>355</sup> Em síntese, refira-se ao problema de o pagamento de um valor em pecúnia poder vir a desestimular o trabalho, bem como à dificuldade de implantação de um sistema de vales pelo Poder Judiciário por si próprio, enquanto ele não é criado pela via legislativa, uma vez que depende de decisões políticas e institucionais.

<sup>356</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, *Idem*, p. 339.

<sup>357</sup> Mais facilmente solucionável através da assistência judiciária gratuita, da institucionalização de Defensorias Públicas e da criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

<sup>358</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, p. 341-349.

<sup>359</sup> Tais como os desempregados (art. 170, VIII, da CF), os desprovidos de teto (art. 23, IX, da CF), os rurícolas sem terra (art. 186 da CF), entre outros. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 794.

<sup>360</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

<sup>361</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 149; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>362</sup> Os termos entre aspas referem-se aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, II e III da Constituição Federal.

<sup>363</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 14-17.

Como antes mencionado, o estabelecimento dessa diferenciação entre o conteúdo do mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais em sua integralidade tem se prestado à definição de um critério de justiciabilidade de condutas estatais positivas. Ocorre que, assim como a questão da definição de conteúdo do mínimo existencial, há também divergências em relação à utilização dessa categoria jurídica como critério de exigibilidade judicial das referidas prestações.

O ponto consensual nessa seara está na aceitação da possibilidade de se postular judicialmente condutas do Poder Público destinadas a suprir necessidades básicas e garantir condições mínimas de existência digna ao cidadão.<sup>364</sup> Vale dizer: se a pretensão jurídica oposta ao Poder Judiciário tratar-se da imposição de comportamentos estatais que integram o conjunto abarcado pelo mínimo existencial, o indivíduo poderá pleiteá-la.<sup>365</sup> Derrubou-se com isso, na dogmática do Direito Público brasileiro, a concepção segundo a qual todas as disposições constitucionais atinentes a direitos econômicos e sociais são normas programáticas, que não outorgariam ao cidadão um direito subjetivo sindicável judicialmente e limitar-se-iam a apontar fins a serem realizados progressivamente pelo Estado, dentro de sua esfera de discricionariedade.

As divergências, por outro lado, centralizam-se em duas polêmicas. A primeira diz respeito à sua **(e) forma de aplicação** (se definitiva, em termos absolutos, ou se relativa, sujeita à ponderação), o que deriva diretamente da identificação de sua estrutura normativa (se *princípio* ou *regra*). A segunda concerne à **(f) finalidade** do mínimo existencial como critério de justiciabilidade de prestações positivas: para alguns, ele serve para definir apenas o mínimo exigível pela via judicial, devendo-se reconhecer a sindicabilidade de direitos sociais para além do seu campo de abrangência; para outros, ele se presta a determinar o máximo que se pode postular perante o Judiciário, devendo-se negar a concessão de prestações de direitos sociais que o extrapolem.

**(e)** Em relação ao primeiro foco de dissenso, ligado à *forma de aplicação* e estrutura normativa do mínimo existencial, há autores que lhe imprimem a natureza de *regra* jurídica, aplicável consoante a lógica do “tudo ou nada” (corrente que se chamará de *mínimo existencial*

<sup>364</sup> Foi dito ponto de “consenso” e não “unanimidade” porque, da bibliografia consultada, a única posição aparentemente dissonante foi a de José Carlos Vieira de Andrade. O autor, em que pese reconheça sem qualquer reticência a existência do direito a condições mínimas de existência digna na Constituição Portuguesa, limita a sua aplicação imediata à dimensão negativa: ainda que não esteja legalmente regulamentado, esse direito pode ser invocado desde logo apenas para proibir a intervenção estatal no mínimo existencial, seja proibindo execuções (v.g., proibição da penhora para satisfação de créditos), seja vedando tributação sobre o rendimento necessário a uma vida minimamente digna. No entanto, parece não aceitar que o indivíduo possa exigir, positivamente, prestações estatais voltadas a propiciar condições materiais de existência com dignidade, enquanto não estiverem regulamentadas pela legislação. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 404.

<sup>365</sup> Nesse sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 106-107; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 84 e 87-89; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 321-322 e 350-351; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 243; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 578-579; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 100 e 103; AMARAL, Gustavo. **Direitos, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 211-216; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 133; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 130-131; MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...** *Op. Cit.*, p. 76-77; HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros...** *Op. Cit.*, p. 58 e 61.

*definitivo*), ao passo que outros lhe emprestam o caráter de *princípio* jurídico, entendendo que o seu comando impõe a sua realização na máxima medida possível, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes (vertente que se denominará de *mínimo existencial prima facie*).<sup>366</sup>

Para o primeiro grupo, do *mínimo existencial definitivo*,<sup>367</sup> a aplicação do mínimo existencial impõe-se à maneira das *regras* jurídicas, nos termos propostos por Ronald Dworkin, isto é, conforme a lógica do “tudo-ou-nada”.<sup>368</sup> Nesse sentido, por compor a noção de dignidade da pessoa humana de um modo tão fundamental, a exigibilidade do mínimo existencial não poderia ser afastada num embate com outros argumentos jurídico-normativos. Sua aplicação deve ser feita em termos absolutos, independentemente das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Desta sorte, quando postulado perante o Judiciário, mesmo diante de outras normas jurídicas que apontem no sentido contrário à concessão da demanda pleiteada – tais como o princípio da separação de poderes, o princípio democrático, o princípio da legalidade orçamentária, e o argumento da reserva do possível – o mínimo existencial deverá prevalecer.<sup>369</sup>

A corrente compreende o direito ao mínimo existencial como uma “exceção à clássica distribuição de funções em um Estado democrático”, no qual o estabelecimento de prioridades e a tomada de decisões políticas acerca da distribuição de recursos compete primariamente à função legislativa. Ele se apresenta como o “trunfo principal” capaz de fazer ceder a legitimidade democrática das escolhas políticas do legislador, em favor da legitimidade constitucional da ação jurisdicional.<sup>370</sup> Sua incidência dá-se pelo método da subsunção, não podendo ser objeto de ponderação, uma vez que seu conteúdo coincide com o núcleo essencial irredutível dos direitos fundamentais, insuscetível de sopesamento.<sup>371</sup> Não se trata, na verdade, de efetiva blindagem contra qualquer ponderação: o que se entende é que esta já foi previamente realizada pelo

<sup>366</sup> A distinção entre *princípios* e *regras* aqui referida baseia-se na adoção do critério da *estrutura lógico-normativa*, na esteira de Ronald Dworkin e Robert Alexy, uma vez que é essa a concepção compartilhada pela vastíssima maioria dos autores analisados que enfrentam o tema do mínimo existencial. Registre-se, no entanto, que há autores que distinguem os *princípios* das *regras* com base em outros critérios (tal como o do *grau de fundamentalidade* da norma), o que conduz a conclusões distintas. Para uma análise dos diferentes sentidos que a doutrina brasileira confere aos princípios jurídicos, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, Belo Horizonte, Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Regras e princípios: por uma distinção normoteórica*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 45, Curitiba, SER/UFPR, p. 37-73, 2006; e HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 136-144.

<sup>367</sup> Composto, entre outros, por: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 84 e 87-89; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 243; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 130-131; HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros...** *Op. Cit.*, p. 58 e 61; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 53 *et seq.*

<sup>368</sup> Essa forma de aplicação das normas-regra, segundo Dworkin, funciona da seguinte maneira: se presente no mundo dos fatos a situação descrita na regra, de duas uma: ou a regra é válida, e aquilo que ela determina deve ser cumprido, ou ela é inválida, e, nesse caso, será irrelevante para a decisão. Havendo conflito entre duas regras, que descrevam a mesma situação fática e imponham ordens diversas, uma delas será inválida, de modo que o embate deverá ser resolvido pelos métodos previstos pelo próprio sistema jurídico para resolução de antinomias (v.g., norma superior derroga a norma inferior, norma posterior derroga a norma anterior, norma especial derroga a norma geral). As regras possuem, portanto, apenas a *dimensão de validade*. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

<sup>369</sup> É também a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “a chamada ‘reserva do possível’ (...) nunca poderá ser contraposta vitoriosamente ao chamado ‘mínimo existencial’”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Direito Administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIII, nº 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 7-15, sep. 2011.

<sup>370</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>371</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 84 e 87-89.



constituente – tornando-o, assim, um direito definitivo e não mais *prima facie* – ao erigir como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, de sorte que ao menos o seu núcleo essencial, exibido através do mínimo existencial, deve sempre ser tutelado.

Essa posição faz com que a categoria jurídica do mínimo existencial se torne extremamente útil e funcional como critério de justiciabilidade do conteúdo essencial dos direitos sociais. Ela estabelece uma nítida linha demarcatória da extensão da legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação desses direitos: estando dentro do âmbito de abrangência do mínimo existencial, a pretensão jurídica deve ser concedida pelo juiz, independentemente da reserva do financeiramente possível.<sup>372</sup> Nessa toada, Cláudia Honório acentua a relevância do instituto para afastar as objeções utilizadas contra a efetivação dos direitos sociais, ao salientar que ele “reforça a proteção e realização dos direitos fundamentais, principalmente daqueles caracterizados pela sua dimensão prestacional, contornando obstáculos colocados à efetivação dessas normas”.<sup>373</sup>

Os adeptos da outra corrente – do *mínimo existencial prima facie* – questionam como seria possível explicar, dentro dessa lógica, a ausência fática de recursos disponíveis nos cofres públicos para atender ao mínimo existencial de todos os cidadãos. Os defensores do *mínimo existencial definitivo* dão a resposta. Se é certo que em sociedades com baixo índice de desenvolvimento humano e econômico o atendimento ao mínimo existencial de todos os que necessitam poderia gerar uma situação de insuficiência de recursos capazes de fazer frente a todas as necessidades, tal fato não é capaz de obstar a natureza de *regra* do direito em apreço. É justamente nesses casos que se impõe uma proteção reforçada ao mínimo existencial. Se não há recursos suficientes sequer para assegurar as condições mínimas de existência digna da população de uma determinada sociedade, é porque houve eleição equivocada na ordem de prioridades de emprego dos recursos públicos, sendo, pois, fundamental conceder ao direito em referência uma proteção tal que o erija como prioridade máxima na promoção e manutenção dos meios imprescindíveis a uma existência digna, “em detrimento de outras escolhas feitas pelo legislador democrático”.<sup>374</sup>

É certo, também, que em matéria de prestações que integram o mínimo existencial, a determinação judicial pode implicar, dependendo do direito envolvido, não apenas custos financeiros como também, muitas vezes, a existência de normas organizatórias e procedimentais e de instituições públicas habilitadas a promover as ações judicialmente fixadas (v.g., escolas, no caso do direito à educação; hospitais públicos, no caso do direito à saúde). Como, então, resolver a questão? Muito embora grande parte das normas referentes a direitos sociais já estejam regulamentadas no plano infraconstitucional, a falta absoluta de aparatos institucionalizados necessários para a satisfação do direito ao mínimo existencial implicará a determinação de uso de serviços privados, às custas do Estado, até que ele disponha de meios materiais para tanto.<sup>375</sup>

Em sentido contrário, encontram-se os autores da vertente ora batizada de *mínimo existencial prima facie*, que enquadram o direito ao mínimo existencial na categoria normativa dos *princípios* jurídicos, compartilhando, em sua maior parte, da construção de Robert Alexy sobre

<sup>372</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 53-54 e 105-106; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 98 e 131; HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros...** *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>373</sup> HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros...** *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>374</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 131.

<sup>375</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. *Idem*, p. 124.

o tema.<sup>376</sup> Entendem que esse direito, como os demais direitos fundamentais, decorre de norma jurídica *prima facie* (e não definitiva), que impõe a sua realização na máxima medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. É possível que surjam argumentos contrários à satisfação das prestações atinentes ao mínimo existencial pela via judicial, tal como ocorre com os direitos sociais em geral. Os princípios acima referidos – separação de poderes, democrático, reserva legal orçamentária, reserva do possível, entre outros – podem ser invocados contra a sua realização, fazendo-o ceder no jogo de ponderação.<sup>377</sup>

Essa concepção compreende o mínimo existencial, sob o ponto de vista abstrato, como um direito *prima facie*, que pode ou não prevalecer, a depender do caso concreto. Ele só se tornaria um direito *definitivo* após a ponderação, pelo magistrado, com as demais normas envolvidas, que poderão, em uma dada situação, revestir-se de peso maior e afastá-lo. O resultado seria o indeferimento do pleito formulado pelo titular do direito. Aceitam, por conseguinte, que condições financeiras desfavoráveis possam ser arguidas para negar prestações voltadas à satisfação do mínimo existencial.<sup>378</sup>

Tais autores situam o direito em questão na mesma seara dos demais direitos sociais: a arena da ponderação. A diferença, no entanto, estaria no fato de que, por vincular-se ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais em geral, o direito ao mínimo existencial beneficia-se de um peso reforçado quando submetido ao sopesamento com princípios contrários, notavelmente maior do que aquele desfrutado pela parcela de direitos sociais que excede esse mínimo. O ônus argumentativo para fazê-lo ceder, no caso concreto, será bem maior. Aí residiria o ponto distintivo entre o direito ao mínimo existencial e os direitos sociais em geral: aquele ostenta uma dimensão de peso de maior do que estes frente a argumentos como a reserva do possível, mas todos eles estão sujeitos ao processo ponderativo.<sup>379</sup>

Entre esses dois posicionamentos, assiste razão ao primeiro (*mínimo existencial definitivo*). Ainda que o direito ao mínimo existencial seja um direito fundamental como qualquer outro, e, se concebida a teoria dos direitos fundamentais como uma teoria dos princípios, tal qual o faz Robert Alexy, inexistem direitos absolutos, isso não significa que ele esteja na mesma condição dos direitos fundamentais sociais em geral e se sujeite à ponderação.<sup>380</sup> Isso porque, em uma perspectiva mais atenta, ainda que se credite autonomia ao

<sup>376</sup> Consoante as lições de Robert Alexy, os *princípios* são normas que impõem ordens *prima facie*, isto é, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. São, por isso, *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser aplicados em diferentes graus, a depender das circunstâncias de cada situação. A colisão entre princípios, de acordo com o autor, deve ser solucionada mediante a técnica da ponderação. Se dois princípios, num determinado caso, indicarem caminhos opostos a serem seguidos, não há que se declarar a invalidade de um deles, nem incluir uma cláusula de exceção. Um irá ceder passo ao outro, conforme o peso exercido por cada um deles naquelas circunstâncias. Através da ponderação se determinará qual princípio deve possuir um peso maior na situação específica, de sorte que o conteúdo de ambos os princípios colidentes seja realizado na maior medida possível, produzindo um resultado ótimo. Daí porque os princípios serem conceituados pelo autor como *mandamentos de otimização*. Cf.: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 67-71.

<sup>377</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 321-322 e 350-351; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 100 e 103; SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...** *Op. Cit.*, p. 578-579; AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha...** *Op. Cit.*, p. 211-216; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 133; MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...** *Op. Cit.*, p. 76-77.

<sup>378</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria...** *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>379</sup> SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...** *Op. Cit.*, p. 579.

<sup>380</sup> Sobre a caracterização da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy como uma teoria dos princípios, ver: ALEXY, Robert. **Teoría...** *Op. Cit.*, p. 63-149.

direito sob exame, o mínimo existencial já é o produto de uma ponderação operada previamente pelo constituinte, composto por um conjunto formado de parcelas de outros direitos fundamentais. Ele nasce justamente do resultado do processo ponderativo entre as diversas normas-princípio que impõem *prima facie* a realização maximizada dos direitos fundamentais sociais por elas veiculados. Diante do bloco de outros princípios, acima citados, que, também *prima facie*, restringem a realização otimizada desses direitos, opera-se um sopesamento para verificar quais fatias de cada um dos direitos fundamentais sociais em jogo sobrevive ao teste da proporcionalidade em suas três dimensões,<sup>381</sup> para então chegar-se ao mínimo existencial, já como um direito definitivo.

O que ocorre, portanto, é uma verificação dos seguintes critérios: (i) *adequação*: quais medidas restritivas da potencialidade máxima dos direitos fundamentais sociais são adequadas para garantir o respeito aos princípios da separação dos poderes, democrático, reserva legal orçamentária, entre outros; (ii) *necessidade*: quais limitações são efetivamente necessárias e menos restritivas do conteúdo dos direitos fundamentais sociais para garantir o resultado adequado; (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*: quais são as prestações inerentes aos direitos fundamentais sociais que podem, dentro de um juízo de razoabilidade, ser exigidas do Estado.<sup>382</sup> Tem-se, como fruto dessa prévia ponderação, após a aplicação do princípio da proporcionalidade em suas três vertentes, o direito *definitivo* ao mínimo existencial.<sup>383</sup> Quando se chega no âmbito judicial, já não há mais espaço para se ponderar a esse respeito.

Some-se isso o fato de que, aceitando-se a debilidade desse direito fundamental por conta dos comumente evocados princípios da separação dos poderes e da legalidade orçamentária, bem como do argumento da reserva do financeiramente possível, não haverá verdadeira proteção reforçada do núcleo essencial da dignidade humana, capaz de justificar a criação de uma categoria jurídica distinta, tal como o mínimo existencial. Asseverar simplesmente que o seu afastamento no caso concreto faz recair um ônus maior sobre a argumentação judicial significa inquiná-lo de inutilidade. Torna-se nebulosa, se acolhida tal inteligência (*mínimo existencial prima facie*), a diferença, em termos práticos, entre o mínimo existencial e a parcela de direitos fundamentais sociais que o extrapola. E mais obscura ainda se adotada a vertente – aqui já rejeitada – do *conteúdo determinável no caso concreto*, para a qual o conteúdo do mínimo existencial é totalmente aberto e variável e, ainda que calcado em indicativos e parâmetros mínimos, deve ser definido na situação concreta conforme as necessidades vitais e ocasionais do cidadão envolvido.

Caso abraçadas essas duas posições que foram aqui refutadas – de variabilidade total do mínimo existencial e de sujeição desse direito à ponderação – chega-se à seguinte conclusão: ninguém sabe, com precisão, o que é mínimo existencial, e a referência a ele, em termos de

---

<sup>381</sup> Consoante Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, é a partir da proporcionalidade “que se opera o ‘sopesamento’ (...) dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão”. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 239.

<sup>382</sup> Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade através dos critérios de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* no caso de colisão entre direitos fundamentais, ver: ALEXÝ, Robert. **Teoría... Op. Cit.**, p. 91-95.

<sup>383</sup> Para uma análise aprofundada do princípio da proporcionalidade em matéria de direitos fundamentais, ver: BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

exigibilidade judicial, também não significa nada em concreto, pois cada juiz definirá as prestações por ele abarcadas, de modo distinto em cada caso, e a certificação de que o pedido do autor está incluído nesse mínimo tampouco significa coisa alguma, visto que ele poderá ser rejeitado mesmo assim. Por conseguinte, essas duas compreensões não contribuem para a resolução do problema da sindicabilidade judicial dos direitos sociais.

É preferível, pelos motivos até agora alinhavados, determinar o conteúdo do mínimo existencial *a priori*, traçando um elenco preferencial identificável a partir das prioridades fixadas no texto constitucional em um determinado momento histórico, que envolvam prestações necessárias a todos os cidadãos, e não apenas acidentalmente a alguns (*rol constitucional preferencial*), e enquadrá-lo na categoria normativa de regra, imprimindo-lhe a natureza de direito definitivo, infenso à ponderação (*mínimo existencial definitivo*).

(f) No que toca à *finalidade* do conceito mínimo existencial em matéria de exigibilidade judicial de comportamentos estatais positivos, existem também dois entendimentos, que serão aqui rotulados de *mínimo existencial como teto máximo* e de *mínimo existencial como piso mínimo*.

O primeiro deles, mais restritivo, emprega o mínimo existencial como *teto máximo*, vale dizer, como o critério que determina o ponto culminante da sindicabilidade da dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Sendo imprescindíveis para uma existência minimamente digna, as prestações do Poder Público estarão incluídas no seu campo de abrangência, sendo prontamente postuláveis perante o Judiciário, independentemente de previsão legislativa. Porém, para além desse limite, que indicaria o ápice da exigibilidade judicial, as prestações atinentes a direitos sociais estariam sujeitas à implementação progressiva pelo legislador, dependendo das escolhas políticas determinadas pelo processo democrático de deliberação pública.<sup>384</sup>

Em que pese nem todos os adeptos dessa corrente neguem a jusfundamentalidade dos direitos sociais no que extrapolam o mínimo existencial,<sup>385</sup> ela está intimamente ligada com a posição capitaneada no Brasil por Ricardo Lobo Torres, de acordo com a qual os direitos sociais só são fundamentais em relação ao seu conteúdo essencial, necessário a garantir o mínimo existencial. Por se revestirem de jusfundamentalidade, essas parcelas dos direitos sociais desfrutariam da aplicabilidade imediata disposta no art. 5º, §1º da Constituição Federal. A justificativa seria de que a atuação judicial excedente ao mínimo existencial ameaça a democracia e a ordem financeira, além de ter como efeito nefasto a apropriação particular de recursos públicos pelas classes mais abastadas, frente à incapacidade de informação e econômica dos mais pobres de conhecer os seus direitos, saber como exercitá-los e dispor de meios para reivindicá-los pela via judicial. Haveria, pois, um prejuízo às políticas universais que atingem a população mais carente e necessitada.<sup>386</sup>

O segundo posicionamento utiliza o *mínimo existencial como piso mínimo*, indicando-o como critério para definir aquilo que, sem dúvida, pode ser pleiteado perante os juízes em matéria de direitos fundamentais prestacionais sem maiores questionamentos. Isso não significa, porém, que o cidadão só possa requerer condutas positivas do Poder Público que se encontrem protegidas por esse mínimo: é possível pleitear a satisfação das parcelas dos direitos sociais que

<sup>384</sup> São adeptos dessa posição: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 84 e 87-89; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 292.

<sup>385</sup> Como tem-se a impressão de ser o caso de Ana Paula de Barcellos.

<sup>386</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 121-135.

desbordam do mínimo existencial, desde que, num processo ponderativo com os demais princípios constitucionais envolvidos, sua prevalência encontre-se justificada.<sup>387</sup>

Nessa senda, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece, expressamente, que muito embora advogue a tese de que as prestações necessárias à garantia do mínimo existencial são judicialmente exigíveis, isso não afasta a possibilidade de se reconhecer a exigibilidade judicial de outros direitos a prestações dedutíveis diretamente da Constituição, que ultrapassem esse mínimo. Pontua, no entanto, que nessa seara, que supera os limites do mínimo existencial, haverá um espaço maior para ponderação diante dos argumentos que importam objeções à satisfação dos direitos sociais.<sup>388</sup> Em sentido similar, sustenta Daniel Sarmento que a fronteira de intervenção do Judiciário irá depender do sopesamento realizado em cada situação, figurando em uma das balanças o direito social vindicado e, na outra, “os princípios concorrentes, como a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros que seriam atingidos ou economicamente inviabilizados caso fosse universalizada a prestação demandada”.<sup>389</sup>

Uma vez que aqui se reconhece a jusfundamentalidade integral dos direitos sociais, não a restringindo ao mínimo existencial, não parece ser possível acolher a tese do *mínimo existencial como teto máximo*. Ele deve ser considerado um *piso mínimo*, sendo aceitável a demanda judicial de parcelas de direitos fundamentais sociais que o extrapolem, desde que observada uma importantíssima ressalva: deve ser possível deduzir diretamente do texto constitucional os contornos das prestações que se pretende postular. Não se defende, por conseguinte, que qualquer pretensão vinculada a um direito fundamental social possa ser satisfeita pelo juiz, como se lhe competisse ponderar caso a caso acerca da razoabilidade do pedido. O critério proposto para as parcelas de direitos fundamentais sociais que não estão incluídas no mínimo existencial é: se – e somente se – já houver uma normatização mínima da Constituição a respeito, ainda que ultrapasse os limites do mínimo, essa prestação do direito fundamental social poderá ser requerida em face do juiz por gozar de aplicabilidade imediata, nota característica do regime jurídico dos direitos fundamentais. A forma como isso deve se dar na prática será examinada no item 3.2.2.

Diante do exposto, manifesta-se aqui discordância em relação a duas das tendências do Direito Público brasileiro apresentadas anteriormente: tanto aquela que admite a exigibilidade judicial absoluta de toda e qualquer pretensão ligada a um direito fundamental social, pois viu-se que tal estratégia prejudica a alocação racional de recursos e a implementação universalizada desses direitos pela Administração, quanto aquela que só admite a sindicabilidade judicial no que diz respeito às pretensões necessárias à satisfação do mínimo existencial, pelos motivos acima expostos.

De todo modo, a compreensão do *mínimo existencial como piso mínimo* e não como *teto máximo* de realização dos direitos fundamentais econômicos e sociais não se limita a uma questão de dogmática jurídica. Ela está atrelada a uma fundamentação sociopolítica, subjacente à concepção de justiça social delineada pela Constituição de 1988 e intrinsecamente vinculada ao perfil de uma Administração Pública inclusiva. É nesse sentido que se buscará, no próximo

<sup>387</sup> É o caso dos seguintes autores: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 106-107; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 350; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial... *Op. Cit.*, p. 579; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria...** *Op. Cit.*, p. 133; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>388</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 350.

<sup>389</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial... *Op. Cit.*, p. 579.

tópico, identificar as bases que justificam uma atuação da Administração Pública brasileira para além do mínimo existencial.

### *2.2.2. Administração Pública e cidadão em uma dança das cadeiras: para alcançar a igualdade de posições, a atuação administrativa deve superar o mínimo existencial*

O primeiro fundamento que parece abalizar o dever de atuação maximizada da Administração Pública brasileira consiste na ideia de igualdade material. E para alcançá-la, em consonância com a concepção global de justiça social que permeia a Constituição vigente, é necessário priorizar a igualdade de posições sobre a igualdade de oportunidades. Explica-se.

De acordo com François Dubet, existem, contemporaneamente, duas grandes concepções de justiça social: **(a)** a *igualdade de posições* e **(b)** a *igualdade de oportunidades*. O que elas têm de comum é a pretensão de reduzir a tensão existente entre a afirmação de igualdade de todos os indivíduos e a realidade marcada por profundas desigualdades sociais. No entanto, elas se diferenciam na medida em que a primeira enfoca o conjunto de posições ocupadas pelos indivíduos na sociedade, buscando reduzir as distâncias entre elas (salários, condições de vida, acesso aos serviços, etc.), aproximando-as dentro da estrutura social, ao passo que a segunda objetiva oferecer a todos a possibilidade de ocupar as melhores posições sociais, com lastro na meritocracia. Ilustra o autor afirmando que, enquanto a *igualdade de oportunidades* visa a permitir aos filhos de operários que eles tenham as mesmas oportunidades de se tornarem executivos que os próprios filhos de executivo, a *igualdade de posições* preocupa-se mais reduzir as distâncias entre as condições de vida e de trabalho dos operários e dos executivos.<sup>390</sup>

Embora ambas sejam legítimas e não sejam completamente incompatíveis entre si, é necessário distingui-las e estabelecer uma ordem de prioridades em matéria de políticas públicas e programas sociais voltados a uma ou à outra,<sup>391</sup> isto é, faz-se necessário determinar quais são as ações prioritárias do Poder Público: a redução das distâncias entre as posições sociais existentes, ou a diminuição das discriminações que figuram como obstáculo à equitativa competição pela ocupação das posições sociais mais elevadas. Insta analisar cada uma delas.

**(a)** O primeiro modelo, de *igualdade de oportunidades*, foi impulsionado pelas burguesias e elites que ansiavam pela eliminação do sistema estamentário do Antigo Regime. Com a Revolução Francesa, foram abolidos os estamentos, permitindo a todos o acesso aos empregos segundo o critério do mérito, independentemente do seu nascimento. Não se questionava a existência de desigualdades sociais, desde que cada um tivesse a possibilidade de alcançar a todas as posições sociais. Essa perspectiva não considera injusta a existência de diferenças significativas entre as rendas e as condições de vida dos indivíduos, porque parte do princípio de que todos tiveram iguais oportunidades de escapar das posições menos favorecidas. Baseia-se na produção de desigualdades sociais justas, por conta do mérito de cada indivíduo em aceder às posições sociais mais elevadas.<sup>392</sup>

Cuida-se de um arquétipo que se impõe quando as melhores posições em uma dada sociedade se tornam mais escassas: “quando a vida social começa a parecer-se com o jogo das

<sup>390</sup> DUBET, François. **Repensar la justicia social:** contra el mito de la igualdad de oportunidades. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011. p. 11-12.

<sup>391</sup> DUBET, François. *Op. Cit.*, p. 13-14.

<sup>392</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 53 e 55.

cadeiras, discute-se menos sobre o número de cadeiras do que sobre as maneiras de ocupá-las e sobre a equidade do árbitro”.<sup>393</sup>

Há duas maneiras complementares de se promover a *igualdade de oportunidades*. A primeira delas consiste em garantir igualdade de acesso aos bens e serviços dos quais os mais discriminados estão excluídos. Impõe-se, nesses casos, permitir o acesso a todos, assegurar a equidade nos processos de seleção e munir os indivíduos de condições iguais de existência, de modo que cada um possa cuidar da sua saúde, instruir-se e locomover-se da mesma forma que os demais. A segunda orientação funda-se na ideia de compensação: afora as desigualdades gerais, devem ser levadas em conta as discriminações específicas e propor políticas dirigidas a elas com o propósito de fixar condições equitativas de competição (políticas de discriminação positiva).<sup>394</sup> Seria o caso, por exemplo, da reserva de vagas para deficientes físicos em postos de trabalho, os quais, vítimas da discriminação, encontram sérias dificuldades em conquistar um espaço do mercado de trabalho, ou de cotas em universidades para alunos provenientes de escolas públicas, que não tiveram as mesmas oportunidades de concorrer a uma vaga no vestibular.

Sua pretensão não é, propriamente, a de reduzir a iniquidade entre as distintas posições sociais, mas sim combater as discriminações que impedem os indivíduos de competirem em igualdade de condições iniciais para alcançar as melhores posições. Essas distinções entre as posições sociais são consideradas, dentro dessa concepção, como justas, uma vez que todas as posições estão abertas a todos, e todos ostentam iguais oportunidades de aceder a elas.<sup>395</sup>

Resumidamente, o modelo pode ser explicado da seguinte maneira: (i) no ponto de partida, eliminam-se as desigualdades, equilibrando as posições entre os indivíduos; (ii) em seguida, como as desigualdades produzidas dependem apenas dos indivíduos e do seu livre-arbítrio, elas são perfeitamente justas.<sup>396</sup> Na bem formulada síntese de Júlia Ávila Franzoni e Juliana Pondé Fonseca: “De acordo com essa concepção, a partir desse ponto de partida equânime, a meritocracia funcionaria perfeitamente: cada agente galgaria diferentes posições sociais de acordo com o seu mérito, independentemente de sua origem social ou fatores biológicos. A partir disso, as desigualdades sociais que permanecessem seriam perfeitamente justificáveis”.<sup>397</sup>

(b) Por sua vez, a *igualdade de posições* surge como uma tentativa de combate à situação de miséria proporcionada pelo capitalismo desenfreado decorrente do liberalismo econômico no século XIX, originando-se nos movimentos operários e reformistas sociais que reivindicavam o reconhecimento de direitos sociais. Foram desenvolvidas políticas dirigidas à diminuição das desigualdades existentes entre as distintas posições por meio das *transferências sociais*. Essas políticas de redistribuição operavam-se notadamente através dos tributos, de modo que, no decorrer do século XX, nos Estados que adotaram o modelo de Bem-Estar Social, verificou-se uma expressiva redução das iniquidades sociais. Embora tais regimes não tenham logrado erradicar totalmente a pobreza, nem impedir que alguns poucos entesourassem grandes fortunas, eles tiveram o condão de inserir a classe trabalhadora no seio da sociedade através da

<sup>393</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 57-58.

<sup>394</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 59.

<sup>395</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 12.

<sup>396</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 63.

<sup>397</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. **Igualdade de posição e de oportunidades**: considerações em torno do princípio da diferença em John Rawls. Trabalho apresentado no evento “‘Uma teoria da justiça’ 40 anos depois: Razão, Democracia e Constituição no legado político e filosófico de John Rawls”. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2011. p. 8.

consagração de um amplo rol de direitos sociais, relacionados à promoção da saúde, ao combate ao desemprego, à previdência e às condições melhores de trabalho.<sup>398</sup>

Esse modelo de justiça social centrado na redução das distâncias entre as posições sociais não se trata de uma filosofia abstrata, apenas. Ele pode ser identificado nas lutas operárias presentes nos séculos XIX e XX, que por meio de greves, manifestações e relações de força, propagaram a ideia de que a redistribuição das riquezas era legítima, e que a justiça social não era somente uma questão moral e de compaixão com os mais pobres. Essas conquistas dos trabalhadores se fizeram perceptíveis, uma vez que os direitos sociais conquistados por alguns eram generalizados e aproveitados por todos, inclusive por aqueles que não tinham condições de lutar por eles.<sup>399</sup>

Uma das consequências da luta pela instalação de um modelo de justiça social baseado na *igualdade de posições* consistiu na desmercantilização do acesso a certos bens, de modo que alguns deles, durante muito tempo reservados a poucos, foram colocados à disposição de todos. Assim, a ampliação do acesso aos transportes públicos e a consagração de várias atividades como serviços públicos, de prestação obrigatória pelo Estado, tais como saúde e educação, encontra-se inserida nesse contexto, tendo o seu custo repartido por todos os contribuintes. A facilitação do acesso a esses bens torna-se, pois, uma contribuição “à igualação progressiva das posições, já que todos podem se beneficiar deles”.<sup>400</sup>

Em suma, a *igualdade de posições* caracteriza-se pela tensão entre duas grandes tendências: de um lado, reduzir as distâncias entre as posições sociais, e, de outro, fixar as posições e assegurá-las, o que é uma maneira indireta de produzir a igualdade.<sup>401</sup>

Dubet tece uma crítica ao modelo de *igualdade de oportunidades*, não dirigida aos princípios que a fundamentam, mas antes aos efeitos reais que ela produz. Sustenta que ela aprofunda as desigualdades, por não se preocupar com a redistribuição e com a garantia das posições sociais, e resulta no aumento da pobreza.<sup>402</sup> E considera que a *igualdade de posições*, por sua vez, permite uma melhor igualdade de oportunidades do que o próprio modelo da *igualdade de oportunidades*. Isso se deve ao fato de que quanto mais se reduzem as desigualdades entre as posições sociais, mais se eleva a igualdade de oportunidades. Permite-se, mais facilmente, a mobilidade social, visto que é mais simples mover-se na escala social quando as posições estão mais próximas umas das outras, de modo que “o elevador social não sobe nem desce muito, mas muito mais pessoas podem usá-lo”.<sup>403</sup>

A *igualdade de posições* é rechaçada pelas elites justamente porque, para alcançá-la, é necessário recorrer a uma política de redistribuição, de transferências sociais, que se baseia na elevação de tributos, como pressuposto para fornecer a satisfação universal de direitos sociais a todos. Quanto maior a extensão do conteúdo dos direitos sociais, maior a carga tributária.<sup>404</sup>

Conclui o autor pela necessidade de se priorizar o modelo de *igualdade de posições*, já que ele é melhor, inclusive, para proporcionar a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, já que quanto mais próximas entre si estiverem as posições sociais, maiores serão as

<sup>398</sup> DUBET, François. **Repensar...** *Op. Cit.*, p. 17-20.

<sup>399</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 20-21.

<sup>400</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 24.

<sup>401</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 26.

<sup>402</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 73-74.

<sup>403</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 95-97 e 99.

<sup>404</sup> DUBET, François. *Idem*, p. 105.



oportunidades de se ascender socialmente. Por essa razão, a igualdade de posições deve ser algo prioritário.

Transplantando os modelos brevemente analisados à temática desta pesquisa, parece ser possível relacionar a tese da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial com a *igualdade de oportunidades*, e a posição de submissão integral desses direitos ao regime jurídico jusfundamental à noção de *igualdade de posições*. E concordando com a conclusão de François Dubet, manifesta-se aqui pela necessidade de priorização das políticas que visam atender à *igualdade de posições*, não apenas pelo fato de que esse modelo realmente parece ser mais adequado a proporcionar iguais oportunidades a todos do que a própria racionalidade da *igualdade de oportunidades*, mas também porque parece ser essa a solução adotada pela Constituição Federal de 1988, sobretudo na quadra atual da conjuntura socioeconômica nacional.

A posição teórica que objetiva reduzir a jusfundamentalidade dos direitos ao mínimo existencial encontra-se intimamente vinculada com o modelo de justiça social da *igualdade de oportunidades*.

Como se viu, a *igualdade de oportunidades* propugna que deve ser garantido idêntico estágio inicial para todos, possibilitando com isso a chance de se aceder às posições sociais mais avantajadas. Se não houver essa igualização do ponto de partida, os que largaram antes por conta de benefícios naturais ou sociais terão maiores oportunidades de conquistar as posições mais privilegiadas, ao passo que aqueles que iniciaram o seu caminho em piores condições terão extrema dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de alcançar os mesmos fins.<sup>405</sup>

O que o mínimo existencial pretende proporcionar é justamente isso: condições iniciais iguais para todos, de vida minimamente digna, capazes de permitir o exercício das liberdades por cada indivíduo, que, conforme o seu mérito e em virtude da igual oportunidade de chances conferida aos demais, irá buscar os seus objetivos dentro de um quadro social considerado justo. Alguns autores, como Ana Paula de Barcellos<sup>406</sup> e Federico Saggese<sup>407</sup>, chegam a mencionar expressamente a fundamentação do mínimo existencial na noção de *igualdade de oportunidades*. Outros, de modo implícito, acabam remetendo a essa ideia quando fundamentam o mínimo existencial na noção de liberdade fática ou liberdade real.<sup>408</sup>

<sup>405</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. **Igualdade...** *Op. Cit.*, p. 8.

<sup>406</sup> A autora relaciona claramente o mínimo existencial à igualdade de oportunidades, embora contrapondo esta última à *igualdade de resultados* (que a jurista reputa vinculada a um modelo de “Estado totalitário, ou, no mínimo, paternalista”) e não à *igualdade de posições*: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 226-227.

<sup>407</sup> SAGGESE, Federico. **El derecho a un nivel de vida adecuado.** Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo. La Plata: Librería Editora Platense, 2009. p. 92.

<sup>408</sup> Sobre a parcela de doutrina que vincula o mínimo existencial à liberdade real ou fática, conferir as referências feitas em: SARMENTO, Daniel. A proteção judicial... *Op. Cit.*, p. 574-57 e HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros...** *Op. Cit.*, p. 116-130. Cristina Queiroz explica a ideia de liberdade real acentuando a relação fática de dependência entre os direitos sociais e os de liberdade. Cf.: QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 33-34. Ingo Wolfgang Sarlet, ao analisar as propostas teóricas de três autores alemães (Christian Starck, Rüdiger Breuer e Robert Alexy) acerca do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações extraídos diretamente da Constituição, constata que todos eles, nada obstante as distinções teóricas de suas formulações, baseiam-se na noção de “um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, que têm por objetivo evitar o esvaziamento da liberdade pessoal”, assegurando-se com isso a chamada “liberdade real”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 345. Entre os autores que remetem o fundamento do mínimo existencial à ideia de liberdade real, veja-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade... *Op. Cit.*, p. 38; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 139-143.

Costuma-se argumentar, dessa maneira, que nos Estados Democráticos contemporâneos, é necessário reconhecer o direito dos cidadãos a receberem do Estado prestações positivas que possam lhe assegurar as condições iniciais da liberdade. A concepção de liberdade fática ou de liberdade real pode ser expressada da seguinte forma: “Sem que tenha satisfeitas suas necessidades básicas, dificilmente o indivíduo terá condições de usufruir de sua liberdade e construir os caminhos para o seu desenvolvimento como ser humano e como parte da sociedade”<sup>409</sup>.

Do ponto de vista dogmático, percebe-se claramente que os adeptos da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial – tais como Ricardo Lobo Torres e Alceu Maurício Jr.<sup>410</sup> – assentam a nota de fundamentalidade dos direitos constitucionais no valor *liberdade*. Para esses autores, o escopo da categoria jurídica do mínimo existencial está em definir quais são as parcelas dos direitos sociais representativas de condições necessárias ao exercício efetivo da *liberdade*, compreendida como autonomia. Em face disso, “os direitos sociais não são considerados *prima facie* direitos fundamentais: sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental”<sup>411</sup>. Há no pensamento desses autores, inquestionavelmente, uma priorização da *igualdade de oportunidades*: consideram que a parcela dos direitos sociais que faz parte do mínimo existencial é dotada de jusfundamentalidade e é judicialmente demandável por ser imprescindível para proporcionar um estágio inicial igualitário a todos, permitindo-lhes partir de iguais condições mínimas de existência digna, para então exercitar suas liberdades e buscar os seus objetivos.

Essa adoção do mínimo existencial como critério de justiciabilidade dos direitos sociais revela uma priorização da *igualdade de oportunidades* em detrimento da *igualdade de posições*, embora não se negue expressamente esta última. A principal (embora não única) diferença entre os dois modelos, conforme já dito, está nas prioridades de cada um. A corrente do *mínimo existencial como teto máximo* aceita que o Estado proporcione direitos sociais aos cidadãos para além desse mínimo. Mas nessa medida eles não serão direitos fundamentais e não poderão ser postulados em juízo. Em outros termos: não são prioritários.

A ideia fica mais clara à luz de uma apreciação de considerações constantes na obra de Ricardo Lobo Torres. Para o autor, o debate acerca do mínimo existencial liga-se ao problema da pobreza, que é por ele separada em duas espécies: a *pobreza absoluta* (= miséria), obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a *pobreza relativa*, vinculada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será reduzida conforme as possibilidades orçamentárias. O conceito de *pobreza absoluta* é variável no tempo e no espaço. No Brasil contemporâneo, o plano *Brasil Sem Miséria* considera miserável o indivíduo que tenha renda domiciliar *per capita* abaixo de R\$70,00 mensais.<sup>412</sup>

O combate à *pobreza absoluta* ou *miséria*, que para o autor é imperativo ao Estado, deve ser feito através dos instrumentos de garantia do mínimo existencial, compreendido com um conjunto de prestações estatais aptas a prover condições mínimas de existência digna ao cidadão, ao passo que a erradicação da *pobreza relativa* deve ser feita através de políticas

<sup>409</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>410</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 41-43; MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...** *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>411</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38.

<sup>412</sup> Informações sobre o plano podem ser acessadas em: <<http://www.brasilsemiseria.gov.br>>.

públicas progressivas que atendam os direitos sociais na máxima medida possível. A linha tênue entre quais prestações satisfazem estritamente o mínimo existencial e quais ações estatais estão voltadas a atender aos direitos sociais em um padrão mais elevado faz com que o Estado, muitas vezes, adote políticas públicas que não fazem essa diferença, permitindo que a classe média e os pobres recebam tratamento preferencial diante dos miseráveis, o que é criticado pelo jurista.<sup>413</sup>

Vistas essas compreensões, nota-se que a Constituição brasileira incorpora *ambas*. Não há como deixar de reconhecer que a concepção de justiça social agasalhada pelo tecido constitucional brasileiro de 1988 realmente compreende a noção de *igualdade de oportunidades*. Ela pode ser deduzida de alguns dos princípios fundamentais do Título I da Lei Maior, tal como a adoção da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV), e da determinação, entre os seus objetivos fundamentais, de construção de uma sociedade livre e de erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, I e III). Não há dúvidas, pois, que o Estado brasileiro deve assegurar condições iniciais igualitárias a todos os cidadãos, eliminando a *pobreza absoluta* (miséria) que constitui obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Impõe-se, assim, a implementação de políticas assecuratórias do mínimo existencial, como se extrai, entre outros, dos dispositivos do Título VIII (“Da Ordem Social”) que versam sobre a seguridade social, em especial da Seção IV, dedicada à assistência social. Como bem observa Carolina Zancaner Zockun, no Estado brasileiro “a importância da assistência social é inegável, na medida em que existe uma enorme massa de pessoas carentes, marginalizadas, vivendo na informalidade, com educação insuficiente e total despreparo profissional, bem como sem alimentação ou saúde adequadas”.<sup>414</sup> E justamente por conta de seu elevado grau de fundamentalidade, mesmo na ausência dessas políticas ou de previsão legislativa a igualdade de oportunidades exigida pela Constituição impõe a aceitação de sindicabilidade judicial de prestações assistenciais necessárias ao atendimento do mínimo existencial.

Até aqui não há maiores divergências com a posição sob exame. O problema surge quando se propõe limitar o reconhecimento de fundamentalidade dos direitos sociais às porções imprescindíveis à garantia desse mínimo. A *igualdade de oportunidades*, como meio para se alcançar justiça social, é sim requerida pela Constituição. Mas não é o único modelo por ela albergado. Não se pode, a pretexto de realizá-la, olvidar-se da inclusão da *igualdade de posições* entre as exigências de justiça social dispostas pelo texto constitucional.

Se por um lado a concepção anterior apoia-se na priorização da *igualdade de oportunidades*, a posição defendida neste estudo, de sujeição integral dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais (e não só no que toca ao mínimo existencial), arrima-se na prioridade da *igualdade de posições*. Isso não quer dizer que não se repete prioritário propiciar condições iguais de chances aos indivíduos. Pelo contrário: significa buscar um modelo de justiça social que atenda mais a esse propósito – de igualar para todos o ponto de partida – do que o próprio paradigma da *igualdade de oportunidades* é capaz de oferecer. Além de se entender que a justiça social não será alcançada apenas mediante o fornecimento de efetiva liberdade e de uma real autonomia privada aos indivíduos, necessitando também da diminuição das distâncias entre as díspares posições existentes na sociedade, considera-se que a *igualdade*

---

<sup>413</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 14-17.

<sup>414</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 113.

*de oportunidades*, por si só, não é hábil a corresponder à verdadeira equalização dos estágios iniciais de busca pelos projetos individuais de vida.

O escopo do modelo de *igualdade de posições* de reduzir as disparidades entre as posições sociais e permitir com isso a maior mobilidade dos indivíduos entre elas encontra-se nitidamente estampado na arquitetura constitucional brasileira. Ele se faz transparecer na enunciação dos valores sociais do trabalho como fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º, IV, CF), na determinação que erige como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade não apenas livre e justa, mas também *solidária*, a garantia do desenvolvimento nacional (quando analisado em sua perspectiva humana e social) e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I, II e III, CF). O mesmo se percebe quando a Lei Maior funda a ordem econômica nacional na valorização do trabalho humano e, novamente, incorpora como princípio a diminuição das desigualdades regionais e sociais, bem como a busca do pleno emprego (art. 170, *caput*, VII e VIII, CF).

Esses valores juridicizados pela ordem constitucional na forma de princípios jurídicos, tais como a solidariedade, o desenvolvimento social, a igualdade material e o trabalho digno não são satisfeitos somente com a igualização das condições iniciais de vida dos indivíduos. Esse ponto de partida é necessário, porém insuficiente. Sua concretização requer uma aproximação entre as posições distribuídas no seio da sociedade, mediante a redução de disparidades entre as rendas, as condições de vida, o grau de valorização dos empregos e postos de trabalho, etc.<sup>415</sup> E essa eliminação das posições sociais injustas, por meio da diminuição dos espaços entre elas, encontra-se presente no espírito constitucional brasileiro, quando se verifica, por exemplo, a previsão do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF), cuja finalidade é, precisamente, evitar a formação de posições sociais exageradamente dessemelhantes e empreender a redistribuição de recursos. A realização desses escopos clama pelo modelo de *igualdade de posições*, o qual só será implementado se reconhecida a jusfundamentalidade plena dos direitos sociais.

Conforme observam Júlia Ávila Franzoni e Juliana Pondé Fonseca, a *igualdade de oportunidades*, em sua vertente aqui analisada, é obstaculizada por fatores práticos que impedem a sua concretização, eis que a igualdade do ponto de partida dentro da lógica desse modelo é inatingível. Se a diferença entre as classes é admitida como algo justo e aceitável – como o é no arquétipo da *igualdade de oportunidades* – torna-se difícil assegurar com plenitude que todos os indivíduos logrem alcançar iguais pontos de partida. Sublinham as autoras o fato de que o princípio meritocrático (cada indivíduo merece alcançar os seus objetivos de acordo com o seu esforço), para funcionar equitativamente, demandaria uma eliminação de todas as variáveis que afetam as oportunidades dos indivíduos de conquistar as posições sociais mais privilegiadas. E disso se infere que “enquanto existirem não somente classes sociais, como também qualquer tipo de estrutura familiar, o princípio de oportunidades equitativas só pode ser realizado de forma imperfeita”, pois fatores como a existência de posições extremamente desfavorecidas e a possibilidade de alguns se beneficiarem, *v.g.*, de riquezas herdadas de seus familiares, impedem que se chegue a um ponto de partida equânime a todos.<sup>416</sup>

<sup>415</sup> Carolina Zancaner Zockun sugere uma série de medidas que devem ser adotadas pelo Estado para fomentar a plenitude eficaz do direito ao trabalho, exatamente com esse propósito: ZOCKUN, Carolina Zancaner. A intervenção do Estado na ordem social e o direito ao trabalho. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coords.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social**: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 205-215.

<sup>416</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. **Igualdade...** *Op. Cit.*, p. 9.

Essa problemática, no cenário brasileiro, é metaforicamente comparada pelas autoras com uma enorme dança das cadeiras, que envolve toda a população nacional. As cadeiras da brincadeira infantil – compreendidas como as posições existentes na sociedade – são escassas diante da numerosa quantidade de pessoas querendo brincar – isto é, ocupar cada uma delas. Ocorre que alguns sequer têm condições de lutar por um assento e, ademais, há gritante diferença entre elas: enquanto algumas se assemelham a confortáveis e imponentes tronos, outras consistem em banquetas estropiadas. Nessa brincadeira, não basta conquistar um assento qualquer; o ideal é conseguir os melhores deles, para receber os maiores prêmios, que variam conforme a qualidade da cadeira. As injustiças são muitas, porque não envolvem apenas a (im)possibilidade de brincar. Elas englobam, igualmente, o problema da disparidade das cadeiras, e das condições de cada participante de lograr as paragens mais privilegiadas.<sup>417</sup>

As formas de resolução do problema da desigualdade ínsita à brincadeira (e, paralelamente, à realidade brasileira) são expostas mediante dois caminhos distintos: pela *igualdade de oportunidades*, seria mais justo proporcionar aos participantes idênticas condições de concorrer às melhores cadeiras, sendo irrelevante a existência de disparidades entre os assentos e os prêmios a eles associados, pois pressupõe-se que, partindo de iguais posições, o esforço e o mérito de cada um é que definirão o resultado; pela *igualdade de posições*, o ideal seria diminuir as discrepâncias entre as cadeiras e seus prêmios respectivos, por compreender-se que, do contrário, não haverá efetiva igualdade de chances entre os disputantes.<sup>418</sup>

A aderência à proposta da *igualdade de oportunidades* ainda é majoritária, não só no Brasil, como também em outros países.<sup>419</sup> A população parece aceitar que assegurando um mínimo de recursos capaz de possibilitar a todos um igual ponto de partida, somado à possibilidade, a partir daí, de exercício igualitário das liberdades, seria possível minimizar as discriminações existentes entre os indivíduos no que toca à oportunidade de aceder às melhores posições. Mais do que *possível*, julgam que isso seria *suficiente* para se chegar a uma solução justa. O discurso da garantia universal da educação aos cidadãos como panacéia para os males da sociedade funda-se nessa concepção.<sup>420</sup>

Acontece que o modelo da *igualdade de oportunidades* não é capaz de atingir o seu intuito principal, pois sem minimizar as disparidades entre as diversas posições sociais – condições de vida, renda, trabalho, etc. – não se consegue acabar com as discriminações que afetam as posições sociais mais prejudicadas, nem permitir aos ocupantes das banquetas mais surradas a conquista dos mais avantajados tronos (e de seus respectivos prêmios). Veja-se o caso da educação: proporcionar igualdade de acesso às escolas, por mais positivo que seja, não faz com que as dificuldades sociais experimentadas pelos alunos mais pobres deixem de prejudicar o seu rendimento acadêmico,<sup>421</sup> de sorte que, ao final, ele não desfrutará necessariamente das mesmas chances de conquistar os melhores postos de trabalho. E isso não depende apenas do mérito de cada um. Logo, a desigualdade extrema inviabiliza que providências pontuais, tal qual a educação gratuita, bastem para igualizar o estágio inicial a partir do qual cada um deve prosseguir com apoio no seu próprio esforço. Enquanto perdurarem as discrepâncias entre as classes sociais, persistirão as desigualdades de oportunidades.<sup>422</sup> A conclusão a que se chega é a

<sup>417</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 4.

<sup>418</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem, Ibidem*.

<sup>419</sup> DUBET, François. **Repensar...** *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>420</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. **Igualdade...** *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>421</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 9-10.

<sup>422</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 20.

de que “não há como falar em iguais chances se existem posições flagrantemente discrepantes na sociedade. Não há como equalizar oportunidades numa realidade desigual sem reduzir a distância entre as posições”.<sup>423</sup>

O cotejo dessas ilações com a temática central desta investigação conduz as algumas significativas considerações. A primeira delas é que a garantia do mínimo existencial, por si só, não produz como resultado final uma efetiva igualdade de chances entre os cidadãos de alcançar as melhores posições na sociedade. Embora imprescindível, ele não é o bastante, já que os cidadãos que forem contemplados apenas com esse piso mínimo estarão a uma distância tão estratosférica dos sujeitos mais abastados da sociedade que eles muito dificilmente poderão, por maiores que sejam os seus méritos e esforços, galgar os postos mais elevados. Aos indivíduos “agraciados” somente com o mínimo existencial, o “elevador social” de que fala Dubet<sup>424</sup> não concede acesso aos andares mais altos. Destarte, insistir no modelo de *igualdade de oportunidades* reduzindo a jusfundamentalidade dos direitos sociais a um patamar mínimo não leva à real igualdade de chances entre os cidadãos.

Por esse motivo, mesmo que a Constituição Federal de 1988 propugnasse apenas pela tutela da autonomia privada dos indivíduos, tendo como foco de proteção único as liberdades, ele não seria alcançado com base nessa racionalidade. Mas o fato é que, como visto, a concepção de justiça social inscrita na Lei Fundamental brasileira é mais ampla. Ela se compromete com a construção de uma sociedade que, para ser *justa*, não basta ser *livre*: deve também ser *solidária* (art. 3º, I, CF). Como bem observa Clèmerson Merlin Clève, os direitos sociais tutelados pela Constituição de 1988 não se prestam somente a oferecer ao cidadão um mínimo, pois ela sinaliza para a ideia de máximo.<sup>425</sup>

A segunda constatação, derivada da primeira, é que para se atingir a *igualdade de posições*, diminuindo os largos espaços entre as classes, os direitos sociais devem ser guindados à dignidade constitucional de direitos fundamentais, em sua plenitude, e não apenas em sua dimensão mínima. É claro que esse máximo dos direitos sociais irá depender “do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país”.<sup>426</sup> Aceitar a jusfundamentalidade integral dos direitos sociais não significa bradar, inconsequentemente, a possibilidade jurídica ou fática de se reclamar pela via judicial a sua plena satisfação. Mas implica reconhecer a potencialidade expansiva do seu conteúdo, que se espraia também sobre o legislador e a Administração Pública, além de permitir, mesmo na esfera do Judiciário, o reconhecimento de outras gradações da aplicabilidade imediata dos comandos que o veiculam, para além do mínimo existencial.

Admitindo-se esse nível maior de exigibilidade dos direitos sociais, decorrente da sua condição de direitos fundamentais e da sua submissão total ao regime jurídico jusfundamental, em especial do traço que lhes confere incidência imediata, ampliam-se as condições individuais de aceder a melhores posições sociais, minimizando-se as discrepâncias entre elas e impulsionando a eliminação dos postos mais desfavorecidos e injustos. A tendência com isso é de, por um lado, proporcionar maiores chances aos participantes da dança das cadeiras de conquistar os melhores assentos (como pretendia o modelo da *igualdade de oportunidades*), e, por outro, substituir as banquetas mais surradas por cadeiras melhores e possibilitar a cada

<sup>423</sup> FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. *Idem*, p. 22.

<sup>424</sup> DUBET, François. **Repensar...** *Op. Cit.*, p. 99.

<sup>425</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 106.

<sup>426</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem, Ibidem*.

participante condições de assegurar os lugares por eles alcançados (finalidades próprias da *igualdade de posições*).

Apenas para dar um exemplo, os avanços conquistados na última década em matéria de desenvolvimento social decorreram não apenas de políticas de redução da miséria e da extrema pobreza. Eles derivaram, também, da criação de milhões de novos postos de trabalho, com carteira assinada e da ampliação do pagamento de benefícios pela previdência social, os quais, diferentemente dos auxílios da assistência social, destinam-se apenas aos contribuintes, dotados de renda suficiente para contribuir com o sistema previdenciário. De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE, no ano de 2011 pouco mais de 51 milhões de brasileiros recebiam menos de meio salário mínimo. Caso não houvesse os benefícios da previdência, o número aumentaria para quase 75 milhões. Logo, a implementação do direito fundamental à previdência social, composto por desdobramentos que extrapolam o mínimo existencial (distintamente dos benefícios da assistência, por exemplo, que se integram ao mínimo), foi responsável por retirar mais de 23 milhões de cidadãos da linha da pobreza.<sup>427</sup>

As construções teóricas relacionadas ao mínimo existencial são úteis para identificar um núcleo abaixo do qual o cidadão não pode viver com dignidade, fato que eleva sobremaneira a força do argumento em prol da sua satisfação e do afastamento de outros argumentos jurídica e faticamente relevantes que possam obstar a sua efetivação. Dada a sua imprescindibilidade para a manutenção de um dos mais importantes bens protegidos pelo Direito – a vida digna – ele se torna um mecanismo argumentativo de inquestionável relevância para sobrepor a sua realização sobre qualquer outro fundamento tendente a refutá-la, ou, ao menos, para aqueles que negam a sua natureza de *regra* ou de *direito definitivo*, para elevar ao teto o ônus argumentativo do intérprete que objetive negá-lo.

Mas no quadro constitucional brasileiro, a concepção de justiça social nele pintada exhibe a evidência de que, tanto quanto o mínimo existencial, as parcelas dos direitos sociais que o excedem são imprescindíveis para fornecer aos cidadãos iguais oportunidades de acesso às melhores posições sociais, e necessárias tanto para diminuir as desigualdades entre elas, quanto para permitir estabilidade aos indivíduos nas posições por eles obtidas. Sem níveis otimizados de saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, etc., é inviável lograr acesso às melhores condições de vida, bem como manter as conquistas alcançadas.

Reconhecer os direitos econômicos e sociais como direitos integralmente fundamentais, submetidos plenamente ao regime jurídico reforçado que lhes é conferido pela Constituição Federal, e imprimir-lhes aplicabilidade imediata na maior medida possível sem descuidar da diferença de natureza entre os variados deveres que eles impõem ao Estado, é mais do que uma questão de mera querela acadêmica: é construir uma *dogmática constitucional emancipatória*<sup>428</sup>

<sup>427</sup> Dados consultados no site: <[http://www.anfip.org.br/informacoes/artigos/Previdencia-Social-90-anos-combatendo-a-pobreza-e-reduzindo-as-desigualdades-sociais-Alvaro-Solon-de-Franca\\_24-01-2013](http://www.anfip.org.br/informacoes/artigos/Previdencia-Social-90-anos-combatendo-a-pobreza-e-reduzindo-as-desigualdades-sociais-Alvaro-Solon-de-Franca_24-01-2013)>. Acesso em 28 jan. 2013.

<sup>428</sup> A *dogmática constitucional emancipatória* consiste, nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, em uma renovada linha doutrinária que tem por objetivo “estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana” e “demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 15-16. Exemplo nítido dessa importante posição, desenvolvida na década de 90 no Brasil, pode ser encontrada na seguinte passagem do mesmo autor, muito conhecida e multicitada pela doutrina comprometida com a efetividade constitucional, extraída de um dos mais representativos textos desse movimento: “Não basta o discurso-denúncia. Não basta o discurso antropológicamente simpático ou amigo (amigo das classes

dos direitos fundamentais que, de um lado, não seja míope às limitações da realidade brasileira, e, de outro, guarde afinada sintonia com a complexa e plural concepção de justiça social abrigada pelo tecido constitucional.

### **2.3. Do desenvolvimento como liberdade ao desenvolvimento como igualdade: consequências para a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais**

Estreitamente relacionado com o fundamento que se acabou desenvolver – a priorização da igualdade de posições – há um segundo elemento chave que impõe a extensão da jusfundamentalidade dos direitos sociais (e de sua exigibilidade) para além do mínimo existencial. É a concepção de *desenvolvimento* incorporada pela Constituição brasileira.

Diferentemente da noção difundida ao largo dos anos 1960, restrita a uma dimensão economicista, e de algumas proposições contemporâneas, de matizes nominalmente liberais, os contornos da ideia de desenvolvimento delineados pela Lei Fundamental de 1988 lhe imprimem coloração diversa. Cuida-se de uma feição intimamente vinculada com o valor da *igualdade*. A imperiosidade, ressaltada no tópico precedente, de reduzir as distâncias entre as posições existentes na sociedade para diminuir as desigualdades entre os cidadãos revela-se como o ponto central do conceito de desenvolvimento.

Da fusão desses dois pilares resulta o norte que se adotou para guiar o embasamento desta pesquisa: o *desenvolvimento social igualitário*. A identificação desse alicerce apresenta-se como uma confirmação ao posicionamento tomado nos itens precedentes, a respeito de qual tendência do Direito Administrativo atual demonstra-se mais alinhada com os ditames constitucionais: a vertente do *Direito Administrativo neoliberal* ou a corrente do *Direito Administrativo social*. De fato, consoante se averbou anteriormente, esta última representa a leitura desse ramo jurídico que mais se coaduna com a arquitetura constitucional brasileira. E essa percepção gera consequências diretas sobre o tema que se está a investigar: a extensão dos deveres da Administração Pública em relação à promoção universalizada dos direitos fundamentais sociais.

Assim, impende nesta sede averiguar: (2.3.1.) a compostura jurídica do desenvolvimento na Constituição Federal de 1988; (2.3.2.) as repercussões que a conexão intrínseca desse conceito à noção de igualdade proporciona em termos de realização dos direitos econômicos e sociais.

---

populares, amigo dos pobres, amigo do humanismo, amigo das esquerdas etc.), como diz Canotilho. Mais do que isso, importa hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnada da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, com a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 37-38.



### 2.3.1. Um conceito de desenvolvimento constitucionalmente adequado: da perspectiva econômica à concepção jurídica

Um segundo sustentáculo que oferece suporte para a prevalência de um *Direito Administrativo social* em detrimento de um *Direito Administrativo neoliberal* consiste no direito ao desenvolvimento, quando compreendido de forma conjugada com a igualdade, nos termos apresentados no apartado anterior. Até porque, uma concepção de desenvolvimento apoiada basicamente no viés econômico e vinculada essencialmente à liberdade, se tomada esta última em uma acepção restritiva, poderia coincidir com a proposta de uma atuação meramente subsidiária de Estado. É preciso, portanto, definir bem a que espécie de *desenvolvimento* se está referindo, à luz do regime adotado pela Constituição de 1988, haja vista a polissemia e a pluralidade de conteúdos que se pode imprimir a essa expressão.

O primeiro aspecto que merece destaque é o fato de o desenvolvimento ser um fenômeno dotado de historicidade. Seu significado varia no tempo e no espaço.<sup>429</sup> De um lado, a concepção que se tinha de desenvolvimento ao longo da década de 1960, por exemplo, distingue-se da compreensão difundida a partir dos anos 1990, a qual, entre outros pontos de diferença, insere a proteção ambiental como elemento constitutivo desse fenômeno.<sup>430</sup> De outro, mesmo em um período historicamente situado, cada realidade econômico-social experimenta dificuldades que lhe são peculiares, sendo descabido tentar identificar, de forma generalizada, etapas de desenvolvimento pelas quais todos os Estados necessariamente deverão passar, tomando uma experiência específica como paradigma.<sup>431</sup> Daí porque dizer-se que o subdesenvolvimento não se trata de um momento naturalmente prévio ao desenvolvimento, mas sim de uma condição particular de determinadas sociedades, com características próprias.<sup>432</sup>

A definição contemporânea de desenvolvimento leva em consideração diversas dimensões, não se restringindo à seara econômica.<sup>433</sup> A interdependência desta com a esfera humana e social é justamente um dos pontos cruciais do conceito, que o diferenciam da noção de crescimento. O chamado “crescimento econômico” diz respeito à elevação do produto nacional em um determinado período, notadamente pelo incremento da eficiência no sistema produtivo.<sup>434</sup> Ele se verifica, portanto, em termos meramente *quantitativos*.<sup>435</sup> O desenvolvimento pressupõe a ocorrência de crescimento econômico, mas não se limita a isso. Para ser alcançado, deve-se “ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda”.<sup>436</sup> Além do aumento quantitativo do produto nacional, ele

<sup>429</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1977. p. 23.

<sup>430</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243.

<sup>431</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52.

<sup>432</sup> Assim manifesta-se Celso Furtado, alertando que “o subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento”. FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto/Centro Internacional Celso Furtado, 2009. p. 161.

<sup>433</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 53, Belo Horizonte, Fórum, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 150.

<sup>434</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade... Op. Cit.**, p. 243.

<sup>435</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 2.

<sup>436</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 28.

reclama transformações estruturais socioeconômicas que importem a melhora *qualitativa* dos padrões de vida dos cidadãos, proporcionando a elevação do bem-estar social.<sup>437</sup>

Por essas razões, uma definição de desenvolvimento limitada ao crescimento econômico, que utilize como único parâmetro de aferição o acréscimo do PIB e que torne o seu aumento como principal objetivo das políticas públicas nacionais, permitiria tranquilamente que os direitos humanos e fundamentais fossem violados ou relegados a um segundo plano para a consecução desse objetivo. O emprego do PIB *per capita* como único indicador para avaliar o desenvolvimento de um país consiste em medida inadequada, por ignorar questões da mais alta relevância para averiguar a qualidade de vida da população – elemento chave do atual conceito de desenvolvimento – tais como condições adequadas de alimentação, acesso à água potável, ao saneamento básico e aos serviços de educação e saúde.<sup>438</sup>

As alterações estruturais necessárias para se caracterizar o fenômeno em apreço devem ser capazes não apenas de modificar a realidade socioeconômica, mas também de conferir-lhe o atributo da sustentabilidade, possibilitando com isso a manutenção do incremento da qualidade das condições de vida da população, e a conseqüente continuidade do processo desenvolvimentista.<sup>439</sup> A sustentabilidade consiste, consoante Juarez Freitas, em “assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro”.<sup>440</sup>

Inexistindo tais transformações de fundo nos âmbitos econômico e social, mas apenas o crescimento produtivo e a incorporação, em determinada sociedade, do progresso técnico e científico experimentado por Estados desenvolvidos, restrita ao estilo de vida e padrões de consumo de uma elite privilegiada, estar-se-á frente à simples modernização.<sup>441</sup> O Estado prossegue subdesenvolvido, eis que não se opera a melhoria das condições existenciais gerais da população, contrapondo-se, de um lado, um grupo minoritário com ampla concentração de renda usufruindo de um elevado padrão de consumo, e de outro, a maior parte dos cidadãos, privados de uma qualidade de vida satisfatória, excluídos do acesso aos caríssimos bens e serviços importados dos países desenvolvidos.<sup>442</sup>

A atual noção de desenvolvimento, portanto, pressupõe a interdependência do aspecto econômico com outros elementos, tais como o social e o político, e a ocorrência de transformações estruturais que permitam, para além das mudanças qualitativas, a sua manutenção de forma sustentável. Ele não se confunde com o mero *crescimento*, circunscrito à elevação produtiva em termos quantitativos, nem com a *modernização*, que não acompanha a melhoria generalizada das condições de bem-estar social da maioria populacional. Em razão disso é que se considera que a expressão “desenvolvimento econômico” não é a mais adequada, haja vista a inexistência de desenvolvimento apenas de natureza econômica.<sup>443</sup>

<sup>437</sup> Nesse sentido, entre outros: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 22; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 53-54.

<sup>438</sup> FUKUDA-PARR, Sakiko; GUYER, Patrick; LAWSON-REMER, Terra; RANDOLPH, Susan; DANIELS, Louise Moreira. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights – A methodology and application to the states of Brazil. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 425-426.

<sup>439</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>440</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41.

<sup>441</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>442</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>443</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 245.

Um exemplo de conceito de desenvolvimento que abrange essa complexidade é o fornecido por Fábio Konder Comparato. Para o autor, trata-se de um “processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político”. O *econômico* manifesta-se por um acréscimo da produção de bens e serviços derivado predominantemente de fatores produtivos internos, e não oriundos do exterior, e alcançado sem o extermínio de bens insubstituíveis integrantes do ecossistema. O *social* é marcado pela conquista gradativa da igualdade de condições existenciais básicas, mediante a efetivação generalizada dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais, tais como saúde, educação, moradia, trabalho, previdência e assistência sociais. E o *político* pressupõe, para que haja o desenvolvimento, que os cidadãos possam assumir efetivamente seu papel de sujeito político, participando ativamente da vida democrática.<sup>444</sup>

A compreensão do desenvolvimento como um direito formado por múltiplas dimensões<sup>445</sup> não se trata, apenas, de entendimento doutrinário. Ela passou a integrar expressamente, desde finais do século XX, documentos jurídicos destinados a promover a sua consagração normativa. Observa-se assim que o direito ao desenvolvimento tem sido, nas últimas décadas, objeto de reconhecimento e regulamentação nos planos internacional,<sup>446</sup> constitucional e legislativo.

A sua positivação decorre da necessidade, identificada pela comunidade internacional, de se adotar nos diversos países providências aptas a assegurar a promoção do desenvolvimento e uma distribuição equânime de riquezas,<sup>447</sup> sem os quais os direitos humanos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais não podem ser exercitados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao prever em seu artigo XXVIII que “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”, inspirou a comunidade internacional a editar a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, no Quênia em 1981. Esta última, em seu artigo 22º, estabelece que “1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade. 2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento”.

Posteriormente, em 1986, foi promulgada a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a qual determina em seu artigo 1 que: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”. Tal documento acaba por redimensionar, formalizar e reforçar a

---

<sup>444</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 363.

<sup>445</sup> Nessa linha, Melina Girardi Fachin se refere ao direito ao desenvolvimento como “um trevo de muitas folhas”, destringindo as diversas dimensões que compõem o seu conteúdo. FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. f. 180-228.

<sup>446</sup> Sobre o tema, ver: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 117-151.

<sup>447</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 469.

ideia de desenvolvimento como um direito “interdependente e indivisível dos demais direitos humanos”.<sup>448</sup>

Na Constituição de 1988 é possível, de forma implícita, reconhecer a existência do direito fundamental ao desenvolvimento. Isso se dá por meio da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, §2º, CF), que admite a existência de outros direitos materialmente fundamentais, decorrentes do *regime* e dos *princípios* adotados pela Lei Maior, e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.<sup>449</sup> A atribuição de *status* de direito fundamental a posições jurídicas não inseridas formalmente no rol do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição (arts. 5º a 17), nem expressamente em outras partes do texto constitucional, exige que elas ostentem conteúdo e importância que as aproximem dos direitos formalmente fundamentais, e que derivem diretamente dos princípios enumerados do art. 1º ao 4º do Título I (“Dos Princípios Fundamentais”).<sup>450</sup>

Nessa esteira, ainda que se pudesse aludir também a uma série de outros elementos integrantes do *regime* democrático e social que permeia a Lei Fundamental brasileira,<sup>451</sup> o direito em referência encontra-se umbilicalmente ligado a uma série de valores albergados nos *princípios* inseridos no Título I da Lei Maior. A cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) representam, como antes mencionado, um dos escopos principais da noção de desenvolvimento, em sua vertente humana e social. É exatamente a maximização das condições de existência digna e a possibilidade de participação ativa dos cidadãos na esfera política, realizando plenamente a democracia, que se objetiva com os elementos *social* e *político* do conceito de desenvolvimento acima referido. E os objetivos fundamentais da República, enunciados nos quatro incisos do art. 3º, não deixam dúvidas quanto à vinculação intrínseca desse direito ao regime e aos princípios acolhidos pelo constituinte de 1988.

Erigiu-se de maneira explícita em tais dispositivos, como finalidade última e primordial do Estado brasileiro, a construção de uma sociedade livre, *justa e solidária*, a garantia do *desenvolvimento* nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a *redução das desigualdades* sociais e regionais e a promoção do *bem de todos*. Todos esses objetivos consubstanciam decisão política deliberada do constituinte nacional de compelir a atuação de todos os Poderes Públicos à otimização da qualidade de vida da população, extirpando não apenas as condições miseráveis de larga parcela dos cidadãos brasileiros, mas também a desigualdade social existente entre eles, tal como se analisou no tópico anterior. Consistem, portanto, em marcos jurídicos do desenvolvimento, de patamar constitucional, que desfrutam de caráter imperativo e obrigam o legislador, o juiz e a Administração Pública a concretizá-los. É nesse influxo que se pode identificar o art. 3º do texto constitucional como a “cláusula

<sup>448</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. *Idem*, p. 470.

<sup>449</sup> Nesse sentido, posicionam-se: FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 193, e GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>450</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 92-93.

<sup>451</sup> Apenas para citar alguns, o direito ao desenvolvimento guarda estreita sintonia com os direitos sociais (art. 6º), com a ordem econômica disciplinada pelos ditames da justiça social para assegurar uma existência digna (art. 170), com a ordem social fundada no primado do trabalho e com o intuito de propiciar bem-estar e justiça sociais (art. 193), com a proteção aos direitos culturais (art. 215), com o dever estatal e social de proteção do meio-ambiente (art. 225), com o direito ao desenvolvimento tecnológico (art. 218), entre outros. Nessa linha: SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao desenvolvimento e justiça de transição...** *Op. Cit.*, p. 472.

transformadora” da realidade brasileira, cuja finalidade consiste na superação do subdesenvolvimento.<sup>452</sup>

É preciso pontuar, na linha proposta por Melina Girardi Fachin, que o conceito de desenvolvimento que permeia a Constituição de 1988 pode ser encarado sob um viés *extrínseco* e outro *intrínseco*. O primeiro deles, presente em passagens como o art. 3º, II e o art. 174, §1º (que aludem a desenvolvimento *nacional*), diz respeito ao plano estatal, relacionando-se com o crescimento da produção econômica e o equilíbrio da estruturação organizacional e financeira do Estado. O segundo, de caráter subjetivo, concerne à implementação de condições materiais de existência digna, que permitam a cada cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade.<sup>453</sup>

A conjugação dessas duas perspectivas revela que a conceituação complexa de desenvolvimento que aqui se adota, nos termos da conformação previamente apresentada, encontra respaldo no sistema constitucional pátrio. Trata-se de uma compreensão que confere ampla relevância aos elementos humano e social. É a posição de Celso Furtado, quando, ao discorrer sobre as dimensões que integram o conceito de desenvolvimento, sustenta que além do aumento da eficácia do sistema produtivo e do alcance dos fins pretendidos pelos grupos sociais dominantes que concorrem na fruição de recursos escassos, encontra-se a satisfação das necessidades elementares da população. E sublinha que esta última dimensão não é obtida, automaticamente, em razão do incremento da eficácia da produção.<sup>454</sup>

É precisamente esse aspecto – de agregar a satisfação das necessidades humanas como uma faceta primordial do conceito – que modifica o enfoque tradicional emprestado à temática, o qual se orientava basicamente pela questão da eficiência econômica.<sup>455</sup> E é também esse ponto que torna o tema do desenvolvimento como peça chave para a análise do objeto de investigação deste trabalho: o grau de exigibilidade dos direitos fundamentais econômicos e sociais, no marco de uma Administração Pública inclusiva, em meio ao embate entre as tendências do *Direito Administrativo neoliberal* e do *Direito Administrativo social*.

### 2.3.2. Repercussões do dever constitucional de promoção do desenvolvimento igualitário em matéria de direitos fundamentais sociais

A dimensão humana e social do desenvolvimento, representada pela satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, só pode ser alcançada mediante um sistema adequado de implementação, por parte da Administração Pública, de prestações voltadas à realização dos direitos fundamentais sociais,<sup>456</sup> tais como educação, moradia, alimentação, saúde, previdência e assistência sociais, entre outros.<sup>457</sup> Um exemplo da conexão inafastável entre desenvolvimento e os direitos econômicos e sociais revela-se no fato de que antigamente o cálculo do índice de desenvolvimento humano (IDH) se limitava a indicadores econômicos (PIB *per capita*), e

<sup>452</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 37 e 105.

<sup>453</sup> FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 180 e 193.

<sup>454</sup> FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 22-23.

<sup>455</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>456</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>457</sup> Seguindo tal raciocínio, Carla Rister relaciona o conceito de desenvolvimento com diversas passagens do Título VIII da Constituição brasileira, que versa sobre a Ordem Social. RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 389-437.

atualmente engloba também indicadores sociais (educação e longevidade, diretamente ligada à saúde). Logo, o grau de satisfação desses direitos em determinado Estado reflete imediatamente no seu índice de desenvolvimento humano.

A partir dessa lógica é possível avaliar quão desenvolvida se encontra cada sociedade com supedâneo em indicadores do nível de realização dos direitos fundamentais sociais. Uma demonstração disso é a pesquisa empreendida por Sakiko Fukuda-Parr, Patrick Guyer, Terra Lawson-Remer, Susan Randolph e Louise Moreira Daniels, pautada em dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). O estudo foi feito com base em uma complexa fórmula utilizada para medir o grau de cumprimento de direitos econômicos e sociais, que leva em consideração os direitos à alimentação adequada, à moradia digna, ao trabalho decente e ao mais alto padrão possível de saúde. Foram analisados todos os Estados da federação brasileira. Nos resultados da pesquisa, concluiu-se que os Estados-membros que fazem o maior esforço para cumprir suas obrigações relativas aos direitos fundamentais econômicos e sociais são aqueles que conseguem, de forma mais efetiva, manter baixo o número de pessoas vivendo abaixo na linha da pobreza e reduzir as desigualdades de renda. Tendem também a ser mais intensamente urbanizados e ter um número menor de pessoas socialmente marginalizadas.<sup>458</sup>

Essa correlação entre os altos níveis de satisfação dos direitos fundamentais sociais e a manutenção de um estágio de desenvolvimento elevado aponta para a impossibilidade de se conceber o desenvolvimento apenas como *liberdade*, e para a imprescindibilidade do papel interventor do Estado como promotor da *igualdade*, elemento nodal da concepção de desenvolvimento que se pode deduzir da Constituição de 1988. Como visto em tópico precedente (2.2.2.), a mera *igualdade de oportunidades*, supostamente atingida quando fornecidas as condições mínimas de existência digna necessárias para o exercício das liberdades, é insuficiente para reduzir efetivamente as desigualdades entre as posições sociais, e assegurar assim a possibilidade de manutenção das melhorias obtidas em termos de qualidade de vida. E como assinalado há pouco (2.3.1.), essa permanência das condições de bem-estar social alcançadas por conta do desenvolvimento – relacionada com a noção de *sustentabilidade* – consiste em um dos elementos que integra o próprio conceito.

Tome-se como referência a já clássica tese de Amartya Sen, que compreende o desenvolvimento como *liberdade*. O autor assevera que o fenômeno sob exame tem por objetivo eliminar as diversas formas de privação da liberdade, tais como “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”<sup>459</sup>. Com isso, defende que as liberdades se manifestam simultaneamente como finalidades do desenvolvimento e como meios para atingi-lo. Mas o conceito de liberdade por ele manejado é muito mais alargado do que a acepção comum emprestada a essa expressão.<sup>460</sup> Ele engloba entre as chamadas liberdades substantivas (*freedoms*) as capacidades básicas do indivíduo, tais como as condições para se

<sup>458</sup> FUKUDA-PARR, Sakiko; GUYER, Patrick; LAWSON-REMER, Terra; RANDOLPH, Susan; DANIELS, Louise Moreira. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights – A methodology and application to the states of Brazil. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 450.

<sup>459</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...** *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>460</sup> O autor se refere a cinco tipos de liberdades: as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...** *Op. Cit.*, p. 25.

evitar carências como a fome, a subnutrição e a morte prematura, e as liberdades relacionadas com as aptidões como ler, expressar-se, fazer cálculos e participar da política. Portanto, o termo liberdade em sua obra adquire conotação extremamente ampla, não se limitando (embora incluindo) às liberdades formais (*liberties*), comumente relacionadas aos direitos dos indivíduos de não sofrerem intervenções restritivas ao exercício dos seus direitos e faculdades legais.<sup>461</sup>

Daí se percebe que se ao Estado competisse assegurar apenas a liberdade, quando concebida em um sentido mais restrito do que o empregado por Amartya Sen (como geralmente ocorre), não se alcançaria de forma efetiva o desenvolvimento, em razão da continuidade das *desigualdades* sociais. A abordagem de Sen só consegue identificar o desenvolvimento com a ideia de liberdade quando estende radicalmente essa noção,<sup>462</sup> nela inserindo garantias que tradicionalmente não são consideradas como liberdades.

Nessa linha, embora a proposta do autor utilize o rótulo da *liberdade*, não há como negar que “esta, pura e simples, não vinculada à busca da efetividade dos mencionados direitos econômicos e sociais, poderá levar a uma sociedade fortemente inigualitária, mediante a concessão de direitos apenas do ponto de vista formal”. Por isso, torna-se necessário “aprofundar a abordagem da liberdade, associando-a à busca da igualdade”.<sup>463</sup> É exatamente por isso que se propõe neste trabalho que o desenvolvimento seja associado à noção de *igualdade*, e não de *liberdade*.

A crítica a uma concepção de desenvolvimento como liberdade e a proposta substitutiva de compreendê-lo como igualdade guardam estreita relação com as ideias lançadas no tópico anterior. Ainda que a tese de Amartya Sen inclua as “oportunidades sociais” entre as *freedoms*, a opção pela liberdade como rótulo para explicar o desenvolvimento produz efeitos significativos em termos simbólicos, pois deixa transparecer uma ideologia liberal pautada em uma postura que embora considere o Estado relevante para o desenvolvimento, reputa-o subsidiário. É nesse sentido a crítica tecida por Emerson Gabardo à concepção desenvolvimentista de Sen, por entender que ela reflete “uma espécie de liberalismo fraco em que o desenvolvimento acaba muito mais ligado à idéia de que os homens devem possuir ‘condições mínimas de satisfação’ do que ‘condições máximas de satisfação’”. Ou seja, a posição pressupõe que o Estado desenvolvido será “aquele que conseguir oferecer o mínimo necessário para que a sociedade exerça plenamente sua liberdade”.<sup>464</sup>

Note-se, pois, que entender o desenvolvimento como liberdade implica aceitar a noção de *igualdade de oportunidades* como fator determinante dos fins do Estado, entendimento já refutado no tópico anterior. Tal ideário reputa como justas as desigualdades existentes entre as posições sociais, desde que a todos tenham sido proporcionadas as condições minimamente necessárias para exercer suas liberdades, por considerar que os ocupantes de postos desprivilegiados não lutaram para conquistar patamares mais altos na escala social, embora, em tese, pudessem fazê-lo. Essa racionalidade “esconde uma mentalidade elitista em que se justificam os privilégios a partir da categorização dos sujeitos como *winner*s ou *loser*s”, com base na qual, por muito tempo, justificou-se “que os pobres eram em regra imorais, alcoólatras,

<sup>461</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...** *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>462</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 329.

<sup>463</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>464</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 330.

corrompidos ou no mínimo preguiçosos; agora seriam basicamente estúpidos ou pouco inteligentes — o que deve excluí-los naturalmente a partir da concorrência social”.<sup>465</sup>

Em um Estado Social e Democrático como o brasileiro,<sup>466</sup> o desenvolvimento reclama a sua associação a uma concepção material de igualdade, que não limite a incumbência do Poder Público a propiciar igualdade de condições no ponto partida, mas que também lhe outorgue o dever de agir em prol da redução das desigualdades da sociedade. E isso só é possível mediante uma atuação maximizada da Administração Pública com vistas à plena realização dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Não se ignora que a garantia do mínimo existencial é imprescindível. Ela se trata de condição necessária, mas insuficiente.<sup>467</sup>

No modelo estatal perfilhado pela Constituição de 1988, é indispensável uma atuação interventiva do Estado com vistas à distribuição. Trata-se do conceito-chave do Estado Social.<sup>468</sup> E essa função primacial do Poder Público ganha relevo na realidade brasileira, marcada por acentuadíssimas desigualdades que só podem ser solucionadas através de uma repartição mais igualitária.

Na situação nacional, a grande causa que subjaz a esse cenário não repousa sobre uma ausência de recursos financeiros, especialmente diante do crescimento econômico vivenciado na última década. O problema principal consiste na grave crise de distribuição, demonstrada pelo fato de o Brasil ser um dos países dotado de maior desnível entre os mais ricos e os mais pobres da população,<sup>469</sup> situando-se entre os 12 países mais desiguais.<sup>470</sup> Ainda que na última década tenha havido reiteradas quedas dos índices de desigualdade de renda no país, informações do Censo 2010 demonstram que os 10% mais ricos no País têm renda média mensal trinta e nove vezes maior que a dos 10% mais pobres. Para que estes consigam reunir a renda média mensal daqueles (R\$5.345,22), teriam que juntar a sua remuneração mensal total (R\$137,06) durante três anos e três meses.<sup>471</sup> Além disso, uma recente pesquisa indicou que as 124 pessoas mais ricas do país concentram um patrimônio de 544 bilhões de reais, o que equivale a cerca de 12,3% do PIB brasileiro.<sup>472</sup>

É nessa conjuntura que a tendência atual do Direito Administrativo pátrio caminha para o rechaço da corrente do *Direito Administrativo neoliberal* (que ganhou corpo na década de 1990) e para a consolidação contemporânea de um *Direito Administrativo social*. A formulação de uma política nacional de desenvolvimento reclama uma postura ativa e coordenadora do

<sup>465</sup> GABARDO, Emerson. *Idem*, p. 330.

<sup>466</sup> A indiscutível decisão do constituinte brasileiro de 1988 em adotar um modelo de Estado Social de Direito é bem sintetizada por Carolina Zancaner Zockun: “De fato, o Estado Brasileiro tem o perfil de um Estado eminentemente de Bem-Estar Social, na medida em que estão insculpidos entre seus fundamentos, princípios e objetivos: a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária* (art. 3º, I), a *erradicação da pobreza* e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), a promoção do bem de todos, sem distinção (art. 3º, IV), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III), a existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*), a *busca do pleno emprego*, dentre outros inúmeros dispositivos”. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

<sup>467</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 341 e 344.

<sup>468</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 106.

<sup>469</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 337.

<sup>470</sup> Dado extraído do site: <<http://oglobo.globo.com/economia/desigualdade-social-cai-pelo-12-ano-consecutivo-diz-fgv-4246915>>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>471</sup> As informações foram colhidas no site: <<http://www.sedufsm.org.br/index.php?secao=noticias&id=351>>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>472</sup> CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE – CEBES. **Apenas 124 pessoas concentram mais de 12% do PIB do Brasil**. 02.01.2014. Disponível em: <<http://cebes.com.br/2014/01/apenas-124-pessoas-concentram-mais-de-12-do-pib-do-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2014.



Estado, a qual “desapareceu das considerações governamentais com o neoliberalismo”.<sup>473</sup> O Poder Público não pode restringir-se a regular e fomentar os agentes econômicos privados. O art. 174 da Constituição impõe o dever de instituir um planejamento, mediante a conjugação de esforços entre os Poderes Executivo e Legislativo, que logre concretizar os objetivos previstos no texto constitucional, vinculando as previsões orçamentárias à sua consecução.<sup>474</sup>

Concorda-se com Emerson Gabardo, quando afirma não ser “apropriada a idéia de que o Estado deve ser subsidiário, muito menos de que deve se restringir à garantia de dignidade (ou seja, do mínimo para ser livre — mesmo que numa concepção elástica de liberdade)”, competindo-lhe, pelo contrário, “oferecer o máximo para os indivíduos”.<sup>475</sup> E não se trata aqui de mera opção teórica ou orientação ideológica, mas de decisões políticas do constituinte brasileiro, traduzidas em normas jurídicas, conforme já demonstrado até aqui. A realização do bem-estar social, nos termos da Constituição Federal, reclama uma atuação estatal intervencionista. Por meio do planejamento, o Estado figura como o principal propulsor do desenvolvimento, através da coordenação dos agentes públicos e privados com vistas à transformação das estruturas socioeconômicas, à distribuição e descentralização da renda, e à integração social e política dos cidadãos.

Os diversos dispositivos do Título VIII, “Da Ordem Social”,<sup>476</sup> que disciplinam as incumbências e competências quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais, não estabelecem em momento algum uma atuação secundária ou acessória do Estado. Eles apenas permitem uma ação concertada entre Estado e sociedade civil, dirigindo a esta, em algumas matérias, deveres concomitantes àqueles encomendados ao Poder Público, sem conferir prioridade de atuação à iniciativa privada. Verifica-se em diversas passagens, como no campo da seguridade social (art. 194), da saúde (art. 196, *caput*, 198, II e 199, §1º), da assistência social (arts. 203, 204, *caput* e II) e da educação (arts. 205, 208, 209, 213 e 227), que o constituinte confere ao Estado “uma inafastável competência própria e direta para gerir o processo de desenvolvimento”, atribuindo à sociedade e à comunidade deveres de ação complementar.<sup>477</sup>

Nos campos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, a rejeição de um caráter subsidiário ao Estado conduz a significativas repercussões, mormente quanto ao dever de efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Como se viu, no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição até os primeiros anos do século XXI, difundiu-se a tendência que aqui se chamou de *Direito Constitucional da efetividade*. O casamento dessa corrente com um *Direito Administrativo individualista*, herança da construção liberal desse ramo jurídico, levou a uma postura muitas vezes excessiva do Poder Judiciário, que apesar de bem intencionada e preocupada com a concretização dos direitos sociais acabou, muitas vezes, atrapalhando a sua realização universalizada pelo Poder Executivo. Essa tendência encontra-se orientada para a proteção dos direitos individuais contra o Estado, e “não para a implementação dos princípios e políticas consagrados na Constituição”.<sup>478</sup>

<sup>473</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>474</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Idem*, p. 76-77.

<sup>475</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 331.

<sup>476</sup> Sobre o tema da ordem social na Constituição brasileira de 1988 ver, por todos: ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social.** São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>477</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 247.

<sup>478</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 77.

Esse descompasso entre as formas e institutos clássicos do Direito Administrativo liberal, forjados no século XIX, e as necessidades prestacionistas do Estado Social<sup>479</sup> revela-se de maneira evidente quando se investiga o tema em apreço. E é neste ponto que aquele modo de encarar o Direito Administrativo colide com a atual tendência de um *constitucionalismo igualitário*. A consolidação de um *Direito Administrativo social*, que possa caminhar de forma harmonizada com a nova roupagem do Direito Constitucional, reclama o repensar de alguns dos dogmas da doutrina e da jurisprudência administrativistas, buscando-se um modelo dinâmico de Administração Pública inclusiva que, de um lado, assegure a realização efetiva dos direitos econômicos e sociais, e, de outro, aja com respeito ao princípio da igualdade. Não basta a concessão de tais direitos de forma individualizada pelo Judiciário. É preciso uma atividade administrativa racionalmente planejada.

E aqui entram as figuras do planejamento e das políticas públicas como instrumentos de promoção universalizada do desenvolvimento, contrapondo-se ao casuísimo judicial. No modelo de Estado Social, o governo não pode se limitar a gerenciar fatos conjunturais. A Constituição impõe o planejamento das ações futuras, por meio da formulação de políticas a serem implementadas a médio e a longo prazo. Para a execução destas, pressupõe-se uma racionalização técnica dos recursos disponíveis, que levem em conta, globalmente, os objetivos e programas sociais traçados pelo constituinte.<sup>480</sup> É essa a lição de Thiago Marrara, ao pontuar que “para atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro”.<sup>481</sup>

A promoção do desenvolvimento e a efetivação plena dos direitos fundamentais econômicos e sociais, requisitos essenciais para o atingimento dos objetivos da República descritos no art. 3º da Constituição, não serão alcançados somente pela postura ativista do Poder Judiciário. Conquanto esta seja, muitas vezes, realmente necessária entre as diversas engrenagens postas à disposição do cidadão para a satisfação de suas necessidades constitucionalmente tuteladas, a realização de tais propósitos demanda a atuação programada de uma Administração Pública inclusiva. E isso se dá por meio do planejamento, que “coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística”.<sup>482</sup>

Essa questão deve se tornar, dentro da tendência sob discussão, uma pauta prioritária do Direito Administrativo. A temática da concretização dos direitos econômicos e sociais não pode ser debatida apenas pelo Direito Constitucional, pois como visto até aqui, ela deve caminhar *pari passu* com a questão do desenvolvimento. Do contrário, haverá apenas uma implementação eventual e pontual de determinados direitos, sem que se alcance de forma igualitária e universalizada a elevação dos padrões de vida da população de forma duradoura e sustentável.

---

<sup>479</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Idem*, p. 59-60.

<sup>480</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Idem*, p. 57-58.

<sup>481</sup> MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-45, jul./set. 2011. p. 10.

<sup>482</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento...** *Op. Cit.*, p. 69-70.

Nunca é demais lembrar que alguns dos primeiros passos para a busca do desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional se deram com o Decreto-Lei nº 200/67.<sup>483</sup> Em seu art. 7º, o diploma prevê que “A ação governamental obedecerá a *planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País* e a segurança nacional, norteados por planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de govêrno; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”.

O tema do desenvolvimento e dos direitos fundamentais econômicos e sociais deve, portanto, integrar a agenda do *Direito Administrativo social* hodierno, impactando sobre os tópicos essenciais desse ramo jurídico, tais como a organização administrativa, os serviços públicos, as políticas públicas e a intervenção do Estado na atividade econômica.<sup>484</sup> Somente assim será possível transformar efetivamente as estruturas socioeconômicas da realidade brasileira, propiciando uma atuação estatal que não se limite a assegurar um mínimo necessário para o exercício das liberdades. Por imposição constitucional, impende que a Administração Pública assumam um perfil *inclusivo* e vá além, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e construindo, nos termos do art. 3º da Constituição, não apenas uma sociedade *livre*, mas também *justa e solidária*.

---

<sup>483</sup> OLIVEIRA, Katia Cristine Santos de. O direito ao desenvolvimento, à assistência social e a Constituição da República de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 548.

<sup>484</sup> Carolina Zancaner Zockun bem adverte que “os administrativistas não costumam tratar da intervenção do Estado na ordem social”. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36, nota nº 55. Embora se trate de tema frequentemente estudado sob as lentes do Direito Constitucional, é imprescindível que sejam ampliadas as investigações a respeito da temática a partir do ferramental do Direito Administrativo, construído justamente para implementar os mandamentos constitucionais.

### **CAPÍTULO 3 – DESVENDANDO AS OBSCURIDADES ACERCA DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Um dos propósitos centrais deste estudo é investigar o sentido da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sobre a Administração Pública, como pressuposto para propor mecanismos de combate às omissões administrativas que entravam o desenvolvimento social igualitário. Por isso, faz-se imperioso previamente analisar a interpretação que a doutrina e a jurisprudência conferem à norma constitucional que prevê essa incidência direta – o art. 5º, §1º da Constituição – sobre os Poderes Públicos em geral. Só assim será possível, num segundo momento (Parte II), perquirir o significado jurídico específico desse dispositivo no campo da atividade administrativa, já que o tema não tem sido objeto de estudos mais aprofundados.

A doutrina brasileira ocupa-se, normalmente, em tentar explicar a consequência jurídica dessa determinação constitucional na esfera do Poder Judiciário. Se a aplicabilidade dos direitos fundamentais é imediata, o que é que se pode exigir pela via judicial nessa matéria? E as soluções a esse questionamento, consoante se demonstrará, são as mais variadas. As explicações, em sua maior parte, são lacônicas e evasivas, não esclarecendo o exato alcance dessa aplicação direta.

Ademais, mesmo os autores que comungam da posição de que os direitos sociais são fundamentais e se sujeitam a esse regime jurídico – compreensão aqui compartilhada – tendem a afirmar que embora todos os direitos fundamentais custem dinheiro, necessitem de algum tipo de regulamentação e imponham deveres positivos ao Estado, ainda assim o grau de exigibilidade dos direitos sociais é menor.<sup>485</sup> Ou seja: embora admitam que todos têm aplicabilidade imediata, inclusive os sociais, asseveram que se tratam de aplicabilidades imediatas distintas.

O entendimento que se propõe aqui é outro. Assim, este terceiro capítulo tem o intuito de: (3.1.) demonstrar que a aplicabilidade imediata dos “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais” é rigorosamente a mesma, com base na característica da multifuncionalidade inerente a todos os direitos fundamentais; (3.2.) sustentar que essa incidência direta não se limita ao necessário para atender ao mínimo existencial e tentar explicar de maneira detalhada o seu sentido na perspectiva subjetiva individual.

#### **3.1. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais: por uma efetiva unicidade de tratamento jurídico dos “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais”**

A problemática central que avulta sobre o tema da jusfundamentalidade dos direitos sociais envolve a dificuldade de se aceitar a aplicabilidade imediata das normas constitucionais que os consagram. Isso porque, essa é uma das principais (se não a principal) peculiaridades que caracteriza o regime jurídico especial que o constituinte de 1988 outorgou aos direitos fundamentais. Os óbices normalmente apontados para rejeitar a aplicação imediata dessas normas, consoante explanado no item 2.1.1., são: (a) a topografia das diferentes espécies de

---

<sup>485</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 268 e 271; SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 593-594 e 597.

direitos fundamentais entre os Capítulos do Título II da Constituição brasileira e a localização da norma que institui a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; (b) o influxo da Constituição portuguesa, supostamente consagradora de um regime de aplicação direta somente aos direitos de liberdade; (c) a ausência de contornos constitucionais bem definidos do conteúdo dos direitos sociais e a consequente carência de especificação, pelo legislador, dos deveres a eles correspondentes; (d) a feição prestacional desses direitos e a dependência de recursos financeiros de alta monta para efetivá-los. Os dois primeiros já foram rechaçados em compartimento próprio, pelo que se remete àquilo que já foi dito no item 2.1.2. Convém, neste momento, enfrentar os dois últimos.

Dentro da perspectiva jurídico-dogmática, há um aspecto peculiar da teoria dos direitos fundamentais contemporânea que permite responder, em qualquer ordenamento constitucional, às críticas (c) e (d), largamente evocadas para afastar a incidência direta dos direitos sociais, e, como consequência, subtrair-lhe a nota de fundamentalidade. Trata-se da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Conforme se tentará demonstrar nos próximos subitens, é em virtude dessa característica que se pode compreender a efetiva unicidade de tratamento jurídico entre os “direitos de liberdade” e os “direitos sociais” (3.1.1.), reconhecendo que não há qualquer diferença quanto à aplicabilidade imediata dessas supostas “espécies” de direitos fundamentais (3.1.2).

### *3.1.1. Direitos fundamentais como feixes de posições jusfundamentais (“direito fundamental como um todo”)*

O tema da multifuncionalidade dos direitos fundamentais é explicado com clareza por Robert Alexy. Segundo o autor, tais direitos devem ser encarados como feixes de posições jusfundamentais, ou seja, é preciso observar cada direito fundamental como um “direito fundamental como um todo”<sup>486</sup>. Significa dizer que os direitos fundamentais são multifuncionais,<sup>487</sup> não sendo possível associá-los a uma função única: de cada direito fundamental podem ser extraídos variados deveres, decorrentes de incumbências de distintas naturezas que eles dirigem ao Estado. Por lógica consequência, um determinado direito fundamental irá investir o seu titular em diversas posições jurídicas de caracteres diferenciados, e com base em cada uma delas o cidadão poderá reclamar diferentes obrigações do Poder Público.

As múltiplas funções associadas aos direitos fundamentais são separadas pelo autor em dois grandes blocos: (1) função de *defesa*; (2) função de *prestação*. Dentro do segundo, Alexy propõe a seguinte divisão: (2.1) função de *prestações fáticas* (sentido estrito); (2.2) função de *prestações normativas* (sentido amplo). Este último subgrupo separa-se em (2.2.1) função de *proteção*; (2.2.2.) função de *organização* e de *procedimento*. Esclareça-se o seguinte: essa compreensão não sugere que determinados direitos fundamentais se enquadram na primeira função, enquanto outros se encaixam nas demais; pelo contrário: um mesmo direito fundamental possui, concomitantemente, essas diversas dimensões, podendo-se extrair deveres estatais correlatos a cada uma delas.

<sup>486</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...* *Op. Cit.*, p. 214.

<sup>487</sup> Tal aspecto é ressaltado por Ingo Sarlet, ao mencionar que “várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* *Op. Cit.*, p. 166.

A função de *defesa* dos direitos fundamentais liga-se à perspectiva normalmente associada aos já mencionados direitos de liberdade, ou de primeira geração – nomenclatura já criticada. Diz respeito à proibição de interferência indevida na esfera particular do seu titular, seja em decorrência de ações do Poder Público, seja de sujeitos privados. Impõe uma conduta omissiva, de abstenção do Estado. A dimensão *defensiva* do direito à liberdade de expressão, por exemplo, faz recair sobre o Estado a vedação de afetar as manifestações de pensamento do seu titular, caso não haja expressa autorização para tanto, prevista em uma lei afinada ao texto constitucional. Pelo fato de vincular-se a uma das primeiras funções reconhecidas aos direitos fundamentais, são inúmeros os mecanismos colocados à disposição dos seus titulares pelo ordenamento jurídico para promover a defesa desses direitos, podendo-se citar, ilustrativamente, o *habeas corpus*<sup>488</sup> e o mandado de segurança<sup>489</sup>, ambos assegurados na forma de garantias fundamentais pelo art. 5º da Constituição Federal.

A faceta *prestacional* dos direitos fundamentais revela-se nas posições jurídicas que impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos,<sup>490</sup> exigindo-se a criação dos pressupostos fáticos e jurídicos necessários para o exercício dos direitos. O aspecto *prestacional* pode se apresentar de variadas formas, conforme a natureza da prestação exigida pela norma de direito fundamental. Poderão ser *prestações em sentido estrito* (também chamadas de *materiais* ou *fáticas*), englobando as pretensões jurídicas do indivíduo frente ao Estado a algo que, se ele possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta satisfatória, poderia obter também dos particulares,<sup>491</sup> tais como os serviços de educação e saúde. O atendimento dessa função é o mais complicado, sobretudo em razão da dificuldade relativa à escassez de recursos.

As ações positivas exigidas pela função de *prestação* poderão, por outro lado, constituir *prestações no sentido amplo*, também compreendidas como *prestações normativas*. São os direitos à elaboração de normas pelo Poder Público, seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo,<sup>492</sup> necessárias à proteção de determinados bens jurídicos (função de *proteção*) ou à criação de organizações e procedimentos que auxiliem na promoção e na proteção dos direitos fundamentais (função de *organização* e de *procedimento*).

A função de *proteção* decorre da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual atribui aos Poderes Públicos o dever de protegê-los contra ações de terceiros.<sup>493</sup> São diversos os bens que podem exigir proteção jusfundamental, tais como a saúde, a vida, a dignidade e a liberdade, e são variadas as formas mediante as quais o Estado promoverá essa proteção (v.g., normas de Direito Penal, de Direito Civil, de Direito Processual e de Direito

<sup>488</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 5º, (...) LXVIII – conceder-se-á ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

<sup>489</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 5º, (...) LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

<sup>490</sup> ALEXY, Robert. *Teoria... Op. Cit.*, p. 393.

<sup>491</sup> ALEXY, Robert. *Idem*, p. 443.

<sup>492</sup> Sobre a atividade legislativa do Poder Executivo, ver, por todos: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>493</sup> ALEXY, Robert. *Teoria... Op. Cit.*, p. 398.

Administrativo).<sup>494</sup> Quanto à função de *organização* e de *procedimento*, ela outorga ao Estado o dever de emitir normas jurídicas – legislativas e/ou administrativas – com o fito de criar estruturas organizacionais e procedimentais que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais. Parte-se do pressuposto de que “a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocados à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental”<sup>495</sup>. É o caso do direito fundamental ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto: não se pode exercitar o direito de votar previsto pelo art. 14 da CF se o Estado não propiciar a previsão normativa da organização e do procedimento eleitoral. Um indivíduo desprovido de recursos e acusado em uma ação criminal também não terá meios eficientes de usufruir do direito à assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV da CF) sem a criação, por meio de normas jurídicas, da estrutura organizacional da Defensoria Pública,<sup>496</sup> e de instrumentos processuais adequados à tutela da sua liberdade.

Alexy bem ilustra a multifuncionalidade dos direitos fundamentais ao exemplificar com o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, que, assim como os demais, compõe-se de um plexo de posições jurídicas distintas. Nesse direito estão incluídos diversos desdobramentos, tais como: (i) o direito a que o Estado se abstenha de promover intervenções atentatórias contra o meio ambiente (função de *defesa*); (ii) o direito a que o Estado proteja os cidadãos de intervenções de terceiros que lesionem o ambiente (função de *proteção*); (iii) o direito a que o Estado permita ao titular do direito participar de procedimentos relevantes para o meio ambiente (função de *organização e de procedimento*); bem como (iv) o direito a que o próprio Estado empreenda providências materiais, dirigidas à melhora do meio ambiente (função de *prestação fática*).<sup>497</sup> No tópico 1.1.2, ao qual se remete para evitar repetições, essa multifuncionalidade foi exemplificada com os direitos à educação e à saúde à luz do sistema normativo brasileiro.

Os direitos fundamentais, portanto, gozam dessa particularidade. Não são direitos simples, aos quais corresponde apenas um dever respectivo. São *feixes de posições jusfundamentais*, isto é, direitos que concedem aos seus titulares um conjunto variado de posições jurídicas dotadas de tutela reforçada, e que impõem ao Poder Público uma gama diversificada de obrigações correlatas às diferentes funções exercidas por cada uma dessas posições. Essa complexidade foi amplamente explanada no subitem 1.1.2.

Com apoio nessa característica é que se pretende explicar a sujeição plena dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais.

---

<sup>494</sup> Importa assinalar a distinção entre a função de defesa e a função de proteção dos direitos fundamentais. Enquanto a primeira impõe ao Estado o dever de omitir intervenções, a segunda outorga-lhe o encargo de impedir, por meio de prestações positivas, que terceiros pratiquem intervenções indevidas. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria...** *Op. Cit.*, p. 404.

<sup>495</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 196.

<sup>496</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 134.** A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. §1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”.

<sup>497</sup> ALEXY, Robert. **Teoria...** *Op. Cit.*, p. 392.

### 3.1.2. A aplicabilidade imediata dos “direitos de liberdade” e “direitos sociais” é rigorosamente a mesma: as variações dizem respeito às diversas espécies de funções exercidas por cada direito

As objeções manejadas para questionar a aplicação imediata dos chamados direitos sociais, e, por tabela, a sua jusfundamentalidade, decorrem de um equívoco elementar. Elas associam os direitos de liberdade apenas à função de *defesa*, classificando-os como “direitos de defesa”, e relacionam os direitos sociais somente à função *prestacional*, rotulando-os de “direitos a prestações”. E é justamente aí que reside o grande problema: na maior parte das vezes, leva-se em consideração tão-somente uma das funções a eles inerentes, considerando-a como se fosse a única e despreza-se a evidência de que os direitos sociais, assim como todos os demais direitos fundamentais (inclusive os de liberdade), são multifuncionais.<sup>498</sup> Em outras palavras: ignora-se a perspectiva dos “direitos fundamentais como um todo”, segundo a qual cada direito fundamental representa um feixe de posições jusfundamentais do qual emanam deveres de respeito (função *defensiva*), de proteção (função *protetiva*) e de prestação (função *prestacional*).

Observe-se que, mesmo juristas brasileiros que (i) reconhecem os direitos sociais como fundamentais, (ii) admitem que sua aplicabilidade também é imediata, e (iii) levam em consideração que todos os direitos custam dinheiro, impondo deveres positivos e negativos ao Estado, acabam negando que a estrutura jurídica de tais direitos e sua justiciabilidade seja a mesma dos direitos de liberdade. É o caso de Virgílio Afonso da Silva. Após pontuar que as normas que veiculam direitos sociais não são menos jurídicas do que aquelas que preveem outros direitos fundamentais, afirma que “o fato de serem ‘não menos jurídicas’ não me parece implicar que as normas que garantem direitos sociais devam ser tratadas como se tivessem a mesma estrutura daquelas que garantem direitos civis e políticos, nem que sejam justiciáveis da mesma maneira”. Alega, ainda, que “direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. (...) a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*”.<sup>499</sup> O critério distintivo da estrutura jurídica de tais direitos não seria qualitativo, mas quantitativo.

O autor afirma que os gastos com instituições políticas, judiciárias e de segurança, necessárias à defesa do cidadão contra interferências do Estado e à proteção do indivíduo contra violações de particulares é comum tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos e sociais. Todos eles custam dinheiro para que seja proporcionada a tutela estatal contra ações ofensivas, assegurando uma abstenção do Poder Público ou de outros sujeitos privados. Mas os direitos sociais custariam, no seu entender, *mais dinheiro*, pois além desses gastos comuns aos direitos de liberdade, eles exigem recursos para que o Estado promova prestações fáticas para a sua realização. Assevera, então, que “pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na *conta comum de todos os direitos*”.<sup>500</sup>

Perceba-se, a partir da ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que as duas posições estão equivocadas: as que rejeitam que os “direitos de liberdade” custam dinheiro e as que reconhecem esse dado, mas supõem que os direitos sociais custam *mais dinheiro*.

<sup>498</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>499</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 593 e 597.

<sup>500</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Idem*, p. 594.



Ambas incorrem no mesmo erro: pensar que os altos custos com prestações são inerentes aos direitos sociais, porque os gastos com os “direitos civis e políticos” seriam necessários apenas para financiar o aparato institucional voltado a garantir a abstenção estatal ou de outros particulares. Os chamados “direitos de liberdade”, no que toca à sua função *prestacional*, implicam também despesas específicas que, diferentemente do que sugere Virgílio Afonso da Silva, não se limitam ao custeio de instituições públicas destinadas a assegurar a não intervenção do Estado. É caso, só para dar um exemplo, do direito ao sufrágio: em 2012 a realização das eleições, sem as quais tal direito não poderia ser exercitado, custou R\$ 395.270.694,00 aos cofres públicos.<sup>501</sup> Não foram gastos para evitar a não interferência estatal no direito político do cidadão (função *defensiva*), mas sim para viabilizar a sua fruição (função *prestacional*). E gastos tão vultosos quanto os dispêndios necessários para construir casas, hospitais e escolas, como nos exemplos mencionados pelo autor.

O problema dos custos não está nos direitos sociais, em si mesmos considerados, mas sim nos obstáculos à implementação das funções *protetiva* e *prestacional* dos direitos fundamentais em geral. Cada uma das funções exercidas por um direito fundamental – ou, em outros termos, cada uma das posições jurídicas que dele emana – enseja problemas diferentes, aos quais devem ser dadas soluções diferentes.<sup>502</sup> É errônea, destarte, a imputação dos problemas de aplicação imediata já mencionados aos *direitos sociais*, já que na realidade as dificuldades dizem respeito às *funções de prestação* (*fática*, de *proteção*, de *organização* e de *procedimento*) que derivam de todo e qualquer direito fundamental.

Não se pode associar automaticamente direito de liberdade com “direito de defesa” e direito social com “direito a prestações”. É preciso compreendê-los como “direitos fundamentais como um todo”, que investem o seu titular de várias posições jurídicas: de *defesa* (contra ações do Estado), de *proteção* (contra intervenções de terceiros, evitadas pelo Estado) e de *prestação* (promoção de ações materiais, organizativas ou procedimentais pelo Estado). O mais adequado é analisar o regime de cada uma dessas funções dos direitos fundamentais, em vez de tentar estabelecer um regime específico para o bloco dos “direitos de liberdade” e outro para o grupo dos “direitos sociais”.<sup>503</sup>

A explicação para essa vinculação automática dos direitos sociais com a sua dimensão prestacional (que acaba conduzindo ao esquecimento das demais dimensões) é simples. Segundo Jorge Reis Novais, o que há de comum nos direitos sociais é que: (i) eles têm por objeto de proteção o acesso individual a um bem de natureza econômica, social e cultural indispensável a uma vida digna; (ii) tais bens são escassos, custosos, e os indivíduos só têm acesso a eles se dispuserem de recursos financeiros ou se receberem ajuda ou prestações do Estado. Tratam-se de bens que não existem em abundância na sociedade, mas que são imprescindíveis para o bem-estar e para uma vida com dignidade. Por isso, as normas veiculadoras de direitos sociais impõem ao Estado – além do dever de *respeitar* e *proteger* o acesso a esses bens que os indivíduos conseguiram por si sós – a obrigação de *promover* prestações fáticas e jurídicas que lhes permitam o alcance de tais bens econômicos, sociais e culturais cujo acesso eles não têm, por recursos próprios, condições de conquistar. Como a maioria (ou ao menos grande parte, no caso de países social e economicamente mais desenvolvidos) das pessoas não possui recursos

<sup>501</sup> Informação extraída do sítio: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Novembro/eleicoes-2012-foram-as-mais-baratas-desde-a-implantacao-do-voto-eletronico>>.

<sup>502</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>503</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 151-152.

próprios para lograr acesso a esses bens, normalmente acentua-se apenas a dimensão *prestacional* dos direitos sociais, que exige atuações positivas estatais. Em geral é essa característica utilizada para identificá-los.<sup>504</sup>

Contudo, como visto, essa é apenas uma das várias funções exercidas pelos direitos sociais. A questão pode ser aclarada com um exemplo: se o indivíduo tiver uma moradia, própria ou alugada, irá acentuar mais a dimensão *negativa* desse direito social, isto é, vai se preocupar mais com o *respeito*, por parte do Estado, ao seu acesso à habitação, e com a *proteção* que o Poder Público pode lhe outorgar contra eventuais ofensas ao seu direito por parte de terceiros (despejo arbitrário, por exemplo, se o imóvel for alugado). Mas caso ele não disponha de recursos para adquirir uma propriedade para morar, ou alugar um imóvel com essa finalidade, sua preocupação será maior com a dimensão *prestacional* desse direito, vale dizer, com as prestações positivas que o Estado deve empreender para permitir-lhe o acesso a esse bem, uma vez que as dimensões de *defesa* (respeito do Estado) e de *proteção* (contra outros particulares), para ele, serão pouco úteis ou mesmo irrelevantes, já que nem do acesso ele dispõe.<sup>505</sup>

De maneira global, nos Estados socialmente mais desenvolvidos, que já proporcionam condições mínimas de existência digna aos seus cidadãos e o acesso aos bens fundamentais é mais expressivo, seriam mais relevantes as funções de *defesa* e de *proteção* dos direitos sociais, como forma de assegurar os níveis de acesso já existentes aos bens jurídicos por eles protegidos. Nos países menos desenvolvidos, em contrapartida, a mais visada dimensão dos direitos sociais será, logicamente, a *prestacional*.<sup>506</sup>

Feita essa constatação, passa-se a enfrentar, conforme prometido ao final do item 2.1.2., dois dos argumentos que pretendem negar a incidência do regime jurídico especial dos direitos fundamentais aos direitos sociais, recusando-lhes os traços da jusfundamentalidade, tal como a aplicabilidade imediata: **(a)** os custos elevados decorrentes das prestações positivas necessárias à implementação desses direitos, e **(b)** a ausência de conteúdo constitucional específico, que reclama conformação legislativa infraconstitucional.

**(a)** Não merece prosperar a afirmação de que os direitos sociais não desfrutam de aplicação direta (o que lhes retiraria a qualidade de direitos fundamentais), sob a arguição de que a sua promoção envolve prestações positivas que implicam altos custos financeiros ao Poder Público, diferentemente dos direitos de liberdade, cuja satisfação reclamaria apenas um dever de abstenção estatal. Essa característica que, supostamente, seria peculiar aos direitos sociais, impediria a sua pronta exigibilidade judicial, diante de um quadro marcado pela infinidade de demandas e necessidades populares e pela escassez de recursos para atendê-las. O argumento é falacioso, ou, no mínimo, ingênuo. Ele não leva em conta a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Como já se observou, os direitos fundamentais revelam-se como feixes de posições jurídicas jusfundamentais. Cada um engloba um plexo de direitos, com variadas funções (*defesa*, *prestações fáticas* e *prestações normativas*). E isso vale para todos, sejam eles etiquetados de “direitos de liberdade” ou de “direitos sociais”, ou então, como prefere a divisão de Capítulos do Título II da Constituição brasileira, sejam eles “direitos individuais”, “direitos coletivos”, “direitos sociais”, “direitos de nacionalidade” ou “direitos políticos”. A opção classificatória do constituinte nacional não é algo decisivo, sob o aspecto dogmático ora analisado, para determinar

<sup>504</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 41-43.

<sup>505</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 44.

<sup>506</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, *Ibidem*.

o tipo de obrigações que cada uma dessas categorias de direitos fundamentais faz espargir. Não interessa o rótulo que recebam: todos eles, sem exceção, ostentam a característica da multifuncionalidade, exibindo dimensões negativas e positivas.<sup>507</sup>

É pacífica hoje na doutrina a aceitação de que tanto os tradicionalmente denominados “direitos de liberdade” quanto os chamados “direitos sociais” impingem, simultaneamente, obrigações negativas (impositivas de abstenções) e positivas (atributivas de prestações) ao Estado. Entre incontáveis outros autores, a constatação é feita por Stephen Holmes e Cass Sunstein, Víctor Abramovich e Christian Courtis, Jorge Reis Novais, Gerardo Pisarello, Clèmerson Merlin Clève, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Andreas J. Krell, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Gustavo Amaral, Eurico Bittencourt Neto, apenas para citar alguns nomes.<sup>508</sup> Por isso, essa divisão em dois blocos antagônicos entre “direitos de liberdade” vs. “direitos sociais”, “direitos de primeira geração (ou dimensão)” vs. “direitos de segunda geração (ou dimensão)”, “direitos de defesa” vs. “direitos a prestações”, ou “direitos civis e políticos” vs. “direitos econômicos, sociais e culturais”,<sup>509</sup> para fins de determinação do regime jurídico aplicável, é artificial. A inclusão de um direito fundamental no catálogo de direitos de liberdade ou no rol de direitos sociais, em determinada Constituição, nada mais é do que uma convenção, uma classificação que leva em conta tão-somente o aspecto predominante ou principal de cada direito, o que não significa dizer que, em sua essência ou em sua totalidade, eles sejam distintos.<sup>510</sup>

Nenhum direito fundamental é, em si, um direito de liberdade ou um direito social. Prova disso está na cisão de distintas pretensões jurídicas vinculadas a um mesmo direito fundamental em disposições constitucionais diversas, situadas em capítulos diferentes.<sup>511</sup> É o caso do direito ao trabalho, que se manifesta na liberdade de escolha profissional (art. 5º, XIII, CF – Capítulo I – “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) e no direito a um salário mínimo (art. 7º, IV, CF – Capítulo II – “Dos direitos sociais”); do direito à vida, que se expressa na proteção da integridade física (art. 5º, III, CF – Capítulo I – “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”) e no direito à saúde (art. 6º, CF – Capítulo II – “Dos direitos sociais”, e art. 196), faces da mesma moeda; do direito à moradia, tutelado em sua dimensão negativa pelo

<sup>507</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>508</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos:** por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 55 *et seq*; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales...** *Op. Cit.*, p. 24; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 63-64; PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 60-61; CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 96-97; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076, divulgado em 29.04.2010, publicado em 30.04.2010 (p. 79 do acórdão); SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 283; KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...** *Op. Cit.*, p. 47; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 95; AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez...** *Op. Cit.*, p. 69 *et seq*; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>509</sup> Para Jorge Reis Novais, mesmo na Constituição portuguesa – que faz essa separação entre “direitos, liberdades e garantias” e “direitos econômicos, sociais e culturais” em capítulos diferentes – é artificial e não se presta a excluir a segunda categoria do regime jurídico reforçado expressamente conferido a primeira, precisamente pelo fato de que todos os direitos são multifuncionais e devem ser compreendidos em sua qualidade de “direito fundamental como um todo”. Cf.: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 44 e 52. A forma como se dará a aplicação desse regime será explicada nas próximas páginas.

<sup>510</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales...** *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>511</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 53-54.

direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CF – Capítulo I – “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), mas também em uma dimensão positiva (art. 6º, CF – Capítulo II – “Dos direitos sociais”). São casos em que um mesmo direito encontra-se, ao mesmo tempo, em dois capítulos diversos. Isso deriva da distinção, traçada no tópico 1.1.2, entre *enunciado normativo*, *norma de direito fundamental*, *direito fundamental em sentido amplo* e *direito fundamental em sentido estrito* (pretensão jurídica jusfundamental).

Apenas um desdobramento, uma porção, uma fatia de determinado direito classificado como “direito de liberdade” imporá uma atuação negativa ao Poder Público. Uma parcela importante, é verdade. E que, provavelmente, revelar-se-á como a principal função a ser desempenhada por esse direito. Mas isso não elimina o fato de que dele também derivam outras diversas funções, de cunho positivo, que dirigem obrigações de natureza prestacional ao Estado. Os exemplos são vários. O direito à liberdade de expressão não se realiza apenas através da proibição de censura (função de *defesa*), mas também mediante a criação de centros culturais e praças públicas, o subsídio de publicações e a concessão de espaços gratuitos em rádios e televisões (função de *prestação*).<sup>512</sup> O direito de propriedade, classicamente enquadrado entre os direitos de liberdade e entendido como um direito negativo, depende, para sua garantia, não apenas da ausência de interferências arbitrárias do Estado no patrimônio do seu titular (função de *defesa*), mas também de prestações positivas como a criação de registros da propriedade de diversos tipos (automotora, imobiliária, etc.) e de serviços de cadastro, fixação e controle de zonificação e uso do solo (função de *organização* e de *procedimento*), bem como o financiamento de agentes públicos e forças de segurança que possam protegê-la contra a investida de terceiros (função de *proteção*), e aparelhamento judicial para reivindicar, preventiva ou repressivamente, a sua tutela (função de *prestação*).<sup>513</sup> O já aludido direito de voto, na mesma senda, não apenas veda o exercício arbitrário do poder político que impeça a participação popular (função de *defesa*), como também impõe a criação de infraestrutura que o viabilize, a exemplo das urnas (eletrônicas ou com papéis), de estabelecimentos em condições para realização de eleições e dos complexos sistemas de auditorias e recontagem de votos (funções de *prestação fática*, de *organização* e de *procedimento*).<sup>514</sup>

Do mesmo modo, os direitos sociais comportam, igualmente, deveres de abstenção e não apenas obrigações prestacionais.<sup>515</sup> O direito à moradia, para ser efetivado, não requer apenas o acesso a uma unidade habitacional em boas condições, mas também o direito de não ser despejado de maneira arbitrária ou o de não ser objeto de cláusulas abusivas num contrato de aluguel. O direito à saúde não se reduz à disponibilização de tratamentos médicos ou ao fornecimento de medicamentos gratuitos ou a baixo preço, pois reclama também deveres negativos, tais como os de não contaminação decorrente de comportamentos estatais (ou de terceiros) e de proibição de comercialização de produtos em mal estado, que possam ameaçar a integridade física do cidadão. O direito ao trabalho não se esgota na pretensão positiva de se ter acesso a um emprego digno, já que engloba também a proibição de dispensas injustas e de tantas outras condutas arbitrárias por parte do empregador.<sup>516</sup>

<sup>512</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>513</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo...** *Op. Cit.*, p. 81 *et seq*; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales...** *Op. Cit.*, p. 27; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 94;

<sup>514</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>515</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales...** *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>516</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 60-61.

Nessa medida, não há que se falar em diferenças estruturais entre os direitos de liberdade e os direitos sociais quando considerados, singularmente, na perspectiva de “direito fundamental como um todo”, uma vez que haverá deveres estatais custosos e não custosos tanto em relação aos primeiros quanto no que tange aos segundos.<sup>517</sup> A conclusão a que se chega é que *custoso é o cumprimento da função prestacional de todos direitos fundamentais, sejam eles quais forem, e não o atendimento dos direitos sociais em específico*. O argumento da reserva do possível, por esse motivo, não justifica a exclusão dos direitos sociais do regime jurídico dos direitos fundamentais.

A ideia deve ser bem compreendida. Não se está aqui negando a necessidade de se levar em conta as previsões orçamentárias e a disponibilidade fática de recursos como critérios para averiguar a razoabilidade das demandas judiciais em matéria de direitos fundamentais. O que se afirma é que esse fator não se presta a legitimar a negação de jusfundamentalidade aos direitos sociais, uma vez que os direitos de liberdade também estão condicionados a disponibilidades econômicas e financeiras do Estado, pois em sua dimensão prestacional eles implicam também custos significativos para o Poder Público. Quando o juiz condena o Estado a pagar uma indenização a um particular por violação de um direito de liberdade seu (v.g., ofensa à liberdade religiosa), ele nada mais faz do que recorrer aos recursos arrecadados dos contribuintes através de tributos, distribuindo-os ao titular do direito de liberdade lesionado, tal como o faria se estivesse determinado o pagamento de um tratamento de saúde (direito social).<sup>518</sup> Por que razão, nesses casos, concede-se a indenização e não se invoca o argumento da reserva do possível? E se for uma indenização de enorme monta? E se uma série de outras ações com objetos semelhantes forem propostas?

Registre-se, pois, que *a eficácia da dimensão prestacional de todos os direitos fundamentais, inclusive dos de liberdade, esbarra na limitação de recursos disponíveis, subordinando-se à “reserva dos cofres públicos e à necessidade de se definirem os meios de concretização”*.<sup>519</sup>

Chega-se, então, ao tema da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. As dificuldades não estão na incidência direta dos direitos sociais, mas sim na aplicação imediata da função *prestacional* (em sentido amplo, englobando *prestações fáticas* e *prestações normativas*) de todo e qualquer direito fundamental. Em decorrência dessa constatação, a diversidade de regimes jurídicos deve ter como critério não a separação entre “direitos de liberdade” e “direitos sociais”, mas sim a função do direito fundamental que estiver em jogo.

A grande distinção em relação aos custos dos direitos não reside no bem jurídico por eles protegidos, ou na classificação na qual se enquadram nas Constituições, mas sim na função por eles exercida e no correlativo dever estatal imposto pela norma para assegurar o exercício dessa função. Logo, tratando-se da função de *defesa*, da qual emana o dever estatal de *respeitar* (não intervir, não obstar) o acesso individual aos bens tutelados pelo direito fundamental em questão, não haverá custos envolvidos. No entanto, do mesmo direito fundamental derivam as funções de *proteger* (impedir a ofensa por parte de terceiros) e de *promover* o acesso ao bem jurídico protegido pelo direito, os quais envolverão, em princípio, custos financeiros para o Estado.<sup>520</sup>

<sup>517</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>518</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 93 e 95.

<sup>519</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 147-148.

<sup>520</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 97.

Em que pese considerarem as diversas funções aludidas no tópico precedente, identificadas por Robert Alexy, os autores têm caminhado para uma simplificação da questão, sistematizando-as nesses três planos, conforme a natureza da obrigação que deriva de cada função: deveres de *respeito*, de *proteção* e de *promoção* dos direitos fundamentais.<sup>521</sup> O *quantum* de eficácia de cada uma dessas espécies de posições jurídicas é que irá variar, independentemente do direito envolvido. A forma como se dará a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais em relação a essas três dimensões será objeto do item 3.2.2.

(b) O segundo ponto que exige apreciação diz respeito à ideia de que a impossibilidade de se determinar com precisão o conteúdo, a extensão e os limites de cada direito social a partir de elementos extraíveis diretamente da Constituição prejudica a sua aplicação imediata (e, portanto, a aceitação de sua jusfundamentalidade), por não se saber exatamente o que é que cada cidadão poderá exigir do Estado. Haveria, em relação a esses direitos, uma imprescindibilidade de regulamentação legislativa para habilitá-los como direitos subjetivos passíveis de sindicabilidade judicial.

Também no que toca a essa objeção, a separação entre direitos de liberdade e direitos sociais para fins de reconhecimento de aplicabilidade apenas aos primeiros também é derrubada pela multifuncionalidade dos direitos fundamentais. E aqui os argumentos são ainda mais numerosos.

(b.1) *Os direitos de liberdade também podem não estar plenamente determinados pelas normas constitucionais.* A vagueza é uma característica que não acomete apenas os direitos sociais.<sup>522</sup> Assim como é difícil delimitar o conteúdo do direito fundamental à moradia, os contornos precisos do direito à liberdade religiosa podem gerar sérios questionamentos em determinados casos, frente à ausência de uma regulamentação legislativa. Até que ponto vai a liberdade de consciência numa situação em que um menor de idade internado em um hospital precisa de uma transfusão de sangue para sobreviver e os pais não a autorizam por motivos religiosos, como ocorre com as testemunhas de Jeová? O mesmo se diga quanto ao direito à liberdade de expressão: ele engloba, entre as suas faculdades, o direito de manifestação de pensamentos preconceituosos?<sup>523</sup>

Essa indeterminação dos direitos constitucionalmente consagrados se trata de uma exigência derivada do pluralismo político, já que uma regulamentação detalhada do conteúdo e das obrigações suscitadas por esses direitos poderia proporcionar um engessamento excessivo do espaço de discussão democrática que os envolve.<sup>524</sup>

Desta sorte, o argumento de que a necessidade de regulamentação legislativa retira dos direitos fundamentais sociais a sua jusfundamentalidade porque impede a sua pronta justiciabilidade é falacioso, uma vez que essa peculiaridade obsta a exigibilidade imediata da dimensão prestacional de todos os direitos fundamentais, sejam eles de liberdade ou sociais

<sup>521</sup> Nesse sentido: PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 61-62; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 42 e 97; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 149-150.

<sup>522</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 36-37; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos...** *Op. Cit.*, p. 122; BERNAL PULIDO, Carlos. **Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 150; PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 67; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>523</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>524</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 67.

(desde que não seja possível extrair desde logo da Constituição os traços que configuram o conteúdo jurídico das prestações em questão).<sup>525</sup>

**(b.2) Todos os direitos fundamentais reclamam, para sua realização, alguma espécie de regulamentação legislativa.**<sup>526</sup> Mesmo os direitos de defesa podem exigir interposição do legislador ordinário para serem exercitados, uma vez que a necessidade de regulamentação pode ser expressa no texto constitucional ou implícita.<sup>527</sup> Tome-se como exemplo o já referido direito ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto (art. 14, CF). Conquanto se afigure como um direito político, previsto em dispositivo constitucional considerado por muitos como norma de eficácia plena, seu exercício não pode ser assegurado sem a criação e a manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, sem a elaboração de uma legislação eleitoral e partidária que impeça fraudes, entre outras<sup>528</sup>. No mesmo influxo, afigura-se o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF). Não obstante considerado como direito de defesa, ou direito de primeira geração, que exige a não interferência na esfera individual do seu titular, sua plena eficácia depende de normas regulamentadoras, tais como as disposições da Lei de Registros Públicos, do Código Civil, entre outras, sem as quais não se poderia garantir a fruição dos efeitos pretendidos pela norma que o prevê.<sup>529</sup>

Por conseguinte, no que concerne aos direitos fundamentais, seja qual for a sua natureza, o seu exercício pode depender de regulamentação infraconstitucional.<sup>530</sup> Tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais reclamam regulamentação legislativa para produzir plenamente os seus efeitos e gozar de ampla proteção jurídica. A ausência dessa conformação legal, tanto num caso quanto no outro, implica uma efetividade mais frágil.<sup>531</sup> Ainda que a normatividade dos direitos fundamentais independa da lei, porque se assenta na Constituição, ela se afigura, nos ordenamentos contemporâneos, como “uma garantia primária de satisfação de qualquer direito”.<sup>532</sup> Por mais que a liberdade de expressão, apenas com sua previsão constitucional, possa ensejar pretensões subjetivas desde logo, impondo condutas proibitivas, sua integral realização requer a existência de “leis em matéria de pluralismo informativo ou de acesso equitativo aos meios de comunicação”, tanto quanto a plenitude eficaz do direito à saúde demanda “leis que evitem a discriminação no acesso aos serviços básicos ou que intervenham no mercado para assegurar medicamentos a baixo custo”.<sup>533</sup>

A maior ou menor conformação legislativa do direito fundamental pode ampliar ou reduzir a sua sindicabilidade perante o Judiciário, independentemente da sua classificação como

<sup>525</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>526</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009. p. 230; PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 83; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 162.

<sup>527</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

<sup>528</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 232-233.

<sup>529</sup> “(...) o direito de propriedade só é pleno se, de fato, o Estado cumprir o seu dever de protegê-lo. Para tanto, é necessário legislar, criar e manter organizações – polícia, poder judiciário etc. –; é necessário criar um registro de imóveis; é necessário pensar em procedimentos para a aquisição da propriedade, dentre outras várias ações necessárias.” SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>530</sup> Importa advertir que a necessidade de desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais não pode levar a interpretações que reduzam sua significação normativa, ou comprometam a possibilidade de se promover sua aplicabilidade judicialmente antes de sobrevirem leis que os regulamentem. A ideia será retomada a seguir. Nesse influxo, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. 63-64.

<sup>531</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 162.

<sup>532</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías...** *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>533</sup> PISARELLO, Gerardo. *Idem, Ibidem.*

direito de liberdade ou direito de defesa. Isso não afasta, no entanto, o fato de todos eles gozarem de um conteúdo constitucional mínimo, passível de exigibilidade judicial mesmo na ausência de regulamentação legislativa.<sup>534</sup>

Mas se todos os direitos demandam alguma espécie de normatização infraconstitucional, por que razão a necessidade de regulamentação é invocada, em geral, somente para negar a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais? A grande diferença está no fato de que, em relação aos direitos de liberdade, já há uma antiga tradição de conformação e concretização do seu conteúdo no plano legislativo – nos exemplos dados, dos direitos ao voto e à propriedade, já existem as leis eleitorais, as juntas e tribunais eleitorais, bem como as normatizações das leis civis acerca das formas de aquisição, transmissão e perda da propriedade – ao passo que no campo dos direitos sociais esses esforços são mais recentes.<sup>535</sup>

Há também, outra explicação para isso. Não se pode negar que embora não se esgotem nela, os direitos de liberdade têm por função principal a defensiva, impondo deveres de abstenção, e encontram-se sujeitos à *reserva geral imanente de ponderação* (dever estatal de respeito), enquanto os direitos sociais têm por funções principais a protetiva e a prestacional, impondo deveres de atuação positiva, e estão subordinados à *reserva do politicamente adequado ou oportuno* (dever estatal de proteção) e à *reserva do financeiramente possível* (dever estatal de promoção).<sup>536</sup> Como é mais fácil e menos dependente de regulamentação a imposição do dever de respeito (função defensiva), e esta é a característica essencial (embora, repise-se à exaustão, não seja a única) das pretensões jurídicas classificadas como direitos de liberdade, é menos complexa a sua realização nos casos de ausência de lei delimitando o seu conteúdo.

**(b.3)** *Os direitos fundamentais sociais possuem ao menos um conteúdo mínimo dedutível do texto constitucional, notadamente no caso da Constituição brasileira.* Ainda que a sua proteção eficaz seja maiormente proporcionada após a regulamentação dos seus contornos jurídicos, é possível extrair da Constituição o conteúdo básico dos direitos fundamentais sociais. A Lei Maior oferece “critérios para determinação do conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários, que, sendo individualizáveis, podem constituir posições jurídicas subjectivas referíveis ao plano constitucional”.<sup>537</sup> Estando dentro dessas delimitações mínimas constitucionalmente traçadas, mesmo a dimensão prestacional dos direitos fundamentais sociais pode ser vindicada judicialmente. O tema será retomado no próximo tópico (subitem 3.2.2.)

**(b.4)** *A maior parte dos direitos fundamentais sociais no Brasil já se encontra regulamentada infraconstitucionalmente.*<sup>538</sup> Há um número vastíssimo de leis ordinárias que disciplinam o conteúdo jurídico desses direitos, tais como o direito à *educação* (Lei nº 9.394/96 – Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), à *saúde* (Lei nº 8.080/90 – Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; Lei nº 9.313/96 – Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS), à *previdência social* (Lei

<sup>534</sup> PISARELLO, Gerardo. *Idem, Ibidem*.

<sup>535</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 145; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 233-234.

<sup>536</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 152.

<sup>537</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 387-388.

<sup>538</sup> Constatam esse fato: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 304; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 69-70; KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...** *Op. Cit.*, p. 31; BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 156.



nº 8.213/91 – Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social), à *assistência social* (Lei nº 8.742/93 – Dispõe sobre a organização da Assistência Social; Lei Federal nº 10.836/2004 – Institui o Programa Bolsa-Família), à *alimentação* (Lei nº 11.346/2006 – Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada) e à *moradia* (Lei nº 11.977/2009 – Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas).

Dentro desse quadro, não há como se questionar a exigibilidade judicial desses direitos, nos termos em que foram assegurados pela legislação ordinária.

**(b.5)** *As normas regulamentadoras infraconstitucionais integram o conteúdo do direito fundamental, o que desfaz a validade da distinção entre direitos originários e direitos derivados a prestações.* Autores como José Carlos Vieira de Andrade sustentam haver uma diferenciação entre direitos originários a prestações, que derivam diretamente da Constituição e podem ser reclamados em juízo, nos termos em que foram especificados pela Lei Maior, e direitos derivados a prestações, que decorrem de regulamentação legislativa. Estes últimos não desfrutariam da condição de direitos fundamentais. Afirma o jurista que: “os direitos derivados a prestações são, salvos os casos excepcionais de constitucionalização, direitos legais que não integram o conjunto material dos direitos fundamentais”.<sup>539</sup>

Nessa linha, reputa-se que as parcelas dos direitos sociais que forem normatizadas por legislação infraconstitucional não integram o conteúdo jusfundamental desses direitos, e sobre elas não incide a proteção reforçada do regime jurídico dos direitos fundamentais. Essa inteligência nulifica a tutela especial que a Constituição imprime aos direitos sociais. Isso porque, se como verificado acima, a produção dos principais efeitos (dimensão prestacional) desses direitos reclama interposição legislativa, sobra muito pouco aos denominados “direitos originários a prestações”. A grande porção do conteúdo prestacional dos direitos sociais estará descoberta da proteção elevada do regime jurídico jusfundamental, o que acaba, na prática, por rejeitar a condição de direitos fundamentais dos direitos sociais.

Defende-se aqui a posição de que a conformação legislativa conferida infraconstitucionalmente aos direitos sociais integra o seu conteúdo jusfundamental. Este entendimento refuta a concepção própria do Direito alemão, de que existiriam *direitos originários a prestações*, dedutíveis integralmente da Constituição, e *direitos a prestações derivados da lei*, oriundos de criação do legislador originário. Essa distinção faz sentido na Lei Fundamental Alemã de 1949, a qual não consagrou direitos sociais em seu texto. Dentro dessa lógica, os *direitos a prestações derivados da lei* estariam à disposição do seu criador, o legislador ordinário, não desfrutando do regime constitucional específico dos direitos fundamentais. A não ser, em alguma medida, pelo princípio da proteção da confiança, segundo o qual os benefícios criados pelo legislador ordinário em matéria de direitos sociais gerariam a confiança de seus titulares em sua continuidade, blindando-se de certa forma contra afetações

---

<sup>539</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 411.

posteriores em seu conteúdo.<sup>540</sup> Esta seria a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais na sistemática jurídica alemã.<sup>541</sup>

Tal concepção baseia-se numa compreensão “simplista e redutora das relações entre Constituição (direitos fundamentais) e lei”. Ela ignora um “efeito comunicativo recíproco” entre os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e as leis ordinárias, já que aqueles condicionam a atuação do legislador, cuja legitimidade depende da conformidade de suas decisões com os direitos fundamentais, mas, simultaneamente, o acesso aos bens jurídicos por eles protegidos depende, muitas vezes, da conformação legislativa.<sup>542</sup> Se adotada a ideia de que a normatização disposta em legislação infraconstitucional não integra o conteúdo dos direitos fundamentais, como explicar a possibilidade de o legislador ordinário restringir e limitar o seu conteúdo? Em outras palavras: se uma norma decorrente de lei ordinária limita um direito fundamental e não é reputada como inconstitucional, qual conteúdo desse direito fundamental deve ser considerado: “o que estava contido na norma constitucional, agora restringido e, portanto, arredado da ordem jurídica, ou o que resulta finalmente da lei ordinária?”<sup>543</sup>

A alteração das leis ordinárias que regulamentam direitos fundamentais não se revela meramente como exercício da liberdade de conformação do legislador, mas sim modificação que atinge um direito fundamental. Uma mudança negativa não implicará mera alteração legislativa: importará restrição de direitos fundamentais.<sup>544</sup> Observe-se o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. Ele é assegurado pela Constituição (art. 9º), mas a forma do seu exercício é disciplinada por lei ordinária (Lei nº 7.783/89). A lei brasileira determina que haja notificação da paralisação aos empregadores (ou à entidade patronal correspondente) com antecedência mínima de 48 horas (art. 3º, parágrafo único). Se sobrevier uma lei alterando esse prazo para 72 horas, não será uma simples modificação legislativa, dentro da livre conformação do legislador: será uma restrição de direito fundamental. O mesmo se pode dizer em relação ao direito à saúde: ele é previsto pelos arts. 6º e 196 da Constituição, porém, o seu conteúdo é especificado pela Lei nº 8.080/90. Ela, em seu art. 43, estabeleceu a gratuidade dos serviços públicos de saúde. A edição de lei posterior revogando esse dispositivo, ou reduzindo a gratuidade a apenas algumas atividades de saúde, produzirá o mesmo efeito: afetação não de um direito qualquer, criado por lei, mas do conteúdo de um direito fundamental.

Há duas importantes consequências jurídicas dessa posição. A primeira consiste no fato de que “uma vez que a norma ordinária se torna parte integrante da norma de direito fundamental, o legislador deixa de dispor livremente das possibilidades de alteração dessa norma, exactamente porque de direito fundamental se trata”. As alterações supervenientes da norma com intuito restritivo ou desvantajoso para o cidadão submetem-se ao controle de constitucionalidade, já que envolvem limitação de direitos fundamentais, devendo ser proporcionais e razoáveis.<sup>545</sup> A segunda pode ser explicada da seguinte forma: se a regulamentação legislativa integra o conteúdo do direito fundamental, especificando os contornos dos deveres estatais que a ele correspondem e podem ser judicialmente exigidos, o

<sup>540</sup> Essa força protetiva é fundamentada, por grande parcela da doutrina, no chamado princípio da proibição do retrocesso social. Sobre o tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 4, São Paulo, p. 241-271, jul./dez. 2004.

<sup>541</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 155-156.

<sup>542</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 159-160.

<sup>543</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 163.

<sup>544</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 166.

<sup>545</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 169.

titular desse direito constitucionalmente consagrado que não tiver sido contemplado pela legislação poderá, calcado em sua aplicabilidade imediata, postulá-lo em juízo arguindo tratamento legal discriminatório. O tema será desenvolvido e exemplificado ao final do próximo tópico (item 3.2.2).

Infere-se, pois, que os “direitos fundamentais dos particulares são o resultado jurídico integrado e indissociável que resulta dos enunciados constitucionais e ordinários que compõem conjuntamente, ainda que numa relação de supra e infra-ordenação, a norma de direito fundamental”.<sup>546</sup> O cidadão poderá exigir do Estado, com valor de direito fundamental, o produto desse conjunto normativo que combina elementos constitucionais e infraconstitucionais. Quando a Constituição estabelece ao menos um conteúdo mínimo a determinado direito fundamental, e o legislador ordinário o estende mediante conformações legais, o conteúdo legalmente definido não se encontra à livre disponibilidade do legislador ordinário, pois constitui parcela do direito fundamental social que goza, pois, de proteção jusfundamental, não apenas num *mínimo*, mas em toda a sua extensão.<sup>547</sup>

### **3.2. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais não se limita ao mínimo existencial**

Viu-se, até aqui, que além de os direitos sociais serem genuínos direitos fundamentais, sujeitos totalmente ao regime jurídico destes, inexistente qualquer diferença quanto à aplicabilidade imediata dos chamados “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais”. Ela é idêntica. As variações concernem às diferentes funções exercidas por cada direito. Distintamente do que propõe a expressiva maioria dos doutrinadores brasileiros, o tratamento jurídico-constitucional deve ser rigorosamente uniforme para todos os direitos fundamentais, mas diferenciado em relação a cada função (*defensiva, protetiva e prestacional*) exercida por eles.

Cabe, agora, encarar de frente uma das temáticas que mais gera mal-estar aos estudiosos do Direito Constitucional. A explicação sobre o real sentido da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Uma coisa é debater sobre *quais* direitos estão por ela abrangidos. Outra, mais espinhosa, é dizer *o que* ela significa e *como* ela deve funcionar na prática. E o desconforto maior aflora quando o assunto incide sobre o campo dos direitos fundamentais sociais.

É preciso afastar, de uma vez por todas, o mito de que a aplicabilidade imediata desses direitos se restringe às suas porções necessárias a garantir o mínimo existencial. Não há dúvidas de que, quanto a essas parcelas, a incidência direta dos direitos sociais é indiscutível. Mas ela não se limita a esse ponto. É confortável fazer essa afirmação e parar por aí. O desafio está em demonstrar em quais hipóteses a aplicabilidade imediata de tais direitos extrapola aquilo que é imprescindível para assegurar o mínimo existencial.

Nesse sentido, a proposta das próximas páginas é apresentar: (3.2.1.) uma crítica às teorias sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais difundidas pelos autores brasileiros; e, em seguida, (3.2.2.) sugerir uma forma de explicação detalhada sobre o modo como essa aplicação direta deve ser operacionalizada, para além do mínimo existencial.

---

<sup>546</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 165.

<sup>547</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 178.

### 3.2.1. Crítica das teorias atuais quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais

O §1º do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O aludido dispositivo encontrou diferentes interpretações na doutrina brasileira. Compulsando as obras dos autores que efetivamente se dispuseram a analisar atentamente a questão, podem ser identificadas ao menos quatro formas distintas de explicar o seu sentido e alcance, as quais serão expostas a seguir: **(a)** desnecessidade total de regulamentação infraconstitucional para tornar judicialmente exigível qualquer direito fundamental; **(b)** desnecessidade total de normatização infraconstitucional apenas para a sindicabilidade dos direitos previstos no art. 5º (*caput* e incisos) da Constituição; **(c)** aplicação dos direitos fundamentais na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto; **(d)** impossibilidade de aplicação imediata sempre que, por exigência do texto constitucional ou pela natureza das coisas, ela não for viável.

**(a)** Em um dos extremos, há quem defenda de modo incisivo que prever a aplicabilidade imediata de uma norma veiculadora de direito significa que a sua incidência independe completamente de qualquer ato legislativo ou administrativo prévio, por se tratar de um preceito autossuficiente. Os direitos fundamentais, portanto, seriam plenamente suscetíveis de reivindicação judicial quando sua efetivação não fosse espontaneamente produzida pelo Poder Legislativo, pela Administração Pública ou pelos particulares.

A posição é defendida por Eros Roberto Grau, que trata do tema sem fazer qualquer distinção entre direitos de liberdade (ou civis e políticos) e direitos sociais. Para o autor, a incidência direta dos direitos fundamentais significa que eles prescindem de qualquer regulamentação legislativa ou administrativa para serem exigidos jurisdicionalmente. Se sua aplicação for negada pelo Legislativo, pelo Executivo ou por outros sujeitos privados, competirá ao Judiciário “o *dever* de conferir efetividade imediata ao preceito”, estando inclusive “*autorizado* a inovar o ordenamento jurídico suprimindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, se não tivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade”. Para o autor, quando se trata de direito ou garantia que goza de aplicabilidade imediata, “a aplicação da norma que os define supõe decisão pela sua pronta exequibilidade (efetividade). Se essa decisão é negada pela Administração ou pelos particulares, cumpre ao Judiciário, a isso provocado, provê-la, chegando ao ponto de, quando isso se impuser, integrar o ordenamento jurídico, produzindo – e não somente reproduzindo – direito”.<sup>548</sup>

A interpretação, a uma primeira vista, é bastante sedutora. Até fins da década de 1990, a discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil costumava partir – ou, muitas vezes, chegava a girar em torno – das teorias sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais. Expor um inventário de classificações talhadas pela doutrina brasileira tradicional constituía elemento quase que obrigatório nos textos acerca do tema. Entre outras importantes sistematizações, a proposta de José Afonso da Silva conquistou a mais expressiva adesão nos estudos científicos e decisões judiciais.<sup>549</sup> Dizia o autor que as disposições constitucionais poderiam ser: (i) normas de eficácia plena – capazes de, por si só e desde a sua

<sup>548</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 317-321.

<sup>549</sup> A obra encontra-se atualmente em sua 7ª edição: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

entrada em vigor, produzir seus principais efeitos; (ii) normas de eficácia contida – aptas a produzir desde logo seus efeitos essenciais, mas passíveis de restrição pelo legislador; (iii) normas de eficácia limitada – caracterizadas essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, por não terem recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para ser diretamente aplicáveis e produzir seus efeitos primordiais, carecendo para tanto de intervenção legislativa.<sup>550</sup>

A formulação de Eros Grau, se adotada a sistematização de José Afonso da Silva, parece tentar emoldurar a totalidade das disposições normativas de direitos fundamentais na primeira modalidade, imprimindo-lhes a reforçada “eficácia plena”. Todavia, nessa seara a mencionada classificação se mostra inapropriada. Afora outros argumentos que poderiam ser colacionados, todos os direitos fundamentais são passíveis de algum tipo de restrição pelo legislador, quando este pretende regular o seu exercício, independentemente de autorização expressa do texto constitucional. Com isso, fenece no terreno dos direitos fundamentais o conceito de “norma de eficácia contida”. De outra banda, se a diferenciação entre as “normas de eficácia plena” e as “de eficácia limitada” repousa sobre a necessidade, no caso destas últimas, de regulamentação normativa que lhes complete a eficácia, “a distinção cai por terra se se aceita que, da mesma forma que todas as normas estão sujeitas a restrição, todas elas dependem, também, de regulamentação”.<sup>551</sup>

O direito de propriedade, inserido no rol de direitos fundamentais da Constituição brasileira, bem exemplifica as duas afirmações. O dispositivo constitucional que o consagra (art. 5º, XXII, CF) limita-se a prever que “é garantido o direito de propriedade”. Ainda que a Lei Fundamental determine, logo em seguida (art. 5º, XXIII), que “a propriedade atenderá a sua função social”, ela não estipula uma cláusula geral autorizativa para que o legislador restrinja esse direito sob outros fundamentos. Entretanto, o Código Civil cria uma série de limitações legais ao seu exercício, inclusive algumas que, em princípio, não guardam relação com a sua função social.<sup>552</sup> Admite-se, pois, a sua restrição legislativa mesmo em hipóteses não expressamente permitidas pela Constituição. A constatação rompe com a suposta exclusividade do traço distintivo que caracterizaria as “normas de eficácia contida”: suscetibilidade de contenção de seus efeitos pelo legislador ordinário, desde que explicitamente admitida pelo texto constitucional.

Além disso, a fruição adequada do direito em questão carece de normas de Direito Civil, que prevejam formas de aquisição, transferência e perda da propriedade, bem como as faculdades conferidas ao seu titular, seus limites e seu alcance. Como usufruir desse direito sem saber até onde a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e a do subsolo? E as árvores limítrofes entre vizinhos, pertencem a quem? E os seus frutos? Não há como reivindicá-lo plenamente sem essas especificações traçadas pelo Código Civil. Seu exercício depende, igualmente, de disposições como as da Lei de Registros Públicos, que estipulem as regras e procedimentos para as transcrições, averbações, escriturações, entre outros mecanismos

---

<sup>550</sup> SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 101; 116; 117-166.

<sup>551</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 230.

<sup>552</sup> Parece ser o caso da regra do art. 1.284 do Código Civil, segundo a qual “Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular”. O art. 1.232 do mesmo diploma esclarece que os frutos da coisa pertencem ao seu proprietário. Mas o art. 1.284 restringe esse direito, legitimamente, sem que houvesse a necessidade de uma autorização constitucional expressa no enunciado textual que garante o direito de propriedade.

necessários ao registro da propriedade, sem os quais não se poderia garantir a produção dos efeitos pretendidos pela norma constitucional que contempla o aludido direito.<sup>553</sup> A inexistência dessas regulamentações legislativas impediria o seu exercício não apenas no mundo jurídico, mas no próprio plano fático. Sem elas, como se iria delimitar o conteúdo e a operacionalidade desse direito? Logo, uma disposição de direito fundamental que *prima facie* se ajustaria à definição de “norma de eficácia plena” (por revestir-se de incidência imediata, mercê do art. 5º, §1º da CF) se encaixaria também, simultaneamente, ao conceito de “norma de eficácia limitada”, o que seria um contrassenso.

Por tais razões, essa primeira interpretação, conquanto bem intencionada, é criticável por não ser verdadeiramente factível, no sentido de que na realidade fática não há como supor a absoluta desnecessidade de qualquer tipo regulamentação infraconstitucional para permitir a efetivação de todo e qualquer conteúdo de direito fundamental pelo Poder Judiciário.

(b) Outro posicionamento, ao que tudo indica fundamentado nas dificuldades enfrentadas quanto à aplicação direta da função prestacional dos direitos fundamentais, é advogado por João Pedro Gebran Neto<sup>554</sup> e por Sérgio Fernando Moro,<sup>555</sup> e já foi analisado no subitem 2.1.2. Para os autores, a melhor interpretação dada ao art. 5º, § 1º da CF é aquela segundo a qual o dispositivo teria o condão de autorizar o juiz a suprir quaisquer omissões do Poder Público para aplicar imediatamente as normas de direito fundamental, restringindo-se, contudo, em razão da sua localização topográfica, aos direitos arrolados no art. 5º, “em sua maioria compostos de liberdades, direitos de defesa e de participação”.<sup>556</sup> Para esses direitos seria desnecessário inclusive socorrer-se do mandado de injunção, pois a aplicabilidade imediata conferiria, apenas nesses casos, permissão para qualquer magistrado efetivá-lo plenamente no caso concreto.<sup>557</sup> Quanto à aplicação dos demais direitos fundamentais, situados fora do catálogo do art. 5º, não incidiria a disposição insculpida no art. 5º, §1º da CF, mas sim o princípio da máxima efetividade, norteador de toda a interpretação constitucional.<sup>558</sup>

Gebran Neto sustenta que essa interpretação, apesar de restringir o alcance do dispositivo aos direitos elencados no art. 5º e em seus incisos, amplia a sua eficácia em relação a estes. Explica o autor que a diversidade da natureza dos inúmeros direitos fundamentais previstos na Constituição e os variados modos como são positivados acabam por resultar em níveis distintos de aplicabilidade. Isso gera uma dificuldade em interpretar de uma única forma o

<sup>553</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>554</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais:** a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>555</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

<sup>556</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Idem*, p. 72-73.

<sup>557</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata...** *Op. Cit.*, p. 158.

<sup>558</sup> Sobre a incidência do referido dispositivo sobre os direitos fundamentais situados fora do art. 5º da CF, concorda-se neste trabalho com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que: “Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, par. 1º, da CF. apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o par. 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica ‘direitos e garantias fundamentais’, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa Lex Suprema, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 278. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106-107.

sentido do §1º do art. 5º. Por consequência, o reconhecimento da incidência direta de todos esses direitos faz com que a doutrina procure um mínimo denominador comum entre eles, desembocando no entendimento reducionista de que o significado de tal dispositivo é que se deve emprestar às normas definidoras de direitos fundamentais a máxima efetividade possível – o que, na prática, não implica efeitos relevantes.<sup>559</sup> Ao que parece, o autor entende que no rol do art. 5º estão albergadas apenas pretensões jusfundamentais de idêntica natureza, que têm por característica primordial dirigir ao Poder Público um dever de abstenção.

Essa segunda teoria tampouco merece acolhida, por ser incompatível com uma leitura sistemática da Constituição de 1988. Mesmo um raciocínio formalista – como parece ser o que se apega à localização topográfica do parágrafo para limitar sua incidência ao artigo que o encabeça – conduziria a resultado diverso. É que, como já se disse, o art. 5º, §1º da CF utiliza-se da locução “direitos e garantias *fundamentais*”, a qual coincide com o Título II da Constituição. Este abrange não apenas o Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), onde se encontra o art. 5º, mas também o Capítulo II, que consagra os direitos sociais, e os demais capítulos ali inseridos, que preveem direitos políticos e de nacionalidade. A leitura sob exame contraria a literalidade do texto constitucional para interpretar restritivamente os direitos fundamentais,<sup>560</sup> o que acarreta ofensa ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que impõe, no caso de dúvidas, a adoção da exegese que confira maior eficácia aos direitos fundamentais.<sup>561</sup>

Além disso, se o critério fosse o da natureza dos deveres impostos ao Estado (abstenção ou prestação), já se discorreu amplamente sobre o caráter multifuncional de todos os direitos fundamentais, observando-se que todos eles dirigem obrigações positivas e negativas ao Poder Público. Mesmo os direitos previstos fora do art. 5º – como é o caso da moradia, inscrita no art. 6º – destinam à Administração Pública proibições de interferências indevidas. Não faria sentido dizer que, quanto à função defensiva do direito à liberdade de manifestação é possível exigir imediatamente a proteção jurisdicional independentemente de regramento legal, ao passo que em relação à mesma função do direito à moradia, que veda a ingerência estatal na esfera jurídica individual do seu titular, a tutela judicial dependeria da existência de regulamentação legislativa.

(c) A terceira posição encara o preceptivo em questão como um *princípio jurídico*, no sentido atribuído à expressão por Robert Alexy: uma norma que determina que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto, podendo ser aplicada em diferentes graus, a depender das condições existentes em cada situação.<sup>562</sup> É o pensamento acolhido por Ingo Wolfgang Sarlet. Para o autor, o art. 5º, §1º consiste em um mandado de otimização, cuja função seria estabelecer aos órgãos estatais a

<sup>559</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata...** *Op. Cit.*, p. 155.

<sup>560</sup> Relembre-se que aqui se considera essa interpretação restritiva aos direitos fundamentais não apenas por excluir os direitos sociais, políticos e de nacionalidade do regime de aplicabilidade imediata. Há um outro motivo: Gebran Neto admite que a sua interpretação do art. 5º, §1º não engloba na mesma medida todos os direitos ali inseridos, ficando de fora aqueles que, segundo o autor, impõem *deveres objetivos* ao Estado, mas não conferem *direitos subjetivos* ao cidadão (v.g., art. 5º, XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; art. 5º, XLI – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; art. 5º, XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”). Repetindo-se a passagem já reproduzida, para manter a fidelidade ao pensamento do autor, ele alega ser “evidente que, a pretexto de conferir aplicação imediata a direito objetivo, não poderia o Poder Judiciário suprir a omissão legislativa quanto à edição de lei” (GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata...** *Op. Cit.*, p. 186).

<sup>561</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 1224.

<sup>562</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 67-68.

tarifa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.<sup>563</sup> A norma da aplicabilidade imediata não incidiria consoante a lógica do “tudo-ou-nada”, como se regra fosse, na acepção de Ronald Dworkin.<sup>564</sup> Seu alcance (*quantum* em aplicabilidade e eficácia) ficará na dependência das peculiaridades da norma de direito fundamental em questão (ressaltando-se que em favor de sua aplicação milita sempre a presunção de plenitude eficaz).<sup>565</sup> Entendimento semelhante é compartilhado por Flávia Piovesan.<sup>566</sup>

Com todo o respeito aos autores que professam a sobredita opinião, há que se concordar nesse aspecto com João Pedro Gebran Neto, ao alegar que essa forma de compreensão do art. 5º, §1º, “na prática, significa nada ou muito pouco”.<sup>567</sup> A incidência do princípio da máxima efetividade não recai somente sobre as disposições que estabelecem direitos fundamentais. Cuida-se, nas palavras de Canotilho, de “um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais”, cuja formulação pode ser apresentada nos seguintes termos: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.<sup>568</sup>

O posicionamento que ora se aprecia – manifestado por Ingo Sarlet e Flávia Piovesan – torna supérflua a previsão de aplicabilidade imediata como atributo específico do regime constitucional dos direitos fundamentais. Em termos práticos ele não agrega nada de novo à efetividade das normas que os consagram para além da construção teórica que já sugeria a maximização dos efeitos de todas as normas constitucionais como princípio de interpretação da Constituição. Ele subtrai, portanto, a relevância de se aludir à aplicabilidade direta como uma característica peculiar das normas definidoras de direitos fundamentais, realmente capaz de revesti-las de uma disciplina jurídica reforçada.

Some-se a isso o fato de que, se acolhida a premissa de que os direitos fundamentais ostentam a estrutura de normas-princípio (como parece ser o entendimento de Ingo Sarlet), a referida hermenêutica do art. 5º, §1º se torna tautológica. A norma que alberga o direito à moradia (art. 6º, CF), por exemplo, por deter natureza principiológica já determina que a proteção desse bem jurídico seja realizada na máxima medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. E a norma que prevê a aplicabilidade imediata do direito fundamental à moradia, teria o “condão” de estabelecer exatamente a mesma coisa. Se o dispositivo do art. 5º, §1º, ao incidir sobre o direito à moradia, ordena que a sua tutela seja promovida de forma maximizada, consoante as circunstâncias de fato e de Direito presentes em uma determinada situação, e o art. 6º que veicula tal direito, por se tratar também de um *princípio*, determina *exatamente a mesma coisa*, qual seria a utilidade do primeiro? Aparentemente nenhuma.

(d) Finalmente, no outro extremo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que a norma sob exame não pode contrariar a “natureza das coisas”, restando inviável a aplicação imediata de todo e qualquer direito ou garantia fundamental, de modo que parcela desses direitos só alcançará sua eficácia nos termos e na medida da lei. Averbá o autor que, ao estipular essa disposição, o “constituente não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu

<sup>563</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 288.

<sup>564</sup> No sentido atribuído ao termo por Ronald Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

<sup>565</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 289.

<sup>566</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial...* Op. Cit., p. 105 e 107.

<sup>567</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata...* Op. Cit., p. 155.

<sup>568</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...* Op. Cit., p. 1224.



mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela não é executável”.<sup>569</sup> Nesses termos, insiste que ou a norma que define o direito ou garantia fundamental é completa, ou será impossível aplicá-la. E arremata dizendo que “não é o art. 5º, §1º, que fará auto-aplicável o que não pode ser auto-aplicável”.<sup>570</sup>

Dita compreensão revela-se flagrantemente inconstitucional. Ela fulmina letalmente o espírito democrático que anima a Lei Fundamental de 1988, contrariando toda a lógica que a permeia, claramente comprometida com a efetividade de seus preceitos. E a Constituição, como é cediço, não contém palavras supérfluas.<sup>571</sup> Se na disposição em análise o constituinte atestou que as normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais gozam de aplicação imediata, algum significado jurídico relevante é preciso extrair dela.

Do exposto, o que se pode concluir é que, entre as principais posições teóricas a respeito da temática em epígrafe, nenhuma delas parece ser adequada ou suficiente para explicar *como* e *em que medida* as normas de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, especialmente no que diz respeito à unicidade de tratamento jurídico entre a incidência direta dos “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais”.

### 3.2.2. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais na perspectiva subjetiva individual: uma proposta de explicação detalhada

Uma vez demonstrado que não prosperam os argumentos manejados para outorgar aplicabilidade imediata somente aos direitos de liberdade, e com isso negar aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais (e a incidência de seu regime jurídico especial), cabe neste momento propor uma explicação de *como* e *em que medida* os direitos fundamentais sociais são imediatamente aplicáveis (especialmente quanto às parcelas de seu conteúdo que desbordam do mínimo existencial).

Como se disse antes, o regime de aplicação imediata é o mesmo para todos os direitos fundamentais. A tarefa que se impõe, neste momento, é averiguar, ou pelo menos tentar esboçar, quais são os graus de aplicabilidade imediata das diferentes funções dos direitos fundamentais sociais, ora sintetizadas em *defesa* (dever de *respeito*), *proteção* (dever de *proteção*) e *prestação* (dever de *promoção*).

A maior dificuldade, conforme exaustivamente explicado, está em conferir aplicabilidade imediata às prestações positivas (deveres de *proteção* e de *promoção*) necessárias à satisfação de direitos fundamentais, sejam eles de liberdade ou sociais. Não se pode negar que há, efetivamente, diferenças de justiciabilidade quando se trata de um dever negativo ou de um dever positivo. Isso porque, ainda que não haja regulamentação legislativa dos contornos de determinado direito fundamental constitucionalmente previsto, quando se cuida do *dever de respeitar* (função de defesa) não há grandes controvérsias quanto ao conteúdo do direito: basta que o Estado se omita, que não intervenha. Quando estão envolvidos, por outro lado, os *deveres de proteção* e de *promoção*, que ensejam prestações positivas, torna-se mais difícil exigi-los judicialmente quando os delineamentos de seu conteúdo não estão traçados de antemão pela

<sup>569</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

<sup>570</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, nº 29, São Paulo, p. 35-43, jun. 1988. p. 35 e 43.

<sup>571</sup> FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987. p. 140.

Constituição ou pela legislação.<sup>572</sup> Qual seria, nesses casos, o conteúdo dos deveres estatais positivos, diante da ausência de prévia delimitação normativa? Perceba-se que não se está aqui aduzindo ser mais difícil requerer judicialmente um direito social do que um direito de liberdade: o que se afirma é a existência de obstáculos maiores para lograr, pela via jurisdicional, o cumprimento das funções *protetiva* e *prestacional* de qualquer um desses direitos fundamentais, se comparados com os entraves significativamente menores que se apresentam para a sindicabilidade de sua função *defensiva*.

Emerge, nesse cenário, a questão atinente à separação dos poderes e ao princípio democrático. É plenamente compatível com tais postulados a exigibilidade judicial da dimensão negativa dos direitos fundamentais, uma vez que não há dúvidas de que intervenções indevidas no âmbito desses direitos são vedadas constitucionalmente. Ocorre, no entanto, que em relação à dimensão positiva, é, em alguma medida, mais questionável a aceitação de que o Poder Judiciário possa realizar escolhas políticas quanto ao conteúdo, extensão e alcance desses direitos, os quais, em regra, deveriam ser delimitados pelo Poder Legislativo no campo do debate público e democrático, legitimado pela população para a tomada de opções políticas. Porém, essa conclusão não pode levar a outra, no sentido de que a maior dificuldade de exigibilidade judicial das prestações positivas implica, necessariamente, a impossibilidade de justicialização dos direitos sociais e o seu enquadramento na categoria de direitos fundamentais, pois, como amplamente repetido neste trabalho, não há uma correspondência definitiva entre os direitos sociais e as obrigações estatais positivas.<sup>573</sup>

É preciso reconhecer que os direitos de liberdade também gozam de justiciabilidade mais reduzida quando se está em jogo a sua dimensão positiva. Tome-se o exemplo dos direitos à vida e à integridade física: ninguém questionará a possibilidade de se postular judicialmente uma proteção contra eventual ameaça de afetação estatal a esses direitos (dever de *respeitar* a vida e a integridade física), mas quando está em questão o *dever de proteção*, em sua dimensão positiva (evitar que terceiros violem os direitos referidos), sua sindicabilidade judicial torna-se questionável. Até que ponto e em que medida o Estado está obrigado a evitar toda e qualquer agressão de terceiros à integridade física dos indivíduos? Se é certo, de um lado, que o Poder Público deve dispor de forças policiais para operar medidas preventivas e repressivas contra investidas nocivas à vida e à integridade física dos particulares, não se pode negar, de outro, que há dúvidas em relação ao local, à intensidade e ao momento precisos dessa atividade.<sup>574</sup>

Diante de tais ilações, verifica-se que em matéria negativa, quanto ao dever de *respeito* do Estado (não interferência), há identidade na justiciabilidade dos direitos de liberdade e dos direitos sociais: ela será plena.<sup>575</sup> A primeira conclusão a que se pode chegar, então, é a de que (i) *independentemente da ausência de regulamentação infraconstitucional, e por menor que seja a especificação constitucional do seu conteúdo, a função de defesa dos direitos fundamentais sociais é imediatamente aplicável num grau máximo*. Se os direitos sociais têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais que o indivíduo poderia obter também dos particulares,<sup>576</sup> nas situações em que ele possuir condições financeiras para adquiri-los e os encontrar disponíveis no mercado eles se encontrarão blindados contra a interferência do Poder Público, que, mesmo à míngua de lei regulamentadora, estará proibido de afetá-los. Vedações

<sup>572</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>573</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 129-130.

<sup>574</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 129-131.

<sup>575</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 135.

<sup>576</sup> ALEXYS, Robert. **Teoría...** *Op. Cit.*, p. 443.

impostas ao Estado, tais como a adoção de práticas e condutas nocivas à saúde dos cidadãos ou a interferência na forma de educação particular escolhida pelo indivíduo, podem ser prontamente reivindicadas perante o Judiciário, em sua integralidade.

Observe-se o problema de se restringir a jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial: este engloba apenas uma parcela daqueles. A adoção desse mínimo como critério para definir quais parcelas dos direitos sociais podem ser protegidas pela via judicial, pode levar a uma interpretação equivocada de que, também no caso de deveres negativos (*respeito*), só se pode postular aquilo que se limita ao mínimo existencial. Com isso, estar-se-ia negando a plenitude eficaz da função defensiva da integralidade dos direitos sociais.

O primeiro ponto está resolvido: os deveres de *respeito* (proibição de intervenção estatal) aos direitos fundamentais sociais são totalmente postuláveis perante o Poder Judiciário. Passa-se então à análise do grau de aplicabilidade imediata dos deveres de *proteção* (contra atuações de outros particulares) e *promoção* (prestações fáticas e normativas positivas) desses direitos.

Independentemente da inexistência de qualquer lei disciplinadora, é inquestionável a necessidade de inserir na esfera de aplicabilidade imediata aquele que tem se tornado o mínimo denominador comum da doutrina brasileira em matéria de justiciabilidade de direitos fundamentais sociais: o mínimo existencial. Utilizando-se os rótulos conferidos no item 2.2.1, filia-se aqui às correntes do *mínimo existencial definitivo* e do *mínimo existencial como piso mínimo* (a esta última com uma ressalva). Pontue-se, então, a segunda conclusão: (ii) *as prestações estatais positivas destinadas à satisfação de direitos fundamentais sociais que integrem o mínimo existencial serão sempre exigíveis perante o Judiciário por meio de qualquer instrumento processual, de forma definitiva, e independentemente de regulamentação legislativa, previsão orçamentária, disponibilidade financeira ou existência de estrutura organizacional do Poder Público para atendê-las*. Conforme os motivos já arrazoados (2.2.1), considera-se neste estudo preferível adotar a ideia de *rol constitucional preferencial* quanto à definição do conteúdo do mínimo existencial, não o deixando completamente aberto à determinação judicial no caso concreto. Entende-se, ademais, que ao mínimo existencial não podem ser opostos argumentos em contrário, sujeitando-o à ponderação, tal como se aceita quando se cuidam de prestações que excedem as condições mínimas de existência digna. Isso enfraquece o instituto e lhe retira a funcionalidade. A inexistência de estrutura adequada e condições fáticas, por parte do Estado, para efetivá-lo, impõe a sua condenação ao custeamento de serviços privados equivalentes.

Também já se consignou, anteriormente, que o mínimo existencial não pode ser considerado como um *teto máximo*, acima do qual não se pode exigir prestações sociais positivas no âmbito judicial. Sua principal finalidade é funcionar como um *piso mínimo*, criando uma barreira contra os argumentos que negam a intervenção judicial em matéria de direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, ao menos no que diz respeito ao necessário para proporcionar uma vida *minimamente* digna, é indiscutivelmente cabível a atuação jurisdicional para condenar a Administração a fornecer determinadas prestações. Mas, sendo um *piso mínimo* e não um *teto máximo*, deve-se admitir também a reivindicação de pretensões jurídicas derivadas de direitos sociais que não estejam incluídas no mínimo existencial. Para tanto, uma condição deve estar presente: os contornos mínimos das pretensões jusfundamentais positivas postuladas devem ser passíveis de dedução diretamente do texto constitucional.

Logo, não é qualquer posição de direito fundamental social ensejadora de prestações estatais que será suscetível de postulação em juízo. É necessário que haja uma normatização do conteúdo da prestação, ainda que mínima, pela própria Constituição – mesmo que ela extrapole os limites do mínimo existencial. Nesse caso, por força da aplicabilidade imediata do direito fundamental em questão, a medida será passível de reivindicação ao Poder Judiciário.

Como consequência, a terceira proposição acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais é a de que: (iii) *tratando-se de prestações estatais positivas em matéria de direitos fundamentais sociais, ainda que inexistente lei regulamentadora, poderá ser postulado judicialmente o conteúdo especificado pelo texto constitucional, mesmo que desborde do mínimo existencial, e sem a necessidade de impetração de mandado de injunção*. Como já se observou (3.1.2.), ainda que carentes de regulamentação legislativa, os direitos fundamentais sociais desfrutam de um conteúdo pré-estabelecido pelo constituinte. E como a posição aqui adotada credita jusfundamentalidade aos direitos sociais para além do mínimo existencial, impõe-se a aceitação de justiciabilidade desses direitos não limitada ao conjunto de prestações que o compõem.

Essa compreensão do conteúdo jusfundamental dos direitos sociais – dotado de aplicação imediata – para além do mínimo existencial não é tarefa difícil em Constituições como a brasileira, generosa em disposições regulamentadoras desses direitos. Ela adianta “na maior parte dos casos, normas organizatórias, deveres e posições ativas que decorrem das disposições jusfundamentais”.<sup>577</sup> No contexto pátrio atual, a Constituição encontra-se recheada de disposições normativas que disciplinam o conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Conquanto os enuncie abstratamente no art. 6º – “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” – a Lei Fundamental de 1988 retoma a regulação jurídica dos direitos sociais no seu Título VIII – “Da Ordem Social”.

A saúde é tratada pelos arts. 196 a 200, e ganhou maior detalhamento com a Emenda Constitucional nº 29/2000, que incluiu parágrafos e incisos no art. 198, vinculando receitas da União, dos Estados e dos Municípios para ações e serviços públicos de saúde. A educação é regulamentada pormenorizadamente nos arts. 205 a 214, contendo inclusive a concessão, já mencionada, de gratuidade do acesso à educação básica, que envolve a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Também há a previsão de vinculação de receitas públicas para atividades voltadas à educação, inserida pela Emenda Constitucional nº 14/1996.

A especificação constitucional de conteúdos ocorre, igualmente, com os direitos à previdência social – arts. 201 e 202 e seus diversos parágrafos, que estabelecem, inclusive, os critérios para a garantia da aposentadoria no regime geral da previdência – e à assistência social (arts. 203 e 204, reconhecendo-se expressamente no inciso V do art. 203 a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família).

Todas essas delimitações dos contornos dos direitos fundamentais sociais operadas diretamente pela Constituição podem ser reclamadas em juízo, ainda que não regulamentadas por lei e por mais que ultrapassem as prestações necessárias para garantir uma existência minimamente digna. É desnecessário, nesses casos, o mandado de injunção,<sup>578</sup> porque se tratam

<sup>577</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 146.

<sup>578</sup> Assim entende: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 107.

de decisões políticas fundamentais empreendidas pelo constituinte, que sequer estão na esfera de disponibilidade do legislador ordinário. Logo, são também prontamente exigíveis.

A dimensão prestacional dos direitos fundamentais não disciplinados pela legislação só será plenamente justificável pelos meios processuais comuns se for possível extrair diretamente da Constituição os traços que compõem o seu conteúdo, permitindo a identificação precisa das prestações específicas que ensejam posições subjetivas a prestações materiais. Exemplifique-se com o direito dos idosos maiores de 65 anos à gratuidade do transporte coletivo urbano, situado fora do catálogo de direitos fundamentais (art. 230, §2º, CF), mas a ele reconduzível por meio da cláusula de abertura material do art. 5º, §2º da CF. Embora não se considere, aqui, que essa pretensão jurídica esteja incluída no mínimo existencial,<sup>579</sup> julga-se possível reclamá-la jurisdicionalmente diante da sua violação. Não se cuida de disposição que exija lei ordinária para ser postulada.

Registre-se que essa terceira assertiva – (iii) – aplica-se tanto aos deveres de *promoção* (prestações materiais e normativas do Estado) quanto aos deveres de *proteção* (contra atos de outros particulares) dos direitos fundamentais sociais. Os direitos dos trabalhadores enunciados nos arts. 7º, 8º e 9º da Constituição podem ser exigidos judicialmente, obrigando o Poder Público a protegê-los contra a ação dos empregadores, na medida em que estejam bem especificados no texto constitucional, ainda que não haja lei regulamentadora. Por mais que a disposição veiculadora do direito o condicione à “forma da lei”, como é o caso dos incisos I, IV, X, XI, XII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXVII do art. 7º, a previsão de um conteúdo mínimo do direito possibilita a sua reivindicação judicial. Ainda que inexistisse fixação legal do valor do salário mínimo (art. 7º, IV, CF), por exemplo, o dispositivo já estabelece pormenorizadamente aquilo que deve ser abrangido por esse valor (atendimento das necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social), permitindo com isso a sua definição pelo juiz.<sup>580</sup> Nas hipóteses em que não há esse conteúdo constitucional mínimo, sendo imprescindível a determinação infraconstitucional do conteúdo da prestação a ser exigida de outros particulares (v.g., participação do trabalhador nos lucros ou resultados da empresa, conforme definido em lei – art. 7º, XI, CF), será necessária a propositura de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF).<sup>581</sup>

<sup>579</sup> O Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento diverso. Apesar de concordar-se com a decisão no sentido de que essa prestação é sindicável judicialmente, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha entendeu que ela estava incluída no mínimo existencial, diversamente do que se propõe aqui. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 19.09.2007, DJe-131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007.

<sup>580</sup> É o posicionamento de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49-52. O autor vai além, sustentando ainda a possibilidade de revisão judicial do valor, caso esteja fixado em lei e não atenda a todas as necessidades estabelecidas no art. 7º, IV da CF.

<sup>581</sup> De acordo com o citado dispositivo: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Em outro trabalho, teve-se a oportunidade de sustentar que ante a impetração desse remédio constitucional, compete ao Poder Judiciário viabilizar o exercício do direito, podendo emprestar à decisão efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, conforme as exigências concretas das situações de direito material em jogo. A regra geral é a atribuição de efeitos *inter partes*; contudo, sendo difusos ou coletivos os direitos em questão, pode-se conferir efeitos *erga omnes* à decisão. Nessa última hipótese, “a melhor solução parece ser a seguinte: (a) o juiz deverá, liminarmente, criar a solução adequada à satisfação do direito do titular no caso concreto; (b) sendo a solução criada satisfatória à tutela do direito, poderá a liminar concedida assumir caráter definitivo; (c) em havendo necessidade de elaboração de norma com alcance mais amplo do que a solução provida liminarmente, caberá ao juiz a utilização de todos os meios possíveis para ampliar o debate acerca da criação da norma, promovendo um diálogo constitucional entre todos os interessados, envolvendo os poderes estatais e a sociedade”.

Quanto aos deveres de *promoção* (prestações fáticas), nos casos que dependam de conformação legislativa do conteúdo da prestação o Judiciário não poderá tomar, em todo e qualquer caso, as decisões políticas e realizar as escolhas de prioridades no manejo dos recursos públicos, pois a sua definição é preferencialmente reservada ao espaço de deliberação pública próprio do Poder Legislativo.<sup>582</sup> Será necessário, em tais casos, utilizar a via específica do mandado de injunção para garantir a viabilização judicial do exercício do direito fundamental. Ilustre-se com o direito dos servidores públicos a uma aposentadoria especial, com requisitos diferenciados para a sua concessão, nos casos de atividades de risco, prejudiciais à saúde e à integridade física, ou de portadores de deficiência (art. 40, §4º, I, II, III da CF).<sup>583</sup> Exsurge aí a quarta conclusão: (iv) *se inexistir legislação disciplinadora, e não houver na Constituição parâmetros mínimos para a especificação do conteúdo do direito fundamental, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais poderá ser implementada pela via do mandado de injunção.*

Em relação aos demais casos, a indeterminação do conteúdo do direito fundamental terá de ser superada pelo legislador ordinário. Quando, por questões de igualdade e de segurança jurídica, o legislador estabelece os contornos de um determinado direito fundamental social, especificando o seu conteúdo capaz de ser exigido do Poder Público, a problemática da indeterminação é, ao menos, parcialmente resolvida.

A partir do momento em que houver uma disciplina normativa no plano infraconstitucional precisando o conteúdo dos direitos fundamentais sociais, eles se tornam, inclusive, mais densos juridicamente do que os próprios direitos fundamentais de liberdade. Como esses últimos estão sujeitos a uma *reserva geral imanente de ponderação*, devendo ceder pontualmente, no caso concreto, quando colidirem com outros bens jurídicos fundamentais, ao legislador é vedado (ou, pelo menos, não recomendável) fixar critérios legais apriorísticos de resolução dessas situações de colisão entre direitos fundamentais. Deixa-se aberto à Administração e ao juiz, para que na situação concreta se interprete, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, qual direito deverá prevalecer. Em face dessa expressiva dependência das circunstâncias do caso concreto, o legislador acaba por traçar apenas um quadro aberto, suscetível à posterior apreciação da Administração e do Poder Judiciário. No caso dos direitos fundamentais sociais, em contrapartida, a partir do momento em que o legislador, mediante o debate democrático, tomou as decisões políticas necessárias para fixar o conteúdo preciso das prestações estatais correspondentes à satisfação desses direitos, eles ganham um grau de concretude e densidade ainda maior do que o dos direitos fundamentais de liberdade.<sup>584</sup>

Identifica-se, nessa linha, a quinta conclusão: (v) *as prestações de direitos fundamentais sociais regulamentadas por lei poderão ser plenamente exigidas perante o Poder Judiciário, não se lhes podendo opor, via de regra, os argumentos da reserva do possível e da separação de poderes.* Estando disciplinado o direito fundamental social, não há mais que se arguir reserva legal orçamentária ou princípio da separação de poderes. É que as prestações legalmente estabelecidas já refletem as ponderações efetuadas pelos representantes populares de forma

---

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais:** uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 180-181.

<sup>582</sup> BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna...** *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>583</sup> Constituição da Republica Federativa do Brasil: “Art. 40. (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

<sup>584</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 135.

democrática no espaço adequado de deliberação pública. Já foram selecionadas as prioridades estatais diante dos recursos financeiros arrecadados. Não cabe, pois, ao juiz emitir novos juízos de ponderação, contrariando aquilo que já foi estabelecido democraticamente pelo legislador, a não ser, obviamente, que o conteúdo da lei atente contra o próprio texto constitucional, ofendendo ou não outros direitos fundamentais.

Poderia alguém afirmar que essa última conclusão nada tem a ver com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, já que se baseia na própria legislação, tratando-se, antes, de incidência mediata. Mas dela se extrai uma consequência jurídica importante: os cidadãos que não tiverem sido contemplados pela legislação, mas que se estiverem em situações fáticas semelhantes, exigentes da mesma normatização, poderão reivindicar com supedâneo na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a extensão dos efeitos da regulamentação ao seu caso. O fundamento está na proibição de tratamento discriminatório. Segundo Clèmerson Merlin Clève, a função de *não discriminação* dos direitos fundamentais ordena que o Estado disponibilize aos indivíduos de maneira igualitária os bens e serviços indispensáveis ao seu atendimento (com exceção às discriminações positivas, necessárias a proporcionar a igualdade material). Deles deriva a exigência de que “os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (ideia de universalidade), implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao judiciário idêntico tratamento”.<sup>585</sup>

Dessa forma, se há dois titulares do mesmo direito fundamental social, em situações semelhantes, e o legislador definiu os contornos desse direito beneficiando apenas a um deles, o outro poderá exigir igual tratamento com lastro na incidência direta dos direitos fundamentais. A assertiva deriva da compreensão, esposada no item anterior, de que a disciplina normativa infraconstitucional integra o conteúdo do direito fundamental, sendo também protegida pelo seu regime jurídico especial. A titularidade do direito àquelas prestações previstas no plano legislativo não é conferida aos cidadãos pela lei (consoante entenderia a corrente que aceita a distinção entre *direitos originários* e *direitos derivados a prestações*, estes últimos criados pela legislação): é-lhes atribuída diretamente pela Constituição. Logo, por mais que o cidadão não esteja contemplado pelas disposições legais – situação em que, para ele, ainda haverá falta de norma regulamentadora do seu direito – ele poderá exigir aquelas prestações estatais cujo conteúdo foi legalmente precisado, com lastro na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Não há, em uma tal situação, qualquer afronta ao princípio democrático ou da separação dos poderes, haja vista que os representantes populares, no espaço de deliberação pública do Legislativo, já estabeleceram prioridades na alocação dos recursos públicos e definiram critérios para a aplicação daquele determinado direito fundamental. E, por força do princípio constitucional da igualdade, não se pode aceitar que eles, deliberadamente, tenham decidido por excluir os cidadãos que se encontram em circunstâncias fáticas semelhantes. Essa opção não se encontra dentro da margem conferida pela liberdade de conformação do legislador, porquanto desborda das limitações constitucionais a ela impostas.

---

<sup>585</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 102.

## CAPÍTULO 4 – O DUPLO CARÁTER (INDIVIDUAL E TRANSINDIVIDUAL) DA TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A questão relativa à titularidade dos direitos fundamentais sociais (v.g., educação, moradia, assistência social, saúde...) revela-se como um ponto nodal na presente investigação. A divergência existente nessa temática apresenta-se nos seguintes termos: (i) ao prever os direitos fundamentais sociais, a Constituição confere a sua titularidade aos cidadãos *individualmente*, permitindo a cada um exigir de maneira isolada a tutela administrativa e/ou judicial do bem jurídico em questão? Ou (ii) a titularidade de tais direitos é atribuída pelo ordenamento constitucional de forma *transindividual*, o qual a outorga a grupos determinados ou à coletividade globalmente considerada, possibilitando a reivindicação de sua proteção administrativa e/ou judicial somente pela via coletiva?

Em outras palavras, a polêmica reside em saber se os bens jurídicos protegidos constitucionalmente sob as vestes de direitos fundamentais sociais são divisíveis ou indivisíveis. No primeiro caso, estar-se-ia diante de direitos de titularidade individual, passíveis de ser tutelados singularmente. Na segunda hipótese, tratar-se-iam de direitos de titularidade transindividual, que só admitiriam proteção pelo sistema de tutela coletiva.

A controvérsia, ao que tudo indica, deriva da nomenclatura emprestada aos direitos sob exame – adjetivados de *sociais* – que poderia conduzir à ideia de que eles são titularizados apenas pela *sociedade*, de modo, portanto, *transindividual*. Seriam distintos dos tradicionais direitos *individuais*, cuja titularidade seria conferida ao *indivíduo* e permitiria a sua postulação isolada.<sup>586</sup> Nessa linha, a dúvida que surge é se o rótulo que o constituinte imprimiu ao Capítulo II (“Dos direitos *sociais*”) do Título II da Constituição diz respeito ou não à extensão da titularidade dos direitos ali consagrados.

A relevância dessa discussão consiste no fato de que são extremamente comuns na doutrina e na jurisprudência brasileira afirmações em ambos os sentidos. De um lado, há manifestações no sentido de que a titularidade dos direitos sociais é individual,<sup>587</sup> admitindo sua sindicabilidade judicial por um único cidadão. De outro, encontram-se aqueles que sustentam que a satisfação desses direitos só poderia ser realizada mediante um atendimento coletivo, criticando a concessão de prestações judiciais individuais.<sup>588</sup>

---

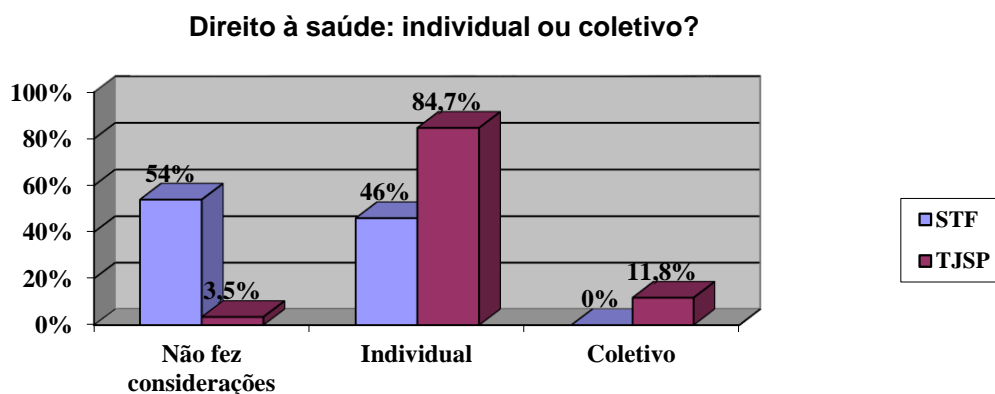
<sup>586</sup> Nesse sentido, Fernando Facury Scaff, após criticar a posição do STF que reconheceu a saúde como “um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo”, sustenta que, com isso, “confunde-se *direitos individuais* com *direitos sociais*”. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146-148.

<sup>587</sup> É o que sustenta Celso Lafer: “os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127). No mesmo sentido, tratando especificamente do tema da saúde, Fernando Mânica afirma que “é possível compreender o direito à saúde como um direito fundamental social individual”. MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, v. 1, Brasília, CMB, p. 21-34, jul./dez. 2011.

<sup>588</sup> Ao que tudo indica, é a posição de autores como Fernando Facury Scaff e José Reinaldo de Lima Lopes. Ambos negam a possibilidade de se exigir judicialmente prestações estatais individuais no campo da saúde, por considerá-la um direito social que deve ser satisfeito pelo Estado somente pela via coletiva, sob pena de ofensa à igualdade. Ver:



Uma demonstração dessa dicotomia pode ser observada a partir de duas pesquisas realizadas na jurisprudência de tribunais brasileiros sobre pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV, envolvendo, portanto, um direito fundamental social: a saúde. A primeira delas examinou todos os acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do tema proferidos entre janeiro de 1997 e junho de 2004.<sup>589</sup> A segunda, realizada no ano de 2005, buscou todas as decisões do Supremo Tribunal Federal já exaradas acerca da temática, encontrando ao todo 48 julgados.<sup>590</sup> Do total das decisões do TJSP, concluiu-se que em 84,7% o direito à saúde foi considerado como individual, em 11,8% como coletivo e em 3,5% não houve considerações a esse respeito. Na jurisprudência do STF, por sua vez, verificou-se que em 46% dos julgados o direito em apreço foi encarado como individual, em nenhum deles (0%) foi classificado como coletivo, e os demais 54% das decisões não mencionavam expressamente essa questão. Um gráfico extraído da segunda pesquisa, estabelecendo um quadro comparativo entre as duas investigações,<sup>591</sup> bem ilustra essas informações:



O debate, como se vê, gira em torno do enquadramento ou não dos direitos sociais na conceituação tradicional de direito subjetivo (ou de direito público subjetivo), tema sobre o qual

---

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146. e LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 158-159.

<sup>589</sup> FERREIRA, Camila Duran; OLIVEIRA, Ana Carolina C. de; MACHADO, Ana Maria F.; NAHOUM, André V.; FERRÃO, Brisa L. de M.; CARDOSO, Evorah L. C.; FRANCO, Leandro A.; GUERRA, Marcele G.; BRAGA, Marco Aurélio C.; PUCCI, Rafael D.; BURANELLI, Vinícius C. O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS. In: **Prêmio Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004: monografias premiadas**. Brasília: IPEA, 2005. p. 389-431.

<sup>590</sup> Os julgados encontrados pela pesquisa citada foram: (i) acórdãos: RE 242.859/RS; RE 264.269/RS; AgRE 273.834/RS; AgRE 255.627/RS; AgRE 273.042/RS; AgRE 281.080/RS; AI Agr 486.816/RJ; AgRE 271.286/RS; AgRE 257.109/RS; AgRE 268.479/RS; AgRE 259.508/RS; (ii) decisões monocráticas: RE 310031/SP; STA 34/SP; AI 396.973/RS; RE 234.016/RS; RE 253.454/RS; RE 280.642/RS; RE 273.042/RS; RE 247.352/RS; RE 246.262/RS; RE 244.087/RS; RE 237.367/RS; AI 232.469/RS; RE 370.959/RS; AI 418.320/RS; RE 259.415/RS; RE 293.379/RS; RE 298.993/RS; RE 281.080/RS; RE 247.119/RS; AI 286.933/RS; RE 277.573/RJ; RE 278.402/SP; RE 241.630/RS; RE 247.095/RS; RE 276.640/RS; RE 271.286/RS; RE 270.890/RS; RE 253.741/RS; AI 238.328/RS; RE 273.834/RS; RE 247.900/RS; RE 248.300/RS; RE 234.017/RS; RE 246.242/RS; RE 232.335/RS; RE 236.644/RS; RE 267612/RS. BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. **Revista Jurídica**, v. 9, n. 88, Brasília, Presidência da República, p. 01-39, dez./2007-jan./2008. p. 13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>591</sup> BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal... *Op. Cit.*, p. 15.

já se posicionou no item 1.1. do Capítulo 1. Como antes dito, os direitos fundamentais se configuram no atual Estado Constitucional de Direito como uma categoria jurídica autônoma, dotada de um regime jurídico especial, dadas as características peculiares que informam essa espécie de direitos. E um desses traços particulares – um dos principais motivos inviabilizadores da associação automática dos direitos fundamentais ao conceito clássico de direito subjetivo – é a sua estrutura normativa bidimensional. Além de conferir posições *subjetivas* ao cidadão no marco de uma relação jurídica com o Estado, que autoriza o titular individualizado a exigir determinadas condutas ativas e passivas do destinatário, os direitos fundamentais expendem deveres *objetivos* ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independentemente de provocação do particular. Essa última perspectiva escapa à noção de direito subjetivo e reclama maiores atenções quanto aos seus efeitos jurídicos. Portanto, a discussão precisa avançar. É nesses termos que o assunto deve ser tratado: deixando de lado a querela reducionista sobre a possibilidade de associar os direitos sociais à condição de direitos subjetivos, para, em vez disso, observar em que medida esse duplo caráter – subjetivo e objetivo – dos direitos fundamentais influencia na questão da sua titularidade individual ou transindividual.

O reconhecimento dessa dúplici dimensão dos direitos fundamentais – é preciso frisar – não é novidade. Como se verá na sequência, é tema que já vem sendo de há muito mencionado no plano teórico, encontrando inclusive algum eco na jurisprudência estrangeira. Aliás, é comum e constante nas obras que se debruçam sobre o estudo dos direitos fundamentais a referência ao duplo caráter – subjetivo e objetivo – desses direitos. Porém, se de tais características não for possível extrair consequências jurídicas bem definidas e relevantes, a menção a elas pode, de um lado, tornar-se supérflua. Afirmar genericamente que além de conferir uma posição jurídica subjetiva os direitos fundamentais integram o Direito objetivo, pois derivam de um preceito normativo, seria uma obviedade. De outra parte, a alusão à dupla perspectiva dos direitos fundamentais que seja carente de precisões teóricas poderia funcionar como um coringa “no jogo da ciência jurídico-constitucional, válido para quase todas as situações de emergência”.<sup>592</sup> Para negar ou para justificar a concessão judicial de uma pretensão jusfundamental pelo seu titular, bastaria alegar que a pretensão jurídica em questão ostenta uma dimensão subjetiva, a qual autorizaria a sua exigibilidade, ou que a aspiração postulada integra apenas a sua dimensão objetiva, não sendo passível de reivindicação direta pela via jurisdicional.

Assim, são três os objetivos deste capítulo. O primeiro (4.1.) se trata da tentativa de explicar – com supedâneo na distinção entre *direito fundamental como um todo* (sentido amplo) e *pretensão jurídica jusfundamental* (sentido estrito)<sup>593</sup> – que algumas das pretensões decorrentes de um determinado direito fundamental revelam-se como posições subjetivas exigíveis individualmente, ao passo que outras encontram-se associadas à dimensão objetiva do direito, ostentando titularidade transindividual. Diante disso, todo direito fundamental, quando considerado em sua integralidade, exibirá tanto uma faceta individual quanto uma feição transindividual, a depender da pretensão em análise. O segundo escopo (4.2.) consiste em tecer uma crítica ao intento de se enquadrar de forma genérica os direitos fundamentais em alguma das categorias previstas da legislação processual civil brasileira (individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo), haja vista que um mesmo direito enfeixa pretensões jurídicas distintas.

---

<sup>592</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 108.

<sup>593</sup> O tema foi desenvolvido na Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.2.

Tais peculiaridades serão realçadas, em especial, com um terceiro propósito: o de lançar as bases para, nos próximos capítulos, buscar identificar quais são os efeitos jurídicos produzidos pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais sobre a Administração Pública. Com isso, pretende-se chamar a atenção para possíveis impactos que tais direitos devem provocar sobre a atuação administrativa, ainda que os seus titulares não venham a reivindicá-los perante o Poder Público pela via individual.

#### **4.1. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como faceta transindividual inerente a todos eles**

A proposta de se reconhecer um radical subjetivo a todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais), que ganhou corpo no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, teve como meta possibilitar a sua sindicabilidade judicial. Representou, pois, uma estratégia voltada ao abandono da concepção que negava força jurídico-normativa às disposições constitucionais e, por consequência, gerava uma situação de desamparo ao titular de um direito fundamental social cuja fruição não era assegurada pelo Estado, em razão de sua inércia.<sup>594</sup>

O problema que se vivenciou no Brasil em um período subsequente, marcado por um ativismo judicial desenfreado,<sup>595</sup> não derivou simplesmente dessa construção teórica – a qual, como se verá, não se revela inadequada à realidade contemporânea. Afinal, os direitos sociais detêm, de fato, uma perspectiva subjetiva. As vicissitudes experimentadas pelo Poder Judiciário nacional advieram da centralização do campo de análise dos direitos fundamentais sociais a essa dimensão subjetiva. Convencidos de que os direitos sociais, como os demais direitos fundamentais, enquadravam-se na definição de direitos subjetivos, alguns juízes passaram a admitir a concessão judicial individualizada de pretensões jurídicas cuja titularidade era transindividual (difusa ou coletiva).

O que parece ter ocorrido foi a absorção apenas parcial do discurso doutrinário pela jurisprudência. Assimilou-se a explicação – realmente acertada – a respeito do caráter subjetivo dos direitos fundamentais, mas sem a incorporação concomitante do significado e dos efeitos jurídicos da feição objetiva de tais direitos. E com isso, passou-se a admitir a subjetivização individual de pretensões jusfundamentais de natureza transindividual – as quais, embora produzam efeitos jurídicos relevantes, nem sempre autorizam a postulação fracionada da prestação estatal, por conta de seu caráter indivisível. Nessa linha, concorda-se com Ingo Wolfgang Sarlet quando aponta que no Brasil, diferentemente do que se passa na Espanha e em Portugal, “a referida perspectiva objetiva dos direitos fundamentais ainda não foi objeto de estudos mais aprofundados, encontrando, por isso, tímida mas crescente (em termos qualitativos e quantitativos) aplicação”.<sup>596</sup>

<sup>594</sup> Um dos principais exemplos de defesa dessa estratégia de combate é a obra de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que as normas constitucionais definidoras de direitos encaixam-se perfeitamente no esquema conceitual de *direito subjetivo*, baseado nas ideias de *dever jurídico*, *violabilidade* e *pretensão*. Sustenta o autor que o Estado, ao descumprir o dever jurídico ao qual se encontra constitucionalmente vinculado, violando o direito conferido ao cidadão que o titulariza, gera a este último a possibilidade de postular o cumprimento das prestações positivas e negativas que incumbiam ao Poder Público, inclusive mediante a propositura de ação judicial. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 100-101.

<sup>595</sup> Questão tratada na Parte I, Capítulo 1, item 1.2., subitem 1.2.2.

<sup>596</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 141.

Faz-se necessária, assim, uma perquirição atenta acerca do conteúdo e das consequências jurídicas concretas que podem ser deduzidas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (4.1.1.), a fim de demonstrar que nela reside a titularidade transindividual inerente a todos esses direitos (4.1.2.). Com isso se permitirá a abertura de alguns caminhos para propor, nos próximos capítulos, o reconhecimento dos impactos que essa perspectiva objetivizada deve produzir sobre a Administração Pública em matéria de satisfação dos direitos econômicos e sociais.

#### *4.1.1. Da dimensão subjetiva à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: identificação de efeitos jurídicos relevantes*

Os direitos fundamentais, em sua roupagem contemporânea, podem ser encarados sob dois prismas distintos. O primeiro e mais tradicional enfoque diz respeito à sua dimensão *subjetiva*: concebe as disposições definidoras de direitos fundamentais como normas constitucionais atributivas de uma posição jurídica subjetiva, que investe o seu titular na prerrogativa de exigir do destinatário da pretensão o cumprimento de uma determinada prestação positiva ou negativa. O segundo viés enxerga as normas de direitos fundamentais por uma perspectiva *objetiva*. Vistas por essa óptica, tais determinações constitucionais não se limitam a veicular direitos subjetivos: elas incorporam, para além disso, um conteúdo valorativo de natureza objetiva, que desencadeia efeitos jurídicos autônomos e diferenciados, transcendendo a estrutura relacional própria dos direitos subjetivos.<sup>597</sup>

No que diz respeito à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, grande parte da doutrina a associa ao conceito de direito público subjetivo,<sup>598</sup> ou, simplesmente, de direito subjetivo. São autores que sustentam que essa perspectiva compreende “todas as faculdades suscetíveis de referência individual”, ao passo que a dimensão objetiva se limitaria apenas aos efeitos jurídico-normativos aos quais não correspondem direitos individuais.<sup>599</sup> Tanto a referência à figura do *direito subjetivo*, quanto a preocupação em incluir a característica da *titularidade individual* como elemento essencial da noção de dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, já foram objeto de crítica em outra passagem deste estudo.<sup>600</sup> A conclusão a que se chegou, e que aqui serve como premissa, é a de que *direito fundamental* representa uma categoria jurídica própria, que não precisa ser enquadrada no conceito de direito subjetivo nem ostentar titularidade individual para que possua exigibilidade.

Resumindo as posições expostas anteriormente, aqui adotadas, pode-se asseverar que: (i) os direitos fundamentais, quando considerados *como um todo*, enfeixam uma multiplicidade de pretensões jurídicas jusfundamentais, que dirigem deveres de distintas naturezas ao Estado (respeito, proteção e promoção); (ii) algumas dessas pretensões jurídicas, quando derivam de uma relação jurídica bem delineada, com a definição precisa do titular do direito, do sujeito

<sup>597</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008. p. 63; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales**: el art. 10.1 CE. Barcelona: Bosch Editor, 2011. p. 63.

<sup>598</sup> É o caso de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. **Derechos fundamentales y garantías institucionales**: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública). Madrid: Civitas, 1994. p. 40, nota nº 32, e de GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>599</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 110.

<sup>600</sup> Ver Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.1., ponto (b).

obrigado e do conteúdo da prestação negativa ou positiva a ser demandada, apresentam uma *dimensão subjetiva*, que autoriza a sua exigibilidade pela via administrativa ou judicial; (iii) tais pretensões, dotadas de um radical subjetivo autorizador de sua sindicabilidade, podem ostentar titularidade individual ou transindividual. Por esses motivos, é inadequado e insuficiente associar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à noção de “direito subjetivo” e considerar necessária sua “titularidade individual”, já que tal racionalidade não engloba a ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, nem admite com igual intensidade a tutela (e, por consequência, a exigibilidade) de pretensões de natureza transindividual.<sup>601</sup> O tema será objeto de maior atenção no item 4.2.

Em suma: compreender os direitos fundamentais em sua acepção *subjetiva* significa admitir que ao seu titular – que pode ser um sujeito individual, um grupo determinado ou uma coletividade indeterminável – é possível exigir em face do destinatário, pela via administrativa ou judicial, o cumprimento dos seus interesses protegidos pelo ordenamento jurídico na forma de bens jusfundamentais. Um dos traços que a peculiariza está, pois, na *exigibilidade* da prestação negativa ou positiva necessária à tutela do direito fundamental – e, portanto, independe de seu perfeito enquadramento nas estreitas amarras do conceito tradicional de direito subjetivo ou da possibilidade de ser reconduzível a um titular individual, singularmente determinado.

Portanto, uma das notas distintivas básicas entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais é o fato de que a primeira confere a um titular a possibilidade de exigir judicialmente o atendimento do dever jurídico objetivamente imposto ao Estado. Mas isso é apenas uma consequência da principal característica que peculiariza a perspectiva subjetiva: o estabelecimento de uma *relação jurídica* bem definida entre cidadão e Estado e a atribuição de uma *posição subjetiva* àquele, que acrescenta à sua esfera jurídica uma situação de vantagem na fruição de um bem jusfundamental, merecedora de tutela do Poder Público contra agressões estatais ou de outros particulares.

A dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais, por sua vez, é menos perceptível do que a subjetiva.<sup>602</sup> Talvez por isso não seja tão invocada pela jurisprudência quanto essa última. E é por este motivo que ela parece merecer maior atenção no presente estudo: para que seja possível dela extrair efeitos jurídicos relevantes e avaliar os impactos que estes podem produzir sobre o dever da Administração Pública de tutelar de forma espontânea, integral e efetiva os direitos fundamentais sociais.

A respeito da temática vertente, importa analisar: **(a)** a *fundamentação* e o *significado* da dimensão objetiva dos direitos fundamentais; **(b)** as *teorias* que permitiram a visualização desses direitos para além de sua perspectiva subjetiva; **(c)** o *reconhecimento jurisprudencial* dessa dimensão por algumas decisões pioneiras; **(d)** os *efeitos jurídicos* desencadeados pelo caráter objetivo dos direitos fundamentais.

**(a)** A *fundamentação* para o reconhecimento do prisma objetivo dos direitos fundamentais decorre da relevância de seu objeto.<sup>603</sup> Pelo fato de tais direitos tutelarem interesses e bens jurídicos determinantes para a ordem social, os deveres estatais de protegê-los transbordam da relação subjetiva estabelecida entre Poder Público e cidadão, assumindo a feição de princípios objetivos destinados a impulsionar a atuação de ofício do Estado e projetar o seu

<sup>601</sup> Assim, afasta-se neste estudo da leitura de José Joaquim Gomes Canotilho, que vincula a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à noção de direito subjetivo individual. Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1256-1257.

<sup>602</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>603</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 11-12.

conteúdo axiológico por todo o ordenamento jurídico. Da dimensão objetiva é possível deduzir efeitos jurídicos autônomos derivados da norma de direito fundamental. Nessa medida, ela exerce uma função complementar à dimensão subjetiva,<sup>604</sup> já que nem sempre o conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental se esgotará na relação jurídica bilateral “posição subjetiva do cidadão”/“dever correlativo do Estado”.

O *significado* da faceta objetiva consiste no fato de que as consequências jurídicas da norma que assegura o direito fundamental como um todo (sentido amplo) ultrapassam o vínculo subjetivo cidadão-Estado e fazem impender sobre o Poder Público incumbências e obrigações gerais, necessárias a possibilitar o adequado e integral exercício das pretensões jurídicas jusfundamentais (direitos fundamentais em sentido estrito) de todos os cidadãos. Nesse sentido, a feição objetiva dos direitos fundamentais diz respeito à necessidade de protegê-los mediante a adoção de medidas, pelo Estado, que se apliquem à generalidade dos casos que envolvem os bens jurídicos por eles resguardados. Desde tal ponto de vista, deixa-se de conferir realce apenas à singularidade ou individualidade próprias das posições jurídicas subjetivas.<sup>605</sup>

A identificação dessa perspectiva dos direitos fundamentais provém da compreensão, difundida no período pós-guerras, de que o conjunto desses direitos representa uma ordem axiológica capaz de legitimar o sistema constitucional, servindo de fundamento e limitação à atuação dos Poderes Públicos e espraiando-se expansivamente por todo o ordenamento estatal. Os valores deles emanados passam a costurar o tecido normativo constitucional e infraconstitucional, orientando a compreensão e a interpretação de todos os princípios e regras integrantes da ordem jurídica. Sob esse viés, entende-se que mesmo dos enunciados constitucionais que objetivam, primariamente, investir o cidadão em uma posição jurídica subjetiva, é possível inferir conteúdos normativos objetivos e autônomos, aplicáveis inclusive fora de uma relação direta entre o Estado e o indivíduo titular do direito em questão.<sup>606</sup> Vale dizer: mais do que simples restrições ao exercício do poder político pelo Estado, os direitos fundamentais se transformam ao longo do século XX, tornando-se um conjunto valorativo que passa a dirigir a atuação positiva dos poderes constituídos,<sup>607</sup> exatamente porque encarnam valores básicos da sociedade que se revelam como fundamentos de toda a ordem jurídico-política.<sup>608</sup>

A admissão dessa perspectiva derivou do desenvolvimento de algumas teorias de direitos fundamentais que buscavam apartar-se da lógica liberal-subjetivista-individualista, vinculada à natureza negativa ou defensiva desses direitos, que norteava a sua concepção forjada no século XIX. Daí porque se pretende, neste trabalho, explorar dessa dimensão novas potencialidades e consequências jurídicas práticas em matéria de Administração Pública. Consequências que permitam superar um paradigma atrelado exclusivamente, em sua essência, a uma compreensão oitocentista de direitos fundamentais como posições jurídicas subjetivas,

<sup>604</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 239.

<sup>605</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010. p. 13.

<sup>606</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 58.

<sup>607</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 21.

<sup>608</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales... Op. Cit.**, p. 63.

titularizadas por indivíduos, que podem ser judicialmente exigidas contra um Estado infrator de liberdades públicas.<sup>609</sup>

(b) Ao longo do século XX, algumas *teorias* emergentes na transição entre os modelos liberal e social de Estado de Direito começam a identificar novas feições para as Constituições, que não mais se restringem à tutela de direitos subjetivos e individuais e passam a reconhecer nas disposições constitucionais uma função protetiva de valores coletivos. Entre tais construções teóricas, pode-se mencionar: **(b.1)** a *teoria das garantias institucionais* de Carl Schmitt; **(b.2)** a *teoria da Constituição como ordem de valores* de Rudolf Smend; **(b.3)** a *concepção institucional* de direitos fundamentais de Peter Häberle; **(b.4)** a *teoria social* dos direitos fundamentais.

**(b.1)** Uma das primeiras manifestações teóricas que buscou admitir a existência de proteção constitucional a valores coletivos, fora do esquema liberal e individualista de direitos subjetivos, foi a noção de *garantias institucionais* de Carl Schmitt.<sup>610</sup> O autor afirmava que a regulação constitucional de determinadas matérias, que pretendia impedir a sua supressão do ordenamento jurídico pela via legislativa ordinária, nem sempre tinha por objeto direitos fundamentais. Poderia, também, visar à proteção das garantias institucionais, que para Schmitt se tratava de uma figura jurídica distinta.<sup>611</sup>

Essas garantias representariam uma salvaguarda à essência das conformações jurídicas de determinadas instituições (públicas) ou institutos (privados), tais como o casamento, a propriedade e a autonomia universitária. A fixação do conteúdo dessas instituições e institutos pela Constituição estaria blindada contra eventuais desnaturações de sua estrutura efetuadas pelo legislador ordinário. As garantias institucionais seriam essa proteção conferida aos traços característicos de institutos constitucionalmente construídos, em face de leis corrosivas de suas vigas mestras. A ideia, portanto, era a de que a Constituição vincula o legislador não apenas quando enuncia direitos, mas também nos casos em que consagra instituições públicas (v.g., autonomia municipal) ou institutos privados (v.g., família). Ditas garantias imporiam ao Poder Legislativo um dever de respeito às instituições constitucionalmente contempladas, operando em duas frentes: (i) de um lado o impediriam de suprimi-las; (ii) de outro, reclamariam o resguardo de um conteúdo eficaz mínimo, sem o qual a sua existência seria meramente formal. Nesse último sentido, as garantias institucionais restringiriam a liberdade de conformação do legislador, proibindo eventuais regulamentações legais que desnaturassem o seu núcleo essencial.<sup>612</sup>

É importante frisar que, embora se trate de uma teoria que buscava reconhecer a tutela constitucional de valores coletivizados, na formulação original de Carl Schmitt direitos fundamentais e garantias institucionais se tratavam de categorias claramente distintas. Nem mesmo os direitos subjetivos que derivassem de tais garantias poderiam ser encarados como direitos fundamentais genuínos. Para o autor, “o autêntico direito fundamental parte do dado do indivíduo com sua esfera de liberdade ilimitada em princípio”, ao passo que “uma instituição não pode ser tomada de maneira semelhante”.<sup>613</sup>

<sup>609</sup> Sobre o surgimento da noção de liberdades públicas a partir de fins do século XVIII e o seu significado jurídico, ver: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 30-51.

<sup>610</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. São Paulo, 2003. 172 f. Tese de Livre-Docência – Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 19.

<sup>611</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927. p. 197-202.

<sup>612</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>613</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...** *Op. Cit.*, p. 201.

No entanto, alguns autores contemporâneos associam o prisma objetivo dos direitos fundamentais à figura das garantias institucionais. Afirmam que tais complexos jurídico-normativos protegidos contra a ação do legislador ordinário podem dizer respeito a instituições ligadas aos direitos fundamentais (v.g., imprensa livre) ou não (v.g., autonomia municipal). Na primeira hipótese, costuma-se dizer que a dimensão objetiva desses direitos impõe ao Estado-legislador a proibição de desfigurar os contornos normativos essenciais de instituições relacionadas com posições jusfundamentais. Os efeitos jurídicos decorrentes de tal perspectiva se revelariam, portanto, como garantias institucionais.<sup>614</sup>

Outros autores, de modo diverso, sustentam que todas as consequências que atualmente se buscam extrair da teoria das garantias institucionais para aplicar ao campo dos direitos fundamentais<sup>615</sup> podem ser, de forma mais simples, deduzidas autonomamente do seu caráter objetivo, isto é, da sua condição de princípios objetivos ou valores superiores do ordenamento jurídico. Isso tornaria completamente desnecessário recorrer em matéria de direitos fundamentais à categoria das garantias institucionais, devendo esta expressão ficar reservada às instituições recolhidas constitucionalmente que devem estar garantidas contra a atividade do legislador.<sup>616</sup>

**(b.2)** A teoria das garantias institucionais, comumente lembrada quando se fala da natureza objetiva dos direitos fundamentais, merece referência mais por ter admitido a existência de uma tutela constitucional de valores coletivos do que por ter, efetivamente, associado essa transindividualidade aos direitos fundamentais – pois, como visto, não o fez. A primeira teoria que realmente operou essa associação foi a *teoria da Constituição como ordem de valores*, de Rudolf Smend.<sup>617</sup>

A teoria de Smend, sob a égide da Constituição de Weimar, objetivou emprestar ao conjunto de direitos e liberdades fundamentais por ela enunciados a finalidade de inspirar a interpretação de todo o sistema jurídico-político. Por meio de seu conteúdo valorativo, tais direitos teriam o condão de promover uma integração da ordem democrática. Trata-se de uma leitura que compreende os direitos fundamentais, para além de sua feição individual e defensiva, como valores objetivos que guiam todo o sistema jurídico e que, mercê de sua tutela constitucional, dirigem-se ao Estado e a todos os particulares impondo-lhes a obrigação de respeitá-los e observá-los.<sup>618</sup>

A adesão a essa concepção de direitos fundamentais ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, como forma de contraposição ao formalismo jurídico que, apartando a ética do Direito, possibilitou as atrocidades nazistas. Uma das principais virtudes dessa teoria está em apontar as inconsistências da concepção positivista dos direitos fundamentais. Ao reconhecer a axiologia inerente a estes últimos, a teoria dos valores reconecta a Constituição formal com a Constituição material, alçando os direitos fundamentais à condição de princípios legitimadores do sistema jurídico-político.<sup>619</sup>

<sup>614</sup> Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 135.

<sup>615</sup> V.g., vinculação dos Poderes Públicos ao conteúdo dos direitos fundamentais, limites à atividade do legislador, deveres estatais de propiciar condições reais e efetivas para o seu exercício, etc.

<sup>616</sup> GALLEGU ANABITARTE, Alfredo. **Derechos fundamentales y garantías institucionales...** *Op. Cit.*, p. 267-270.

<sup>617</sup> O tema é desenvolvido em SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 43-127.

<sup>618</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>619</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 304-305.



Cumpra observar que essa visão, que encara a Constituição como ordem de valores, não propugna uma suposta ausência de normatividade constitucional. Pelo contrário. Ela pressupõe que as normas nela contidas – notadamente as que consagram direitos fundamentais – não se tratam apenas de disposições formais passíveis de posterior regulamentação técnica pela legislação ordinária. Para além de sua validade formal, a carga axiológica inerente ao conteúdo substancial de tais normas confere uma legitimação material à Constituição, reforçando com isso a sua imperatividade jurídica.<sup>620</sup>

**(b.3)** Outra teorização que contribuiu para a afirmação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais foi a *concepção institucional*, difundida especialmente por Peter Häberle.<sup>621</sup> Distintamente do pensamento de Carl Schmitt, que distinguia nitidamente direitos fundamentais e garantias institucionais, a formulação de Häberle imprime uma natureza institucional aos próprios direitos fundamentais, reunindo em um único conceito duas figuras que antes se apresentavam em contraposição.<sup>622</sup>

Segundo tal teoria, para além da tradicional feição subjetivo-individual de tais direitos, eles apresentariam antes de tudo um caráter institucional objetivo, consistente na sua condição de institutos jurídicos garantidos constitucionalmente. E essa condição exige, consoante a visão institucionalista, que se atribua aos fins supraindividuais um papel importante na interpretação das normas de direito fundamental, devendo-se outorgar uma relevância relativamente menor aos princípios vinculados a bens individuais e um peso relativamente alto aos princípios ligados a bens coletivos.<sup>623</sup> Em razão disso, os direitos fundamentais deveriam ser limitados em sua faceta individual para reforçar a sua perspectiva institucional.<sup>624</sup> Assim, a fruição das pretensões subjetivo-individuais de seus titulares seria consequência de uma proteção reflexa, oriunda do adequado cumprimento do dever estatal de salvaguardar os direitos fundamentais em sua qualidade de institutos jurídicos objetivos.<sup>625</sup>

A *teoria institucional* também deriva das novas necessidades dos direitos fundamentais no Estado Social, diante das insuficiências das compreensões criadas no marco do Estado Liberal. Ao identificar um duplo caráter aos direitos fundamentais, essa concepção afirma que o conteúdo desses direitos deve funcionalizar-se a partir de sua dimensão institucional para alcançar as metas sociais e coletivas plasmadas no tecido constitucional. Sob essa visão, os direitos sociais se revestem de natureza plenamente vinculante, ao dirigir ao Estado o dever de estabelecer o aparato institucional e prestar os serviços públicos necessários à efetivação dos postulados sociais e democráticos fixados constitucionalmente.<sup>626</sup>

A crítica mais incisiva à concepção institucionalista consiste na sobrevalorização conferida à dimensão objetivo-institucional dos direitos fundamentais em detrimento de sua perspectiva subjetiva, o que poderia suscitar um enfraquecimento da garantia das liberdades

<sup>620</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>621</sup> HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale.** Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993. p. 115-174.

<sup>622</sup> HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2003. p. 74; 93-96.

<sup>623</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 501.

<sup>624</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** *Op. Cit.*, p. 1398.

<sup>625</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 59-62.

<sup>626</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho...** *Op. Cit.*, p. 306.

individuais por estarem condicionadas à realização de interesses coletivos.<sup>627</sup> Para os críticos dessa visão, tal teorização conduziria à ideia de que, em última instância, o que deveria receber tutela seria a instituição e não o próprio exercício do direito, ocasionando uma inversão da lógica de proteção constitucional dos direitos fundamentais.<sup>628</sup>

**(b.4)** Finalmente, a *teoria social* dos direitos fundamentais contribui definitivamente para a construção de sua dupla dimensão. No quadro dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, consolidados com maior vigor após a Segunda Guerra Mundial, ampliam-se qualitativamente o objeto e a esfera de proteção dos direitos fundamentais. A garantia das liberdades individuais contra ingerências estatais arbitrárias continua necessária e merecedora de aprimoramentos, mas se revela insuficiente. A previsão dos direitos fundamentais passa a exigir do Estado o fornecimento de condições materiais e efetivas para o seu real exercício, que permitam a inserção e integração social do cidadão, com a superação de situações de necessidade.

A tese básica que subjaz à teoria social é a de que os direitos fundamentais têm como função a criação ou manutenção de estruturas sociais que proporcionem a máxima oportunidade possível para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, propiciando os subsídios fáticos necessários à fruição adequada das liberdades asseguradas no plano jurídico.<sup>629</sup> O elemento social deixa de ser encarado como algo externo e passa a ser concebido como um componente constitutivo da liberdade. Em contraposição ao que propunha a teoria liberal dos direitos fundamentais, essa concepção enxerga a intervenção estatal não como um limite, mas como uma forma de promoção de tais direitos.<sup>630</sup>

Nesse cenário, a inclusão dos direitos sociais nas Constituições mostra-se emblemática. Além de conferirem pretensões jurídicas subjetivas aos seus titulares, tais direitos, para que possam ser gozados devidamente em sua integralidade, pressupõem atuações do legislador e da Administração Pública que viabilizem de modo universal o seu exercício pleno por todos os cidadãos. Com isso, deixam os direitos fundamentais de ser encarados somente desde o ponto de vista de sua titularidade individual (dimensão *subjetiva*), passando a ser compreendidos como fundamentos do sistema normativo, verdadeiras diretrizes constitucionais que orientam de maneira objetiva a atividade dos Poderes Públicos para o atendimento dos bens jurídicos por eles tutelados (dimensão *objetiva*).<sup>631</sup>

Essa valorização dos direitos fundamentais em sua condição de deveres objetivos, que ultrapassa a sua compreensão restrita à ideia de direito subjetivo, é característica da transformação experimentada por esses direitos com a passagem de um modelo liberal para um paradigma de Estado Social e Democrático de Direito.<sup>632</sup>

**(c)** Quanto ao *reconhecimento jurisprudencial* da feição objetiva dos direitos fundamentais, a doutrina costuma referir-se ao caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958, como uma das primeiras manifestações judiciais a propósito do tema. Na ocasião, a Corte reconheceu que dos direitos fundamentais deflui um conteúdo axiológico

<sup>627</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 139-140, nota 362.

<sup>628</sup> Crítica realizada por MARTINS, Maria D'Oliveira. **Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 186.

<sup>629</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 499.

<sup>630</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** *Op. Cit.*, p. 1399.

<sup>631</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 65-66.

<sup>632</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 151.

juridicamente vinculante, cujos efeitos se espraiam por todo o ordenamento jurídico e condicionam a interpretação das normas infraconstitucionais. De tais direitos, portanto, decorre uma ordem objetiva de valores que opera como diretiva para a tomada de decisões da Administração Pública, do legislador e do juiz, incidindo, ademais, nas relações travadas entre os particulares. O desrespeito de um ato jurídico – regido por qualquer ramo do Direito – à axiologia que irradia desses direitos importará inconstitucionalidade.

Essa referência originária ao caráter objetivo dos direitos fundamentais emergiu com a discussão sobre a aplicabilidade desses direitos nas relações interprivadas. Questionava-se, no caso *Lüth*, se seria possível a invocação direta de tais direitos em face de outros cidadãos (e não contra o Estado), ou se eles incidiriam somente de maneira mediata, através das cláusulas gerais previstas pelas leis de Direito Privado. A Corte Constitucional alemã entendeu que a interpretação de cláusulas gerais enunciadas em leis de Direito Privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do Código Civil germânico, deve ser realizada à luz dos valores emanados dos direitos fundamentais.

Para alguns autores, como Ingo Wolfgang Sarlet, o caso *Lüth* apenas prosseguiu uma tendência já manifestada em julgados anteriores da Corte Federal Constitucional alemã, no sentido de que os direitos fundamentais, para além de constituírem direitos subjetivos das pessoas, apresentam-se também como “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.<sup>633</sup>

Cumprir citar, ademais, duas importantes decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Espanhol. Na primeira delas, prolatada em um dos primeiros anos de seu funcionamento (*Sentencia* nº 25/1981), a Corte consigna expressamente que os direitos fundamentais ostentam um caráter duplo: para além de sua faceta subjetiva, eles também se revelam como componentes essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional, em sua condição de “marco de uma convivência humana justa e pacífica, plasmada historicamente (...) no Estado social e democrático de Direito”.<sup>634</sup> Na segunda (*Sentencia* nº 53/1985), o Tribunal chama atenção para as transformações experimentadas pelos direitos fundamentais no Estado Social de Direito, no que diz respeito ao seu âmbito, significado e função. Pontua que, de acordo com a doutrina contemporânea, tais direitos “não incluem somente direitos subjetivos de defesa dos indivíduos frente ao Estado, e garantias institucionais, mas também deveres positivos por parte deste”, e que eles representam a “expressão jurídica de um sistema de valores que, por decisão do constituinte, há de informar o conjunto da organização jurídica e política”. Assinala, em seguida, que “da significação e finalidades destes direitos dentro da ordem constitucional se desprende que a garantia de sua vigência não pode limitar-se à possibilidade de exercício de pretensões por parte dos indivíduos, mas há de ser assumida também pelo Estado”. A conclusão extraída na decisão a partir de tais premissas foi a de que “da obrigação de submissão de todos os poderes à Constituição não se deduz somente a obrigação negativa do Estado de não lesionar a

<sup>633</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 143.

<sup>634</sup> Confira-se trecho da decisão: “*Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)*”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentencia* nº 25/1981 del Tribunal Constitucional, Pleno, el 14 de Julio de 1981.

esfera individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais, mas também a obrigação positiva de contribuir à efetividade de tais direitos, e dos valores que representam, ainda quando não exista uma pretensão subjetiva por parte do cidadão”.<sup>635</sup>

(d) Uma vez examinados os fundamentos e significados da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, as teorias que permitiram a sua identificação e algumas das decisões que consagraram a sua recepção jurisprudencial, cabe agora delinear alguns de seus *efeitos jurídicos* concretos. Isso porque, de nada adianta propalar a existência de tal dimensão se dela não for possível deduzir implicações juridicamente relevantes.<sup>636</sup>

A doutrina costuma aludir a diversos desdobramentos distintos oriundos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sem prejuízo das demais consequências jurídicas que poderiam ser mencionadas, importa destacar: (d.1) a *eficácia jurídica de vinculação* ínsita à totalidade das normas constitucionais; (d.2) a possibilidade de *proteção do titular do direito contra si mesmo*, oriunda de seu *valor comunitário*; (d.3) a produção de uma *eficácia irradiante*, que espraia o conteúdo axiológico de tais direitos por todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e condiciona a interpretação do sistema normativo à observância dos valores jusfundamentais; (d.4) a imposição aos Poderes Públicos de *deveres autônomos de proteção* dos direitos fundamentais. Para os fins a que se destina a presente pesquisa, os dois últimos efeitos suscitam maiores repercussões, razão pela qual serão mais amplamente desenvolvidos, ao passo que sobre os dois primeiros se fará apenas breve registro.

(d.1) Em primeiro lugar, da matriz objetiva dos direitos fundamentais provêm aquelas decorrências que são inerentes a todas as normas constitucionais, independentemente de versarem sobre direitos fundamentais, tais como: (i) orientar a integração das lacunas do ordenamento jurídico; (ii) vincular o legislador futuro; (iii) impedir a recepção de legislação infraconstitucional anterior; (iv) constituir parâmetros para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos posteriores à Constituição.<sup>637</sup> Nesse ponto, aplica-se a lógica já sedimentada pela doutrina a propósito da *eficácia jurídica de vinculação* das normas constitucionais.<sup>638</sup>

(d.2) Em segundo lugar, do prisma objetivo das normas jusfundamentais emana a possibilidade de o Estado *proteger contra o seu próprio titular* os interesses e bens jurídicos por elas resguardados. A condição de *valor objetivo comunitário*, inerente a qualquer direito fundamental, proíbe que o próprio cidadão que o titulariza atente contra ele por ação ou por omissão, autorizando em tais situações a intervenção estatal contra a vontade do particular.<sup>639</sup>

Sob esse ponto de vista, os direitos fundamentais transcendem a condição de faculdades jurídico-subjetivas conferidas constitucionalmente a um indivíduo que as exerce contra o Estado,

<sup>635</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 53/1985 del Tribunal Constitucional, Pleno, el 11 de Abril de 1985.

<sup>636</sup> Nesse sentido, Juan Carlos Gavara de Cara alerta que, embora o Tribunal Constitucional espanhol já tenha reconhecido esse duplo caráter dos direitos fundamentais (como na decisão citada na nota anterior), nem sempre são extraídas consequências jurídicas da identificação de uma dimensão objetiva. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 22-23.

<sup>637</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 255-256.

<sup>638</sup> Ver, sobre o tema: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 320-321 e MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, nº 99, São Paulo, p. 115-127, jul./set. 1991. p. 116.

<sup>639</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 84.

para serem encarados como valores sociais compartilhados por uma comunidade. Estes, para que sejam salvaguardados, limitam a própria autonomia da vontade do titular do direito e não só autorizam como também reclamam a interferência do Poder Público para assegurar a sua integridade. É o caso, para aludir a exemplos reiteradamente citados, da educação obrigatória para crianças e da imposição do uso de cinto de segurança em automóveis e de capacete em motocicletas.<sup>640</sup> Há que se levar em conta, no entanto, o risco de que essa implicação conduza a um paternalismo excessivo por parte do Estado, que possa descambar em uma restrição desproporcional dos direitos fundamentais ao invés de conferir-lhes uma proteção adequada.<sup>641</sup>

(d.3) A *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, por sua vez, também deriva da sua condição de valores essenciais de uma sociedade, característica que os confere o *status* de verdadeiras “bases da ordem jurídica da coletividade”.<sup>642</sup> Eles constituem “os pressupostos do consenso sobre o qual se deve edificar qualquer sociedade democrática”<sup>643</sup>, o que lhes atribui um conteúdo legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito. Por isso, os direitos fundamentais imprimem a substância axiológica que deve obrigatoriamente marcar um Estado material de Direito, em que a mera existência de determinadas formas e procedimentos atinentes à organização do poder e às competências dos órgãos estatais não se afigura suficiente para a garantia da legitimidade estatal, tornando-se necessário fixar objetivos, parâmetros e limites da atividade do Estado, a partir dessa vinculação de cunho substancial.<sup>644</sup>

Assim, este reflexo da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se revela na proteção de determinados valores pela ordem jurídica, por meio de normas jusfundamentais, que se apresentam como faróis para a interpretação e orientação da compreensão das disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais. Desse fato – de que as normas de direitos fundamentais albergam valores essenciais – deriva a obrigação de todos os Poderes Públicos de adotar a axiologia a eles subjacente como diretiva para a aplicação de toda e qualquer norma, legitimando juridicamente os atos estatais consonantes com esse conteúdo valorativo e inquinando de invalidade as ações que lhe forem contrárias.

Ou seja: em virtude das características acima descritas, os direitos fundamentais irradiam o seu conteúdo jurídico-valorativo para todas as direções do sistema normativo, deixando de constituir meros limites ao agir estatal para se transformar em verdadeiro norte da atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. E essa expansão eficaz dos direitos em questão, decorrente de sua faceta objetiva, compele os poderes constituídos a interpretar todas as normas jurídicas à luz dos valores substanciais emanados dos direitos fundamentais. É essa, portanto, a principal consequência jurídica da eficácia irradiante dos direitos fundamentais: ela

<sup>640</sup> Sobre tais exemplos, ver: DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 336.

<sup>641</sup> Nesse influxo, Luís Roberto Barroso disserta sobre a dignidade da pessoa humana como valor comunitário, afirmando que sob esse aspecto tal princípio autoriza a imposição de restrições à autonomia pessoal, visando à realização – dentre outros objetivos – da proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo. Após alertar sobre os perigos do paternalismo, o autor oferece uma série de exemplos reais verificados em decisões judiciais prolatadas por tribunais de diferentes países. Entre eles: (i) o caso do arremesso de anão, julgado pelo Conselho de Estado francês; (ii) o caso do *peep show*, julgado pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha; (iii) o caso do tratamento jurídico conferido à prostituição, analisado pela Corte Constitucional da África do Sul, pela Suprema Corte do Canadá e pela Corte Constitucional da Colômbia; (iv) o caso dos encontros sadomasoquistas, apreciado pela Câmara dos Lordes no Reino Unido; entre outros. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 87-98.

<sup>642</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 239.

<sup>643</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>644</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 59 e 61.

impõe ao Poder Público o dever de que todas as disposições inscritas no ordenamento jurídico sejam, no momento de sua aplicação, interpretadas pelo operador do Direito “com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”.<sup>645</sup>

Essa irradiação dos direitos fundamentais por todo o sistema de normas se manifesta, segundo o seu alcance, de duas formas: (i) mediante uma *projeção interna* à Constituição, que orienta a compreensão dos enunciados constitucionais, delimitando no campo hermenêutico os contornos jurídicos dos direitos fundamentais e auxiliando a demarcação de sua dimensão subjetiva; (ii) por meio de uma *projeção externa* à Constituição, que estende a incidência do conteúdo axiológico desses direitos a todas as normas jurídicas infraconstitucionais, vinculando a interpretação de todas as disposições normativas legais e administrativas.<sup>646</sup>

Um exemplo concreto dessa manifestação, tanto no âmbito interno à Constituição quanto no âmbito externo, encontra-se no aresto do Supremo Tribunal Federal que reconheceu como família a união estável entre pessoas do mesmo sexo.<sup>647</sup> A Constituição Federal, em seu art. 226, §3º, reconhece textualmente como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”. Não faz qualquer menção literal às uniões homoafetivas. A Corte, no entanto,

<sup>645</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 279.

<sup>646</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 21 e 72.

<sup>647</sup> Confiram-se alguns trechos da ementa do acórdão: “(...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (...) Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. (...) Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA ‘INTERPRETAÇÃO CONFORME’). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em: 13.10.2011. Publicado em: 14.10.2011.

reinterpreto o dispositivo constitucional à luz do direito fundamental à liberdade de orientação sexual, o qual foi deduzido dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da autonomia da vontade, bem como dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Conferiu, dessa maneira, uma proteção ao conteúdo axiológico que subjaz a tais direitos e que transcende uma relação jurídico-subjetiva entre indivíduo e Estado.

Logo, pode-se dizer que a decisão do STF operou-se com lastro na *projeção interna* dos referidos direitos sobre as demais disposições constitucionais, que acabou por condicionar a hermenêutica do art. 226, §3º da Constituição em prol da tutela dos valores jusfundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade. O julgado fundou-se, também, na *projeção externa* dos direitos supracitados sobre o ordenamento infraconstitucional, pois promoveu uma interpretação do art. 1.723 do Código Civil<sup>648</sup> conforme aos direitos fundamentais recolhidos na Lei Maior, afastando de tal dispositivo legal qualquer significação indevidamente discriminatória, que fosse suscetível de impedir o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como família. Com isso, a decisão estendeu aos casais homoafetivos o direito à proteção jurídica de sua união estável por meio das mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva – ainda que o texto constitucional não contemple de forma explícita qualquer direito fundamental subjetivo a esse reconhecimento. Daí porque falar-se de uma função complementar da perspectiva objetiva em relação à dimensão subjetiva:<sup>649</sup> aquela agrega a esta uma garantia mais ampla em relação aos direitos fundamentais, possibilitando pela via interpretativa uma tutela mais robusta, capaz de recobrir situações não expressamente abrangidas por enunciados normativos atributivos de direitos subjetivos.

O efeito jurídico ora em comento ostenta redobrada incidência no campo da interpretação de cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados abrigados no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, tais como moralidade, boa-fé, função social da propriedade, interesse público, eficiência administrativa, entre tantos outros.<sup>650</sup> O conteúdo jurídico de tais expressões passa a ser compulsoriamente recheado com a axiologia inerente aos direitos fundamentais. E assim, o significado das fórmulas legais fluidas passa a ser necessariamente extraído de uma interpretação sistemática presidida pelos valores ínsitos aos bens jurídicos jusfundamentais.

Em matéria de atuação administrativa – objeto de maior atenção deste trabalho – tal implicação jurídica adquire especial importância. Isso porque, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais: (i) faz com que os agentes, órgãos e entidades públicos, ao se depararem com termos jurídicos indeterminados, tenham obrigatoriamente que interpretá-los em um sentido favorável à maximização do conteúdo dos direitos fundamentais; (ii) nos casos de competências discricionárias, reduz sobremaneira o espaço de discricionariedade da Administração Pública, limitando sua margem de opções àquelas que concretizem de maneira ótima os direitos fundamentais. A questão será explorada mais pormenorizadamente, inclusive com exemplos práticos, no Capítulo 7, item 7.2, subitem 7.2.1, ponto (c).

**(d.4)** Outro efeito jurídico da feição objetiva dos direitos fundamentais consiste na imposição, ao Estado, de *deveres autônomos de respeito, proteção e promoção* de tais direitos

<sup>648</sup> Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002): “**Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

<sup>649</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 109.

<sup>650</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 284.

independentemente da posição jurídico-subjetiva que eles confirmam ao cidadão. Explica-se. A previsão constitucional de um direito fundamental, em virtude de sua dimensão subjetiva, pode instituir uma relação jurídica bilateral entre indivíduo e Estado, atribuindo ao cidadão o direito a algo e ao Poder Público um dever correspondente de satisfazê-lo. A face objetiva de tal direito faz com que a obrigação estatal persista mesmo que se abstraia a posição subjetiva de um determinado cidadão e a relação jurídica estabelecida entre ele e o Estado. Ou seja: por mais que nenhum dos titulares daquele direito o exija administrativa ou judicialmente, continuarão os poderes constituídos obrigados a resguardá-los e a criar condições adequadas ao seu exercício e à fruição dos bens jurídicos por eles protegidos. Essa manifestação da perspectiva objetiva parte da relação jurídica cidadão-Estado para identificar o dever jurídico constitucionalmente imposto a este último, abstraindo-a em seguida para reconhecer a permanência de uma obrigação transindividual que ultrapassa os vínculos subjetivos e relacionais observados à primeira vista.

Tome-se como exemplo o direito fundamental à assistência social. Uma das posições jurídico-subjetivas que dele deriva consiste na pretensão de concessão estatal de um salário mínimo aos idosos e às pessoas com deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V, da Constituição Federal). Independentemente de qualquer postulação realizada pela via judicial por um cidadão que preencha tais condições exigidas constitucionalmente, sobre o Estado recaem os deveres objetivos de organizar um sistema de seguridade social, fixar o seu orçamento, estabelecer quais serão as fontes para o seu custeio, distribuir competências a órgãos e entidades públicas para a prestação desse serviço público de maneira adequada, entre tantos outros. Vale dizer: o caráter objetivo do direito fundamental à assistência social faz com que o Poder Público esteja obrigado a criar condições reais e efetivas para o seu exercício, ainda que nenhum dos seus titulares invoque a dimensão subjetiva desse direito para exigir do Estado o seu atendimento.

Essa consequência jurídica do prisma objetivo dos direitos fundamentais deriva da evidência de que a efetividade plena desses direitos não se esgota na sua enunciação pelo constituinte. Ela carece de configurações normativas elaboradas primariamente pelo legislador e secundariamente pela Administração, bem como de uma atuação espontânea desta última e reacional da jurisdição,<sup>651</sup> sempre com vistas a uma proteção otimizada dos direitos constitucionalmente albergados. Logo, das normas de direitos fundamentais resulta também a incumbência, destinada a todos os poderes constituídos, de adotar de maneira generalizada todas as providências legislativas, administrativas e judiciais necessárias a maximizar a realização de tais direitos.<sup>652</sup> A esse efeito está associada a incidência direta das normas jusfundamentais na atividade do Poder Público. Ainda que os contornos desses direitos possam ser regulados infraconstitucionalmente, para densificar o seu conteúdo e agregar-lhes novos elementos de proteção, essa disciplina normativa legal e administrativa não constitui condição para o desencadeamento de sua eficácia jurídica.

A grande relevância desse efeito jurídico da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais consiste em compelir o Estado a atuar *preventivamente* para, de um lado, evitar a sua violação por outros particulares e, de outro, tornar realmente viável o seu exercício pelos titulares de pretensões subjetivas jusfundamentais.<sup>653</sup> Isso implica deveres de criar: (i) normas legais e administrativas regulamentando os critérios para o exercício dos direitos fundamentais;

---

<sup>651</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>652</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>653</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 148.



(ii) estruturas organizativas que permitam a sua fruição; (iii) normas que protejam os bens jurídicos por eles resguardados contra atuações dos particulares, estabelecendo sanções administrativas, cíveis, penais, etc.; (iv) mecanismos procedimentais e processuais que possibilitem aos titulares reivindicar a efetivação do direito, inclusive contra o próprio Estado; (v) condutas fáticas e materiais que satisfaçam tais direitos. E ditos deveres – repise-se – existem à margem de qualquer situação concreta, isto é, mesmo que o Estado não seja provocado por qualquer titular desses direitos para adotar alguma das medidas acima descritas.

Por isso se justifica falar-se em deveres *autônomos* de proteção: além da obrigação estatal de tutelar as situações jurídicas derivadas da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, em que o titular (sujeito ativo) exige do destinatário (sujeito passivo) uma prestação positiva ou negativa a que tem direito (objeto da relação jurídica), pesa sobre o Poder Público um dever *autônomo* de proteção, que independe de qualquer reivindicação subjetiva de tutela.

Entre esses deveres estatais de proteção, como dito, encontra-se a imposição concreta endereçada ao Estado de tutelar os direitos fundamentais contra intervenções indevidas de outros particulares. Nessa seara, compete ao Poder Público criar mecanismos de tutela desses bens jurídicos, como normas de Direito Administrativo e Direito Penal, por exemplo, para vedar e sancionar a sua violação por outros sujeitos privados. Cuida-se da tarefa de zelar pela proteção integral dos direitos fundamentais, que podem ser agredidos não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares.

Esse dever recai primeiramente sobre o legislador, o qual detém a legitimidade para fixar com força normativa primária proibições e obrigações aos cidadãos, cominando penalidades às respectivas transgressões. Inclusive pode empreender, para esse fim, pré-ponderações entre direitos fundamentais eventualmente conflitantes, instituindo previamente qual deles deverá prevalecer em caso de colisão.<sup>654</sup> Secundariamente, tal obrigação incide também sobre a Administração Pública, inclusive nos casos em que o legislador tiver descumprido tal incumbência, impelindo-a a agir autonomamente para resguardar os bens jurídicos jusfundamentais contra ameaças de outros particulares. Aqui, no entanto, sua atuação normativa será mais restrita do que a do legislador, pois estará proibida de inovar originalmente no ordenamento jurídico quando o seu objetivo for restringir um determinado direito fundamental em homenagem à proteção de outro, sob pena de afastar o princípio da legalidade administrativa de maneira arbitrária, porque ablativa à esfera jurídica dos indivíduos.

As quatro manifestações acima expostas – (d.1) a (d.4) – demonstram a existência autônoma da dimensão objetiva dos direitos fundamentais frente à sua perspectiva subjetiva, já que é possível extrair conteúdos normativos objetivos das normas que os veiculam, que independem de qualquer relação jurídica entre cidadão e Estado instituída pela Constituição. Portanto, dizer que as normas jusfundamentais operam uma eficácia objetiva dirigente sobre o Estado significa afirmar que delas se desprende uma ordem aos poderes constituídos que lhes

---

<sup>654</sup> Uma ilustração dessa afirmação encontra-se nas normas do Código Penal que tratam do aborto. Ao tipificar no art. 124 como crime a prática de aborto provocado pela própria gestante, o legislador realizou uma pré-ponderação entre os direitos à liberdade, intimidade e autonomia privada da mãe e o direito à vida do nascituro, concluindo pela prevalência deste último e conferindo-lhe proteção contra intervenções da progenitora ofensivas ao bem jurídico jusfundamental do feto. Já no art. 128 do mesmo Código, o legislador operou outra pré-ponderação, chegando a resultado diverso: nos casos de aborto necessário (inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante) e de gravidez oriunda de estupro, concluiu pela preponderância dos direitos fundamentais da mãe, outorgando-lhes maior proteção.

impõe o dever de atuar permanentemente para concretizar e satisfazer os direitos fundamentais, ainda que não sejam instados para tanto.

#### 4.1.2. *A transindividualidade como característica comum a todos os direitos fundamentais e a possibilidade de ressubjetivização da dimensão objetiva*

Uma vez compreendidas as principais peculiaridades da estrutura normativa bidimensional dos direitos fundamentais, impende enfrentar o questionamento aventado no início deste capítulo: os direitos fundamentais sociais desfrutam de titularidade individual ou transindividual? Podem ser demandados judicialmente pela via individual ou somente pelas ferramentas de tutela coletiva?

Neste trabalho considera-se inadequado acolher com exclusivamente uma das respostas acima ventiladas. A proposta aqui sustentada é a de que: (i) em razão do duplo caráter dos direitos fundamentais (subjetivo e objetivo), bem como de sua multifuncionalidade, cada norma de direito fundamental dirige ao Estado uma plêiade de deveres jurídicos distintos, gerando, em contrapartida, uma variedade de pretensões jurídicas jusfundamentais; (ii) algumas dessas pretensões, ligadas a um único direito fundamental, são titularizadas por indivíduos determinados e singularmente considerados, ao passo que outras, decorrentes do mesmo direito, gozam de titularidade transindividual (relacionada a um grupo determinado ou a uma coletividade indeterminável). Em outras palavras: se considerado o direito fundamental *como um todo* (sentido amplo), é possível afirmar que todos eles, independentemente do rótulo ou classificação que se lhes dê (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, etc.), exibem simultaneamente uma titularidade individual e transindividual, já que algumas das pretensões que deles derivam se enquadram na primeira hipótese e outras na segunda.

A questão será a seguir explanada a partir dos seguintes aspectos: **(a)** a transindividualidade decorrente dos *efeitos jurídicos do prisma objetivo* dos direitos fundamentais; **(b)** a transindividualidade proveniente de determinadas funções dos direitos fundamentais (*multifuncionalidade*); **(c)** a *ressubjetivização da dimensão objetiva* como fator atributivo de transindividualidade aos direitos fundamentais.

**(a)** Dos *efeitos jurídicos da perspectiva objetiva* inerente a todos os direitos fundamentais decorre uma titularidade transindividual que estará sempre presente nessa espécie de direitos. Como se disse no tópico anterior (4.1.1), uma das virtudes da faceta objetiva consiste na percepção de que, para além das posições jurídico-subjetivas que as normas jusfundamentais possam atribuir aos seus titulares, elas consagram valores e fins cuja persecução é obrigatória aos Poderes Públicos, por impulso de ofício. É nesse ponto que se manifesta o caráter transindividual de todos os direitos fundamentais: eles excedem a titularidade individual que venha a ser conferida pela disposição normativa, integrando o conteúdo valorativo nuclear da Constituição, o qual deve necessariamente nortear a atuação jurídica e política dos poderes constituídos, sob pena de inconstitucionalidade. Sua normatividade transpassa, assim, as relações jurídicas individuais travadas entre o sujeito titular do direito e o Estado, ostentando, por esse motivo, validade jurídica sob o prisma da comunidade.

Observando-se os quatro efeitos jurídicos do prisma objetivo dos direitos fundamentais expostos no ponto (d) do apartado anterior (sem prejuízo de outros conteúdos que possam ser dessumidos dessa matriz objetiva), é a comunidade que titulariza transindividualmente: (d.1) o direito a que seja respeitada a eficácia jurídica de vinculação das normas constitucionais de

direitos fundamentais, com a conseqüente declaração de inconstitucionalidade (ou de não recepção) das disposições normativas infraconstitucionais que com elas sejam incompatíveis; (d.2) o direito a que o Estado tutele os valores jusfundamentais consagrados na Constituição, inclusive protegendo o titular de um direito fundamental em face de práticas por ele cometidas que atentem contra o seu próprio direito; (d.3) o direito a que todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional seja interpretado à luz do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais; (d.4) o direito a que os Poderes Públicos criem condições reais e efetivas para o exercício adequado e integral dos direitos fundamentais, bem como mecanismos que os protejam contra condutas lesivas de outros particulares.

Tais direitos transindividuais, por decorrerem da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, em princípio não gozam de uma dimensão *subjetiva* capaz de sempre autorizar a sua demandabilidade judicial. Mas podem em alguns casos vir a adquiri-la, o que possibilitará a sua exigibilidade, fenômeno comumente denominado de “ressubjetivização da dimensão objetiva”, o qual será explorado mais adiante.

(b) Mas a menção à feição objetiva dos direitos fundamentais não é suficiente para se compreender plenamente o sentido da afirmação de que tais direitos, quando considerados em uma acepção ampla, gozam tanto de titularidade individual quanto transindividual. Outro dado a ser levado em conta para o adequado entendimento dessa visão é a *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, nota peculiar que os caracteriza perante as demais espécies de direitos. Como antes assinalado,<sup>655</sup> a norma de direito fundamental, fruto de uma combinação de enunciados normativos, enfeixa múltiplas pretensões jurídicas dotadas, cada qual, de uma determinada função (de *defesa*, de *prestação fática ou material* e de *prestação normativa* – esta última podendo ser de *organização*, de *procedimento* ou de *proteção*). Algumas dessas pretensões investem o particular em posições subjetivas individuais capazes de reivindicação judicial, outras não. Mas todas elas – pretensões jurídicas específicas emanadas de uma mesma norma de direito fundamental, cada qual exercendo uma função diferente – têm algo em comum: sempre impõem deveres jurídicos objetivos primariamente ao Estado. Ainda que uma pretensão específica não se revista de uma titularidade individual que permita a um cidadão determinado exigir a sua fruição perante o Judiciário,<sup>656</sup> o seu descumprimento ou violação pelo Estado, por ação ou omissão, implicará inconstitucionalidade.

Admitir a multifuncionalidade dos direitos fundamentais implica reconhecer que, entre as diversas funções por eles exercidas, algumas delas apresentam um radical subjetivo que autoriza o seu titular a exigir individualmente determinadas condutas estatais. Isso em geral ocorre com a função de *defesa*<sup>657</sup> e, por vezes, com a função de *prestação fática*<sup>658</sup> (neste último caso, desde que estejam suficientemente delineados os elementos que integram a relação

<sup>655</sup> Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.2. e Parte I, Capítulo 3, item 3.1., subitem 3.1.1.

<sup>656</sup> V.g., a criação de uma política de vigilância sanitária, para cumprir a função de *proteção* do direito à saúde contra atividades nocivas praticadas por outros particulares.

<sup>657</sup> V.g., um titular do direito fundamental social à moradia, cuja habitação encontre-se edificada em área de ocupação irregular, pode invocar a sua função de *defesa* para dela deduzir a proibição, imposta ao Estado, de realizar o seu despejo forçoso sem assegurar sua realocação para outro local adequado, exigindo judicialmente pela via individual a abstenção estatal.

<sup>658</sup> V.g., o cidadão, titular do direito fundamental social à saúde, pode invocar sua função de *prestação fática* para postular individualmente perante o Poder Judiciário o fornecimento de um fármaco previsto na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), cuja concessão lhe tenha sido negada pela Administração Pública.

jurídica<sup>659</sup> e que se trate de prestação de um serviço de natureza *uti singuli*). Outras dessas funções, por sua vez, manifestam-se como conteúdos jurídico-objetivos transindividuais, que embora nem sempre possibilitem uma sindicabilidade judicial individual, dirigem deveres ao Estado que, se descumpridos em um grau desarrazoado, possibilitam a provocação judicial de sua atuação pela via processual coletiva. É o caso, muitas vezes, da função de *prestação normativa*, ligada: (i) à criação de *organizações*<sup>660</sup> e *procedimentos*<sup>661</sup> necessários para a fruição de direitos fundamentais; bem como (ii) à instituição de mecanismos de *proteção* dos bens jurídicos jusfundamentais contra violações oriundas dos próprios particulares.<sup>662</sup> E também da função de *prestação fática*, notadamente quando esta impuser à Administração Pública o dever de prestar serviços de natureza *uti universi*.<sup>663</sup>

Note-se que não é possível fazer uma associação automática de função de *defesa* e função de *prestação fática* com dimensão subjetiva individual,<sup>664</sup> nem de funções de *prestação normativa* (organização, procedimento e proteção) com dimensão objetiva transindividual. Um exemplo está no direito à aposentadoria especial dos servidores públicos (art. 40, §4º, CF). Sua função de *prestação normativa* – fixação de critérios diferenciados para a jubilação de trabalhadores públicos que exercem atividades de risco ou insalubres e de servidores com deficiência – pode ser reivindicada judicialmente pela via individual, mediante o recurso ao mandado de injunção.<sup>665</sup> Logo, a proposta aqui apresentada não sugere uma presunção automática de titularidade individual ou transindividual para cada função desempenhada pelos direitos fundamentais. O que se busca é demonstrar o equívoco de se atestar genericamente que um direito fundamental *como um todo* possui titularidade individual ou transindividual (v.g., afirmar que “educação é um direito fundamental individual” ou que “saúde é um direito

<sup>659</sup> Sujeito ativo (titular do direito), prestação positiva ou negativa (objeto da relação jurídica) e sujeito passivo (destinatário).

<sup>660</sup> V.g., da função de *prestação normativa de organização* do direito fundamental social à previdência deriva a obrigação estatal de criar órgãos e entidades administrativas que organizem e prestem de forma eficiente os serviços públicos necessários à fruição desse direito, seja no âmbito da Administração Pública direta (v.g., Ministério da Previdência Social) ou indireta (v.g., Instituto Nacional do Seguro Social – INSS).

<sup>661</sup> V.g., da função de *prestação normativa de procedimento* do direito fundamental social à educação decorre, entre outros, o dever do Estado de fixar o procedimento para o acesso igualitário aos serviços públicos de educação superior, de acordo com a capacidade de cada um, nos termos do art. 206, I e V da Constituição Federal.

<sup>662</sup> V.g., da função de *prestação normativa de proteção* do direito fundamental social ao trabalho provém a incumbência de que o Poder Público estabeleça normas de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, e de sanção às condutas discriminatórias contra esses cidadãos no tocante a salário e critérios de admissão, tutelando-os contra tais práticas ofensivas que possam ser levadas a efeito por outros particulares (arts. 7º, XXXI e 24, XIV da CF).

<sup>663</sup> V.g., da função de *prestação fática* dos direitos fundamentais à saúde e ao meio-ambiente saudável se deduz a imposição, ao Estado, de prestar serviços públicos de saneamento básico, que envolvem a limpeza e o manejo de resíduos sólidos, com a coleta, tratamento e destinação final do lixo doméstico e do originário da varrição de logradouros e vias públicas (art. 3º, I, “c” da Lei nº 11.445/07).

<sup>664</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>665</sup> O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento nesse sentido, aplicando analogicamente a cada caso, com efeitos *inter partes*, o art. 57 da Lei n. 8.213/91 (Lei do Regime Geral da Previdência Social). A título exemplificativo, vale citar as seguintes decisões: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 721. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 30.08.2007. DJU 30.11.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795. Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 21.05.2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 788. Relator Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 08.05.2009. Uma análise de tal posicionamento foi realizada em: HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 38, Belo Horizonte, Fórum, p. 129-166, out./dez. 2009. p. 145-149.

coletivo”), já que um mesmo direito enfeixará, necessariamente, pretensões jurídicas de ambas as naturezas.

Dessa transindividualidade ínsita a todos os direitos fundamentais, que deriva, ao menos, de sua perspectiva objetiva, uma das consequências jurídicas que maior relevância apresenta para o Direito Administrativo consiste no dever de criação de condições materiais para tornar real e efetivo o exercício desses direitos. Viu-se, acima, que uma das funções a eles inerentes consiste no estabelecimento de uma *organização* e de um *procedimento* que sejam aptos a possibilitar a adequada fruição dos bens jurídicos por eles protegidos. Algumas das pretensões jurídicas a eles relacionadas não podem ser desempenhadas sem a criação de determinadas instituições e sem a previsão de mecanismos para fazê-las valer na prática. Nessa seara, a dimensão objetiva faz impender sobre o Poder Público a obrigação de conceber estruturas organizacionais e instrumentos procedimentais para a realização plena dos direitos fundamentais. E o atendimento dessa função de *prestação normativa*, não raras vezes, pressupõe também o cumprimento da função de *prestações fáticas*, que reclama a adoção de medidas no mundo dos fatos que concretizem as prescrições delineadas normativamente.

A dependência da instituição de uma certa *organização* e de um determinado *procedimento* para viabilizar o integral exercício de um direito fundamental pode acontecer por motivos distintos: (i) pela própria *natureza* da pretensão jurídica; (ii) por *opção* constitucional ou legislativa; (iii) por necessidades *fáticas*; (iv) por exigências *jurídicas*.<sup>666</sup> Exemplos podem aclarar a afirmação. A *natureza* das garantias fundamentais, como o mandado de segurança ou a ação popular, pressupõe a fixação das regras procedimentais para o seu manejo. No caso do direito de greve dos servidores públicos, a *opção* constitucional estabeleceu a necessidade de uma lei específica para traçar os seus limites, com o intuito de resolver previamente eventuais conflitos com outros bens jurídicos constitucionalmente assegurados, como o direito à continuidade dos serviços públicos. O exercício do direito de sufrágio reclama, por exigências *fáticas*, a instituição das regras do processo eleitoral e a organização de estruturas administrativas e judiciais para o desenvolvimento regular das eleições. O direito de propriedade de bens imóveis, por sua vez, demanda por necessidades *jurídicas* a criação de normas procedimentais, que fixem os modos de aquisição, transmissão e perda da propriedade, bem como a organização de órgãos públicos que realizem um registro imobiliário que assegure ao proprietário a titularidade dominial. Note-se que isso não vale apenas para um ou outro direito fundamental. Todos eles carecem, ainda que minimamente, de uma conformação jurídica organizacional e procedimental para o seu funcionamento.

Das normas de direitos fundamentais emana o dever estatal de construir todas essas normas procedimentais e aparatos organizativos essenciais ao regular e integral exercício de tais direitos, e de implementar providências fáticas para tornar reais as previsões estabelecidas no plano normativo. Por vezes, o enunciado normativo que garante determinada pretensão jusfundamental já impõe expressamente ao legislador ou à Administração a obrigação específica de criá-los. Em outros casos, no entanto, inexistirá um comando explícito na disposição constitucional determinando claramente os deveres legislativos e administrativos que incumbem ao Estado. Nessas situações, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo deverão ser deduzidas de forma implícita ordens constitucionais de agir, dirigidas ao Poder Público. Assim, é desnecessário que o titular de qualquer das pretensões jurídicas acima exemplificadas –

---

<sup>666</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 142.

impetrante do mandado de segurança, categoria de trabalhadores, cidadão eleitor ou indivíduo proprietário – exija do Estado o estabelecimento de procedimentos e organizações necessários ao exercício de seu direito, para que nasça o dever de agir. É prescindível, também, que o texto constitucional encomende de modo expresso ao legislador ou a Administração ditas tarefas. Cuida-se de uma imposição lógica, vinculada às funções de *prestações normativas* e *fáticas* dos direitos fundamentais, que emana de sua perspectiva objetiva.

A função de *prestação normativa* dos direitos fundamentais, além de impor ao Estado obrigações relativas à *organização* e ao *procedimento*, também lhe direciona *deveres de proteção* contra atuações nocivas de outros sujeitos privados. O Estado, por conta dessa função, encontra-se constitucionalmente compelido a adotar todas as medidas necessárias para conferir proteção adequada aos bens jurídicos jusfundamentais contra agressões advindas de particulares. Essa tutela estatal, para que seja efetiva, dependerá da edição de normas legais e regulamentares de natureza civil, penal, processual, administrativa, trabalhista, tributária, etc. que conduzam em todas as esferas (privada, judicial, administrativa) a uma realização integral do conteúdo dos direitos fundamentais. Ao tipificar, em disposições normativas legislativas e administrativas, quais são as infrações derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e suas correspondentes sanções, os Poderes Legislativo e Executivo estão cumprindo o seu dever de *prestação normativa de proteção* ao direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Criam-se atos normativos, como a Lei nº 9.605/98<sup>667</sup> e o Decreto nº 6.514/08<sup>668</sup>, para tutelar esse bem jurídico jusfundamental contra a atuação de outros particulares que possam vir a ofendê-lo.

Essas conformações normativas dos direitos fundamentais, em sede legislativa e administrativa, podem se apresentar como imprescindíveis, adequadas ou simplesmente convenientes e oportunas para o seu exercício. A liberdade de conformação do legislador e a margem de discricionariedade do administrador, nesse campo, devem ser resguardadas – mas apenas até um limite. Se ultrapassadas determinadas fronteiras, estar-se-á diante de uma inatividade inconstitucional.

(c) Em princípio, as situações acima narradas envolvem deveres objetivos endereçados ao Estado pelas normas de direitos fundamentais aos quais não correspondem, *prima facie*, pretensões jurídicas subjetivas. Contudo, a depender do grau de inobservância dessas imposições constitucionais objetivas, elas podem ser reconduzidas a uma óptica subjetiva, gerando pretensões jurídicas de natureza transindividual exigíveis pelos mecanismos de tutela coletiva.

Haverá, em tais situações, uma *ressubjetivação da dimensão objetiva*, configurada nos termos a seguir alinhavados: (i) o reconhecimento da perspectiva objetiva deriva de uma desvinculação do conteúdo dos direitos fundamentais da relação jurídica bilateral entre cidadão e Estado; (ii) com isso, há uma abstração de qualquer posição jurídica subjetiva, enfocando-se a imposição de deveres objetivos ao Poder Público de criar garantias para a satisfação efetiva dos direitos fundamentais pela comunidade em geral; (iii) o descumprimento de tais deveres, em certas circunstâncias, pode vir a gerar uma nova posição subjetiva, permitindo-se exigir que o Estado atenda às obrigações que lhe foram dirigidas pela dimensão objetiva da norma jusfundamental.

<sup>667</sup> Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

<sup>668</sup> Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.

Considere-se, por exemplo, o direito fundamental à saúde, assegurado no art. 6º e nos arts. 196 e seguintes da Constituição Federal. Independentemente da existência de um sujeito individual que o titularize e que exija, no marco de uma relação jurídica, condutas positivas ou negativas do Estado concernentes à salvaguarda de sua saúde, continuará pendendo sobre o Poder Público a incumbência de proporcionar condições objetivas para que a sociedade em geral tenha acesso a ações e serviços públicos de proteção e promoção da saúde. Imagine-se que o Ministério da Saúde, em atendimento a essa obrigação objetiva, fixe o número mínimo de leitos que os hospitais públicos devam ter à disposição para cada mil habitantes.<sup>669</sup> A inobservância da norma ministerial pela Administração Pública poderá tornar insuficiente a quantidade de camas disponíveis, em determinado estabelecimento, para o atendimento apropriado da população que necessita dos serviços. Essa violação administrativa ao dever oriundo do prisma objetivo do direito fundamental à saúde faz nascer uma dimensão subjetiva transindividual, autorizando os entes legitimados à proposição de ações coletivas a exigir do Estado o fornecimento de uma proteção suficiente do direito em causa. Trata-se de hipótese de ressubjetivização da perspectiva objetiva de um direito fundamental social. Outra exemplificação, apreciada pelo Poder Judiciário brasileiro, será trazida da Parte II, Capítulo 7, item 7.2, subitem 7.2.1, pontos (b) e (c.1).

É preciso pontuar alguns esclarecimentos para que não haja confusão entre o caráter subjetivo e o objetivo dos direitos fundamentais. O cumprimento estatal da perspectiva objetiva desses direitos representa, de fato, um interesse juridicamente tutelado, compartilhado indistintamente por toda a coletividade, ou, em certos casos, por agrupamentos determinados ou determináveis. Logo, sua titularidade é transindividual (difusa ou coletiva). Em regra, a determinação do *como* tais obrigações serão adimplidas pelo Estado encontra-se dentro da esfera de liberdade de conformação do legislador e de atuação discricionária da Administração. E é por isso que não são, à primeira vista, prontamente exigíveis: elas se sujeitam à *reserva do politicamente oportuno*,<sup>670</sup> já explicada anteriormente.<sup>671</sup> Os Poderes Públicos são constitucionalmente obrigados a implementar não apenas uns poucos, mas sim inúmeros direitos fundamentais. Há incontáveis opções de *meios* para a adequada realização dos deveres a eles correspondentes, que deverão ser escolhidos de acordo com juízos políticos efetuados pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo sobre quais das infindáveis necessidades coletivas devem ser priorizadas naquele instante e quais as melhores formas para satisfazê-las.

No entanto, não há margem para o Estado decidir *se* vai ou não atender aos deveres objetivos relacionados à efetivação dos direitos fundamentais. Caso assim o fosse, a construção teórica a respeito da dimensão objetiva seria juridicamente irrelevante. Embora exista um espaço para a deliberação democrática a respeito das prioridades e maneiras mais apropriadas a uma realização global e otimizada dos direitos fundamentais, ele encontra limites nas balizas fixadas pela própria Constituição. Incumbe ao Poder Público compulsoriamente, em alguma medida, estabelecer normas de proteção a todos os bens jurídicos jusfundamentais contra terceiros e criar estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais para a sua idônea fruição e exercício. Quando a sua atividade nesse campo não alcançar um patamar satisfatório, a inação pública se tornará juridicamente inaceitável, uma vez que configurará violação ao princípio da

---

<sup>669</sup> Esse tipo de normatização ocorre na prática, como no caso da Portaria nº 1.101, do Ministério da Saúde, de 12 de junho de 2002, que fixa parâmetros relativos à quantidade de leitos hospitalares, por especialidade, que deve ser oferecida para o atendimento de cada grupo de 1.000 habitantes.

<sup>670</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 277.

<sup>671</sup> Parte I, Capítulo I, item 1.1., subitem 1.1.2., ponto (e), subponto (e.2.).

proporcionalidade, por incorrer na proibição de proteção insuficiente.<sup>672</sup> Tal princípio não veda apenas a *ação desproporcional por implicar restrição excessiva*, mas também a *omissão desproporcional por ensejar proteção deficiente*.

O que se propõe nesta tese é que, em matéria de direitos fundamentais sociais, a omissão administrativa em implementar tais ações pode também ser considerada inconstitucional em determinadas circunstâncias e suscitar o controle judicial por mecanismos de tutela coletiva, por se tratar de um direito que transcende uma titularidade individual. Ou seja: reputa-se aqui possível, sob determinadas condições, a “ressubjetivização da dimensão objetiva”<sup>673</sup> dos direitos fundamentais.

Nesse âmbito, é preciso caminhar com cuidado para evitar uma “tendência radicalizante”. O alerta feito por Vieira de Andrade é válido, ao afirmar que o “fascínio dos direitos fundamentais” pode suscitar um “jusfundamentalismo”, fazendo com que a análise científico-prática da questão acabe sendo desvirtuada em razão de uma “emocionalidade jurídica”.<sup>674</sup> Por outro lado, não assiste razão ao autor quando tenta reduzir a possibilidade de ressubjetivização das dimensões objetivas dos direitos fundamentais somente aos casos em que a omissão importar violação a padrões mínimos de proteção. Em sua visão, só nasceria um *direito subjetivo à proteção estatal* quando o dever objetivo de agir (criar uma proteção, uma organização ou um procedimento ou fornecer prestações fáticas *uti universi*) for absolutamente imprescindível à satisfação do *núcleo essencial* de um direito subjetivo fundamental.

Ocorre que a existência de uma pretensão jurídica subjetiva, passível de tutela jurisdicional, à adoção pelo Estado de medidas necessárias à adequada e universalizada fruição de bens jurídicos jusfundamentais poderá nascer mesmo quando a atuação estatal nessa esfera já tiver cumprido níveis mínimos – mas ainda assim insuficientes – de concretização de determinados direitos fundamentais. E isso por três motivos.

O primeiro deles consiste no fato de que, diferentemente do que advoga José Carlos Vieira de Andrade, os direitos constitucionais podem possuir uma dimensão subjetiva ainda que sua titularidade não seja individual. O direito (ou pretensão jurídica) ao cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como antes dito, possui natureza transindividual. Sua proteção jurisdicional só poderá ser acionada pela via da tutela processual coletiva. Assim, não há o risco de que o reconhecimento desse direito conduza a uma quebra do princípio da igualdade, com uma indesejável autorização para o juiz conceder individualmente prestações fáticas ou criar para alguns poucos jurisdicionados normas de proteção, organização e procedimento não aplicáveis aos demais titulares do mesmo direito fundamental que carece de condições para o seu efetivo exercício.

O segundo motivo encontra-se no fundamento desse direito transindividual: o princípio da proporcionalidade, em sua vertente “vedação de proteção insuficiente”. A variante mais tradicionalmente utilizada dessa norma principiológica (“vedação de excesso”), aplicável aos casos de *ação* estatal desproporcional, não incide apenas quando a conduta comissiva abusiva do Poder Público ultrapassa um limite máximo de antijuridicidade. Não se aplica apenas nos casos em que o ato estatal ofende o núcleo essencial do direito fundamental. Qualquer ofensa desproporcional que agrida o bem jurídico reclama controle judicial: basta que o comportamento

---

<sup>672</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 77 e 91.

<sup>673</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 144.

<sup>674</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Idem*, p. 146.



estatal tenha transgredido um milímetro do que lhe autoriza o ordenamento jurídico para que a ação se torne inconstitucional e mereça anulação. O mesmo deve ocorrer nos casos de *omissão*, com a aplicação da outra face do princípio proporcionalidade: a “proibição de proteção deficiente”. A falta de criação de condições adequadas ao exercício dos direitos fundamentais em sua integralidade já implica uma inconstitucionalidade. Não é necessário alcançar um ponto crítico, um patamar de inconstitucionalidade máxima (porque violadora do núcleo essencial do direito fundamental) para se reconhecer que a conduta é contrária ao sistema normativo e precisa ser corrigida. Logo, justifica-se o reconhecimento da pretensão jurídico-subjetiva transindividual ao atendimento integral dos deveres estatais decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ainda que a inação não tenha importado ofensa ao ponto nodal de tais direitos.

A terceira razão decorre do ponto central da tese: aqui se defende que os deveres do Estado em matéria de direitos fundamentais sociais não se limitam a um patamar mínimo. O desenvolvimento como objetivo fundamental da República exige que a Administração alcance níveis elevados de satisfação desses direitos, para que se possa reduzir a distância entre as posições existentes na sociedade, proporcionando com isso uma relação igualitária entre os cidadãos.<sup>675</sup> Uma Administração Pública inclusiva, exigida pela Constituição de 1988, deve pautar-se por uma atuação eficiente que assegure a realização integral do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, e não apenas o mínimo existencial. Logo, exsurge como imperativo constitucional o cumprimento da dimensão objetiva desses direitos, com a construção, nos planos fático e jurídico, das condições necessárias para tornar real e efetivo o seu exercício. Daí porque ser necessário admitir a existência de um direito metaindividual nos casos em que tais deveres não sejam observados.

Em suma: uma das proposições que aqui se defende é a possibilidade de se exigir, pelas vias processuais coletivas, o atendimento de parâmetros suficientemente necessários ao cumprimento dos deveres que decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, propõe-se neste estudo que as obrigações objetivas que as normas jusfundamentais desencadeiam sobre o Poder Público, que independem de postulação judicial ou administrativa por sujeitos determinados, atribuem de forma correspondente um *direito transindividual* de toda a coletividade ao atendimento estatal desses deveres. Esse direito não terá, *prima facie*, uma dimensão subjetiva que autorize a sua exigibilidade. Mas esta exsurgirá nas hipóteses em que o Estado deixar de empreender prestações fáticas e normativas de organização, procedimento e proteção em níveis satisfatoriamente aceitáveis, suficientes para a fruição, pelos cidadãos, dos bens jurídicos fundamentais tutelados constitucionalmente.

A materialização prática dessa afirmação reclama uma incursão pelas categorias de direitos judicialmente tuteláveis identificadas pelo Direito Processual Civil, tarefa que se empreenderá no próximo tópico (4.2.).

---

<sup>675</sup> Os fundamentos para se chegar a essa conclusão foram lançados na Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem 2.2.2. e na Parte I, Capítulo 2, item 2.3., subitem 2.3.2. E algumas consequências dessa afirmação foram desenvolvidas na Parte I, Capítulo 3, item 3.2., subitem 3.2.2.

## 4.2. A impossibilidade de se atribuir genericamente aos direitos fundamentais as titularidades estanques previstas nas categorias tradicionais da legislação processual brasileira

Viu-se, no tópico anterior (4.1.2.), que não é possível sustentar em termos genéricos que um determinado direito fundamental social, quando considerado *como um todo* (em sentido amplo), possui titularidade individual ou transindividual. Por conta da dupla feição desses direitos (subjéctiva e objectiva), bem como de sua multifuncionalidade, as normas jusfundamentais fazem espargir um feixe de pretensões jurídicas distintas que podem ser consideradas, cada qual, como um direito fundamental em sentido estrito. E a titularidade de cada uma dessas pretensões específicas pode vir a ser individual ou transindividual, a depender do caso.

Partindo das reflexões de Direito Constitucional até aqui desenvolvidas, o presente tópico tem por escopo trasladar a discussão para o campo do Direito Processual Civil, buscando com isso identificar se é possível encaixar os direitos fundamentais nas fôrmas legais criadas pela legislação processual brasileira. É dizer: pretende-se verificar a viabilidade de enquadrar os direitos fundamentais sociais na figura dos direitos *individuais*, sujeitos aos instrumentos tradicionais de tutela judicial, ou nos esquemas conceituais de direitos *difusos*, *coletivos* e *individuais homogêneos*, passíveis de protecção jurisdiccional pelos mecanismos da sistemática processual coletiva.

Esse ponto se reveste de elevada significação para a temática vertente, uma vez que se observou, nos capítulos precedentes, que o problema responsável pelo atendimento dos direitos fundamentais sociais de forma desigual e anti-isonômica pela via do ativismo judicial não reside, por si só, na postura pró-ativa do magistrado. A verdadeira causa encontra-se no equívoco de se pensar ser juridicamente aceitável conceder prestações individualizadas nas situações em que a pretensão deduzida em juízo detém, na realidade, natureza transindividual.

Por isso, de nada adianta o domínio pleno dos aspectos teóricos e dogmáticos do Direito Constitucional em matéria de direitos fundamentais, sem compreender adequadamente quais são os requisitos necessários para que uma posição jurídica deles derivada esteja apta a abrir as portas do sistema de tutela judicial individual, ou, diversamente, do regramento processual coletivo. Afinal, é exatamente a ausência do conhecimento a respeito de quais são as condições que as pretensões jusfundamentais precisam reunir para poderem desfrutar de cada um desses sistemas processuais que conduz a resultados indesejáveis sob a óptica constitucional.

A tratativa do processo coletivo, quando calcada na mesma racionalidade liberal-subjetivista que preside o paradigma processual de cunho individual, esteriliza as potencialidades dessa nova modalidade de tutela, impossibilitando com isso a protecção adequada das pretensões jurídicas transindividuais.<sup>676</sup> E isso implica, na seara dos direitos fundamentais, continuar utilizando instrumentos e técnicas processuais (judicial e administrativamente) que não mais se ajustam à complexidade jurídica a eles inerente. As especificidades da natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais reclama a criação de mecanismos capazes de assegurar o respeito, a protecção e a promoção das diversas posições jurídicas neles enfeixadas, o que exige, por sua vez, identificar se a titularidade de cada uma delas é individual ou transindividual. Tal percepção permitirá, frente a cada pretensão jurídica emanada de um mesmo direito

---

<sup>676</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdiccional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24.

fundamental, verificar qual ferramenta – e por consequência qual sistemática processual – é a mais idônea para conferir-lhe realização efetiva.

O assunto será trabalhado em dois momentos. Primeiramente (4.2.1.), será apresentado um panorama geral das modalidades de titularidade de direitos consagradas pela legislação processual brasileira, apontando-se suas respectivas formas de tutela judicial. Em seguida (4.2.2.), será promovida uma reflexão crítica em relação à tentativa de classificar os direitos fundamentais de forma estanque nos conceitos de direitos “individuais”, “difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos”, esboçando algumas consequências dessa inteligência.

#### 4.2.1. A distinção entre direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos no Direito positivo brasileiro e suas respectivas formas de tutela

O sistema processual brasileiro incorpora uma série de mecanismos de tutela jurisdicional que podem ser reunidos em três grandes grupos: (i) instrumentos de tutela de *direitos individuais*, cuja reivindicação judicial pode ser realizada: (i.ii.) por mecanismos de *tutela individual*, manejados pelo próprio titular da pretensão jurídica individualizada,<sup>677</sup> ou (i.ii.) por ferramentas de *tutela coletiva*, mediante as quais um ente ao qual a lei atribui legitimação ativa, em circunstâncias determinadas, maneja ações coletivas para proteger direitos individuais que ostentam uma origem comum;<sup>678</sup> (ii) mecanismos de tutela de *direitos transindividuais*, caracterizados pela indivisibilidade do bem jurídico protegido, titularizados por coletividades determináveis ou indeterminadas;<sup>679</sup> (iii) ferramentas de tutela da *ordem jurídica*, considerada em abstrato, que compreendem as ações de controle de constitucionalidade de atos e omissões normativas<sup>680 681</sup>.

Os instrumentos pertencentes ao terceiro agrupamento supraindicado escapam do objeto central desta pesquisa, motivo pelo qual as atenções serão dirigidas para os dois primeiros. As considerações a seguir versarão sobre: **(a)** o sistema de processo civil tradicional, voltado à proteção de *direitos individuais*; **(b)** a formação de um modelo de processo coletivo, destinado à *tutela de direitos coletivos* e à *tutela coletiva de direitos*; **(c)** as características do gênero *direitos transindividuais* e das suas duas espécies – *direitos coletivos (stricto sensu)* e *direitos difusos*; **(d)** a configuração jurídica dos *direitos individuais homogêneos*.

**(a)** O processo civil, desde o seu reconhecimento como ciência autônoma no século XIX, foi construído para promover a tutela judicial de *direitos individuais* em conflito. É marcado, pois, desde o seu nascedouro, por um ideário individualista.<sup>682</sup>

O sistema processual tradicional, ainda atualmente vigente, funda-se em um paradigma no qual o indivíduo é tomado como único sujeito de direito. A ele deve servir o processo, salvaguardando sua liberdade, autonomia e igualdade em sentido formal. Cuida-se da

<sup>677</sup> Como é o caso das ações de procedimento ordinário, reguladas pelo Código de Processo Civil, e do mandado de segurança individual, disciplinado pela Lei nº 12.016/09.

<sup>678</sup> Por exemplo: ação civil coletiva e mandado de segurança coletivo.

<sup>679</sup> Por exemplo: ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo.

<sup>680</sup> Por exemplo: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

<sup>681</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

<sup>682</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, nº 77, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 224-235, jan./mar. 1995. p. 224.

racionalidade liberal própria do iluminismo oitocentista, que tem o indivíduo como horizonte de compreensão da realidade, em função do qual deve se orientar o ordenamento jurídico.<sup>683</sup> A partir daí é modelado o processo, com dogmas derivados de uma ideologia liberal-individual-subjetivista, entre os quais se pode destacar: (i) a restrição da legitimação para a propositura de demandas ao titular de um *direito subjetivo*; (ii) o emprego de procedimentos judiciais ordinários e padronizados, insuscetíveis de variação para se amoldarem às peculiaridades das situações concretas, para evitar tratamentos desiguais às partes; (iii) a limitação dos poderes dos juízes e das técnicas processuais à sua disposição àquelas legalmente previstas, para impedir intervenções indevidas e imprevisíveis nas liberdades individuais; (iv) a circunscrição dos efeitos da decisão às partes do processo, incapazes de serem estendidos a terceiros que não integraram a relação processual.<sup>684</sup>

Trata-se, portanto, de um modelo de processo centrado essencialmente na figura do *direito subjetivo* como requisito para autorizar a provocação judicial. Essa categoria jurídica, consoante se examinou anteriormente com maior detença,<sup>685</sup> consolidou-se no século XIX em torno de algumas características, como o *poder de exigir* de outrem o cumprimento de um *interesse individual* protegido pela ordem jurídica, sob pena de uma *ação na justiça*. Ou seja: para que a pretensão jurídica fosse *acionável judicialmente*, ela deveria dizer respeito a interesses jurídicos de um titular individualmente determinado. E o interesse individual é aquele “cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber seu crédito”.<sup>686</sup>

Essa é a lógica que preside o Código de Processo Civil brasileiro. Estruturado originalmente em 1973, foi construído com o escopo de regular processualmente situações envolvendo partes determinadas e claramente identificáveis, em contendas individuais.<sup>687</sup> E logicamente que, em grande parte dos casos, esse sistema dá conta de resolver os litígios bilaterais, estabelecidos entre dois sujeitos individuais bem definidos, tanto na área do Direito Privado quando na esfera do Direito Público. A ele também se deve recorrer em matéria de direitos fundamentais sociais, quando a pretensão jurídica que se busca satisfazer for titularizada por um indivíduo determinado e a sua reivindicação de forma isolada for conveniente e economicamente viável.

Havendo uma relação jurídica bem delineada pelo sistema normativo, que estabeleça com clareza o titular do direito fundamental (sujeito ativo), o destinatário da obrigação (sujeito passivo) e a prestação positiva ou negativa a ser realizada (objeto da relação), caberá ao primeiro propor a ação judicial individual em face do segundo, exigindo o cumprimento da conduta que lhe é devida. É o caso, por exemplo, do servidor público que reúne os pressupostos constitucionais para exercer o seu direito fundamental social à aposentadoria voluntária (arts. 6º e 40, §1º, III, “b” da CF),<sup>688</sup> com base nos valores fixados pelos §§3º e 17 do art. 40 da

<sup>683</sup> ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**: ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 15-16; 35-37.

<sup>684</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>685</sup> Parte 1, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.1.

<sup>686</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 50.

<sup>687</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>688</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...)”

Constituição.<sup>689</sup> Se a Administração Pública negar o seu pedido por considerar, equivocadamente, que os requisitos constitucionalmente exigidos não foram cumpridos, ou deferi-lo com proventos calculados em montante inferior à quantia à qual o postulante faz jus, o agente público poderá propor ação de cunho individual pleiteando que o Estado satisfaça adequadamente o seu direito.

(b) Ocorre que o sistema de *tutela individual dos direitos* deixa descoberta uma gama de interesses juridicamente protegidos que não se amoldam aos contornos da figura tradicional do direito subjetivo de matriz liberal-individualista, ensejando a necessidade de um sistema que admita, de um lado, a *tutela de direitos coletivos*, e, de outro, a *tutela coletiva de direitos*.

Uma das causas que ensejou, por muito tempo, um obstáculo ao reconhecimento jurídico de formas de tutela de direitos e interesses transindividuais foi o estabelecimento de uma dicotomia estanque entre Direito Público e Direito Privado.<sup>690</sup> Um dos critérios empregados para distinguir esses dois grandes ramos jurídicos era o do interesse: enquanto ao primeiro incumbia a tutela dos interesses *públicos*, titularizados pelo Estado, o segundo limitava-se a disciplinar as formas de proteção dos interesses *privados*, atribuídos individualmente aos particulares.<sup>691</sup> Dentro dessa lógica, não havia um *locus* jurídico adequado para enquadrar os interesses transindividuais. Afinal, a quem incumbiria a sua tutela? Somente com a relativização do individualismo consolidado no século XIX e com a atenuação de uma rígida clivagem entre o Direito Público e o Direito Privado é que foi possível abrir espaço, dentro dos esquemas jurídicos, para a construção de ferramentais dirigidos à proteção adequada dos direitos e interesses difusos e coletivos.<sup>692</sup> Tais pretensões jurídicas, por resguardarem bens jurídicos indivisíveis titularizados por toda a coletividade ou por grupos determinados, mais se assemelhavam ao próprio interesse geral. Contudo, a legitimidade para reivindicação de sua tutela não poderia ficar atrelada somente às mãos do Poder Público, haja vista que, não raras vezes, sua violação era ocasionada pelo próprio Estado. Assim, fez-se necessária a atribuição, pelo sistema normativo, de legitimidade para corpos intermediários buscarem a sua proteção, tais como os sindicatos, as associações e o Ministério Público.

---

**Art. 40.** Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) **III** - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (...) **b** sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

<sup>689</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 40.** (...) § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (...) § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.”

<sup>690</sup> Sobre os critérios utilizados pela doutrina para circunscrever os campos de atuação de cada um desses dos grandes ramos jurídicos e uma crítica à *summa divisio* do Direito: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: VIALE, Claudio Martín (Org.). **Derecho Común y Derecho Administrativo: diferencias y contactos**. Córdoba: Lerner, 2009. p. 35-60.

<sup>691</sup> FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 63.

<sup>692</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 51.

Essa nova forma de tutela, portanto, é permeada por significativas dificuldades. Entre outras, vale destacar a problemática da legitimação ativa para a reivindicação de proteção estatal, uma vez que se trata de bens jurídicos indivisíveis e de titularidade transindividual, o que acaba dificultando, para fins de formulação adequada dos pedidos, a organização de todos aqueles que serão afetados por eventual decisão administrativa ou judicial voltada à tutela do direito. Cabe citar, ademais, que nos casos que envolvem efeitos pecuniários, muitas vezes a ação ou omissão estatal pode ocasionar violações a direitos fundamentais verdadeiramente expressivas em termos globais, mas geradoras de lesões econômicas não tão significativas no âmbito individual. Assim, quando a conduta estatal, embora ofensiva à esfera jurídica de uma coletividade de cidadãos, não enseja impactos econômicos de grande monta para cada um deles (quando considerados isoladamente), capaz de justificar economicamente a propositura de uma demanda judicial individual, acaba-se aceitando impotentemente o comportamento administrativo transgressor.<sup>693</sup>

É em face dessas situações que se tornou necessária a edificação de um modelo de processo que contemplasse formas coletivizadas de proteção judicial dos direitos. Essa criação de uma ampla sistemática processual de tutela coletiva foi impulsionada, inicialmente, pela preocupação com duas questões que avultaram a partir da década de 1970: a proteção do meio-ambiente, cada vez mais ameaçado pela exploração desenfreada de atividades comerciais e industriais poluentes, e a defesa dos consumidores, em face do abuso do poder econômico cada vez mais acentuado na economia de mercado, dirigida essencialmente ao lucro.<sup>694</sup> Posteriormente, percebeu-se que diversos outros interesses salvaguardados pela ordem jurídica reclamavam também uma nova forma de tutela jurisdicional, eis que o modelo convencional já não dava conta de garanti-los idoneamente. Entre eles, situam-se algumas das pretensões ligadas aos direitos fundamentais sociais.

No Brasil, a previsão de instrumentos de tutela de direitos transindividuais iniciou-se com a ação popular, inserida na Constituição de 1934, cuja regulamentação no plano infraconstitucional ocorreu somente em 1965, pela Lei nº 4.717/65 (já sob a égide da Constituição de 1946). Naquele momento, cuidava-se de ferramenta voltada apenas à tutela do patrimônio público, assim considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e – a partir da Lei nº 6.513/77 – turístico.<sup>695</sup> A legitimidade para sua propositura pertencia – e continua pertencendo – a qualquer cidadão. Em que pese a postura vanguardista do legislador brasileiro ao prever esse instituto, a ação popular revelou-se insuficiente para uma tutela adequada e integral dos direitos metaindividuais. Sob o aspecto subjetivo, porque grande parte das vezes o cidadão, singularmente, encontrava-se em posição de desvantagem processual frente ao polo passivo da demanda, geralmente integrado por pessoas físicas e jurídicas munidas de destacado poder político e econômico.<sup>696</sup> Sob a perspectiva objetiva, porque o instrumento não servia à defesa de qualquer direito supraindividual, mas somente à salvaguarda do

<sup>693</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 139.

<sup>694</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>695</sup> A Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, ampliou o espectro de incidência da ação popular, admitindo também o seu manejo para a proteção da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico e cultural, além do patrimônio público já anteriormente previsto. Sobre a inclusão do patrimônio *cultural* como objeto de tutela da aludida ação constitucional, distinguindo-o conceitualmente dos demais bens jurídicos que já eram tuteláveis por meio desse mecanismo, ver: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Ação popular como instrumento de proteção do patrimônio cultural. In: FRANCISCO, José Carlos; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). **Ação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 229-231.

<sup>696</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37-38.

patrimônio público, deixando sem proteção uma série de outros interesses resguardados juridicamente cuja titularidade transpassava o sujeito individual.<sup>697</sup>

A Lei nº 7.347/85 consagrou um meio processual de garantia de uma tutela coletiva mais ampla dos direitos metaindividuais: a ação civil pública. O diploma conferiu legitimação ativa para o ajuizamento da nova medida ao Ministério Público, às entidades públicas da Administração Pública direta e indireta, e às associações que tenham, entre seus fins institucionais, a proteção a bens jurídicos difusos e coletivos. Estipulou, ademais, um âmbito mais alargado de cabimento da ação (se comparado ao objeto da ação popular): reconheceu a possibilidade de proposição da ação civil pública para a proteção do meio-ambiente, do consumidor, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Constituição de 1988, em seu art. 129, III, ampliou ainda mais a funcionalidade da ferramenta, outorgando ao Ministério Público a legitimidade para postular, por meio dela, a defesa de qualquer interesse coletivo ou difuso.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro um modelo sólido e abrangente de tutela processual coletiva. Ele não apenas incluiu o inciso IV no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, estendendo a possibilidade do seu emprego para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo por qualquer dos legitimados (e não apenas pelo Ministério Público), como também introduziu em seu Título III uma nova disciplina geral para o processo coletivo, aplicável a todas as demandas judiciais de natureza transindividual (e não somente àquelas que envolvem relações de consumo). Dispôs, em seu art. 90, que as normas da Lei nº 7.347/85 também se aplicariam às ações coletivas envolvendo Direito do Consumidor. Ou seja: fixou-se a partir daí uma interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, com a incidência recíproca de suas disposições normativas concernentes às técnicas processuais de caráter coletivo. Tal conjugação da Lei nº 7.347/85 com a Lei nº 8.078/90 passou a ser considerada como o “marco fundante de um verdadeiro sistema processual coletivo”.<sup>698</sup>

Esse microsistema de tutela judicial coletiva buscou resolver, pela via legislativa, algumas problemáticas que o modelo tradicional de processo individual era incapaz de solucionar. Em primeiro lugar, a já mencionada questão da legitimação para a propositura das ações, diante da pluralidade de sujeitos que titularizam o mesmo bem indivisível e da consequente dificuldade de organização de todos os possíveis afetados para formular adequadamente os pedidos. Em segundo lugar, o problema da extensão da coisa julgada, que não pode se limitar ao proponente da ação como no processo individual, demandando uma incidência sobre todos aqueles que integram o agrupamento titular do direito difuso ou coletivo. Em terceiro lugar, a necessidade de estabelecer critérios para classificar as espécies de pretensões suscetíveis de proteção jurisdicional coletivizada, construindo para cada uma delas um regime jurídico-processual que se adapte às suas peculiaridades fáticas. Nesse influxo, criou-se através do conjunto normativo supracitado: (i) formas diferentes de legitimação ativa para as ações coletivas; (ii) uma nova disciplina para a eficácia das decisões judiciais prolatadas nos processos coletivos; (iii) uma classificação legal para as modalidades de direitos passíveis de serem reivindicados pelo sistema processual coletivo.

O ordenamento jurídico brasileiro referiu-se, em sede legislativa, a três espécies de direitos que podem ser *tutelados coletivamente*: (i) os direitos difusos; (ii) os direitos coletivos

<sup>697</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil... *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>698</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 17.

(*stricto sensu*); e (iii) os direitos individuais homogêneos.<sup>699</sup> As duas primeiras espécies dizem respeito a *direitos transindividuais* (ou coletivos *lato sensu*), porque consistem em pretensões juridicamente protegidas que visam à salvaguarda de um bem jurídico indivisível, titularizado por um grupo ou por toda a sociedade. A terceira espécie, como se pode extrair de sua nomenclatura, compreende direitos *individuais* em sua essência, que em razão de determinadas características que lhes são peculiares recebem do sistema normativo autorização para serem *tutelados coletivamente*.

Impõe-se reconhecer que o microsistema de tutela jurisdicional coletiva de direitos implantado pelo legislador brasileiro é efetivamente avançado e inovador, ao menos na teoria. Ele mune o cidadão de uma série de instrumentos, técnicas processuais e procedimentos adequados a uma proteção efetiva das pretensões transindividuais resguardadas pelo Direito material. Contudo, a formação de um sistema de processo coletivo no ordenamento jurídico pátrio originou-se por iniciativa legislativa, e não por criação jurisprudencial, tal como ocorreu em outros países, como Estados Unidos<sup>700</sup> e Argentina.<sup>701</sup> Para alguns autores, como Sérgio Cruz Arenhart, tal peculiaridade implica, em alguma medida, certa reticência na sua utilização prática pelos juízes.<sup>702</sup> Para outros, como Teori Albino Zavascki, essa implantação pela via legislativa foi recebida com entusiasmo, gerando uma utilização cada vez mais frequente, em um cenário ainda carente de experiência prática. A consequência disso, segundo este último autor, foi o recorrente cometimento de expressivos equívocos no manejo desses instrumentos, verificados na rotina forense, muitas vezes por se considerar as ações coletivas como a panaceia para todos os problemas sociais. E um dos grandes erros nessa seara tem sido a confusão entre a tutela de *direitos coletivos* (transindividuais) e a tutela coletiva de *direitos individuais*.<sup>703</sup>

É preciso, pois, diferenciar a *tutela de direitos coletivos* da *tutela coletiva de direitos*.<sup>704</sup> Os direitos transindividuais (ou coletivos *lato sensu*) – que englobam os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos – só podem receber proteção jurisdicional por meio de instrumentos de *tutela coletiva*, haja vista a indivisibilidade dos bens jurídicos por eles resguardados. Por sua vez, os direitos individuais podem ser objeto de ações judiciais *individuais*, ou, quando houver *homogeneidade* em sua origem (conceito a seguir elucidado), poderão ser protegidos mediante ferramentas de *tutela coletiva*. Para esses direitos, o ordenamento jurídico conferiu uma proteção

<sup>699</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “**Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. **Parágrafo único.** A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: **I** - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; **II** - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; **III** - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

<sup>700</sup> Uma exposição extremamente detalhada dos fundamentos, origens históricas, requisitos, hipóteses de cabimento e aspectos procedimentais das *class actions* norte-americanas, que realiza inclusive um confronto analítico com o sistema brasileiro de tutela coletiva, pode ser encontrada em: GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>701</sup> Para uma visão global da tutela judicial coletiva no Direito argentino, ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

<sup>702</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>703</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>704</sup> Tal diferenciação vem sendo posta em relevo por Teori Albino Zavascki desde a publicação de seu artigo: ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, v. 20, n. 78, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 32-49, abr./jun. 1995.



jurisdicional bivalente.<sup>705</sup> Logo, é possível dizer que a “tutela coletiva de direitos” pode ter como finalidade a proteção de direitos coletivos (*lato sensu*) ou individuais (homogêneos),<sup>706</sup> ao passo que a “tutela de direitos coletivos” será sempre voltada aos direitos de natureza transindividual.

Os instrumentos previstos atualmente no Direito brasileiro para a “tutela de direitos coletivos” (transindividuais) são, basicamente: (i) a ação popular, quando o objeto da demanda for a desconstituição de ato lesivo a um dos quatro bens jurídicos previstos no art. 5º, LXXIII da CF;<sup>707</sup> (ii) a ação de improbidade administrativa, quando o intuito for resguardar a moralidade administrativa, através da invalidação de atos considerados ímprobos pela lei, ou dos seus efeitos, com a aplicação de sanções aos responsáveis pela sua prática;<sup>708</sup> (iii) o mandado de segurança coletivo, quando for possível demonstrar mediante prova pré-constituída (documental) que um direito coletivo está sendo agredido ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública, e não for cabível o *habeas corpus* nem o *habeas data*;<sup>709</sup> (iv) o mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de um direito transindividual constitucionalmente assegurado;<sup>710</sup> (v) a ação civil pública, para a tutela de qualquer direito ou interesse transindividual.<sup>711</sup> Dentre os mecanismos citados, a tutela das

<sup>705</sup> A expressão é de VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>706</sup> Conforme bem ressalta Rodolfo Mancuso, para que um processo seja coletivo é necessário que o seu escopo seja a tutela de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** teoria das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

<sup>707</sup> Regulada pela Lei nº 4.717/65.

<sup>708</sup> O rito do processo judicial que tem por objeto a improbidade administrativa é parcialmente tratado no Capítulo V da Lei nº 8.729/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Na prática, mesmo inexistindo remissão legal expressa, a jurisprudência dominante tem aplicado aos processos dessa natureza, no que couber, as regras procedimentais da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), sendo comum rotular-se tais demandas de “ação civil pública de improbidade administrativa”. Para uma crítica dessa aplicação, por considerar a ação de improbidade administrativa como modalidade autônoma de demanda judicial sobre a qual não incidem os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública, ver: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 257-261.

<sup>709</sup> A Constituição Federal arrola o mandado de segurança coletivo como garantia fundamental do cidadão, no art. 5º, LXX, com a seguinte redação: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. A Lei nº 12.016/2009, que disciplina o instituto, prevê em seu art. 21, I, expressamente a possibilidade de manejo do instrumento para a tutela de direitos “coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica”.

<sup>710</sup> O mandado de injunção, também assegurado entre as garantias fundamentais do cidadão, encontra-se previsto no art. 5º, LXXI, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ele pode ter como objeto a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, conforme o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (entre outras, cite-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25.10.2007. DJe-206 Publicado em 31.10.2008). Pode, ademais, servir à tutela de direitos difusos, consoante expressamente prevê a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em seu art. 6º, VIII. Até o presente momento, inexistente lei regulamentando esse remédio constitucional. Em razão disso, aplica-se por ora, no que couber, o rito do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009), por determinação do art. 24, parágrafo único da Lei nº 8.038/90 (“No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”). Uma crítica a essa última previsão é desenvolvida em: HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais:** uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 179-181.

<sup>711</sup> A ação civil pública é regida por sua lei própria (Lei nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor, cujas disposições a propósito da tutela coletiva não se restringem às relações de consumo. Conforme dito anteriormente, o diálogo entre essas duas leis compõe um microsistema de tutela judicial coletiva, que formado por um conjunto normativo integrado incidente, no que couber, sobre todas as ações de natureza coletiva.

pretensões jurídicas transindividuais derivadas de direitos fundamentais sociais será realizada, essencialmente, pelos três últimos.

Já a “tutela coletiva de direitos” (individuais homogêneos) é realizada: (i) pela chamada ação civil coletiva (art. 6º, XII da Lei Complementar nº 75/93), disciplinada fundamentalmente pelos arts. 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor; (ii) pelo mandado de segurança coletivo, quando a prova da ameaça ou lesão comum a direitos individuais puder ser demonstrada por provas pré-constituídas.<sup>712</sup>

(c) Uma vez traçadas as distinções básicas entre processo individual e processo coletivo, e entre “tutela coletiva de direitos” (individuais ou não) e “tutela de direitos coletivos”, cumpre analisar as peculiaridades dos chamados *direitos transindividuais* (coletivos *lato sensu*) e delinear as diferenças entre suas duas espécies: os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*.

O que caracteriza os direitos de natureza coletiva (difusos e coletivos *stricto sensu*) é a *indivisibilidade* do bem jurídico por eles protegido e, por consequência, a *transindividualidade* da sua titularidade, insuscetível de ser atribuída a um indivíduo isolado. Não se trata de uma soma de direitos individuais; cuida-se, ao revés, de um único bem jurídico indivisível ao qual uma coletividade de sujeitos (determinável ou não) tem direito. Esse direitos transindividuais caracterizam-se, pois, sob dois aspectos: *subjetivamente*, por uma *pluralidade* de sujeitos com interesses incidentes sobre o mesmo bem; *objetivamente*, pela *indivisibilidade* do bem jurídico tutelado.<sup>713</sup>

Sob o prisma *subjetivo*, a *transindividualidade* da titularidade do interesse jurídico reside na existência de uma multiplicidade de sujeitos que comungam de uma mesma pretensão indivisível.<sup>714</sup> Não podem ser imputados a um único sujeito, singularmente considerado. Sob o ponto de vista objetivo, a *indivisibilidade* significa que o bem jurídico objeto de proteção não pode ser cindido e dividido entre os seus vários titulares.<sup>715</sup> Esse traço característico diz respeito à própria natureza das pretensões jurídicas transindividuais: o bem jurídico em questão deverá ser fruído de modo indistinto por todos aqueles que compartilham coletivamente a sua titularidade. Ele pode ser verificado pelo fato de que, uma vez protegido o direito, a satisfação de um interessado pressuporá inafastavelmente a de todos os demais, ao passo que a lesão a um deles importará, necessariamente, ofensa a todos os demais.<sup>716</sup> No caso de êxito de uma ação popular, por exemplo, voltada à anulação de ato contrário à moralidade administrativa, a procedência do pedido compensará a todos os cidadãos, e não só àquele que propôs a demanda. O mesmo se diga se o objeto fosse a interdição da construção de uma usina hidrelétrica, atentatória contra a higidez do meio-ambiente: a comunidade como um todo será beneficiada pelo sucesso da ação coletiva.

<sup>712</sup> Em seu art. 21, II, a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) estabelece que, além dos direitos coletivos *stricto sensu*, podem ser objeto de proteção por essa ferramenta os direitos “individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

<sup>713</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil... Op. Cit.*, p. 225.

<sup>714</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo... Op. Cit.*, p. 53.

<sup>715</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo... Op. Cit.*, p. 34.

<sup>716</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 77, nº 276, Rio de Janeiro, Forense, p. 1-6, out./dez. 1981. p. 1; GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 13, n. 1-2, Uberlândia, p. 1-34, 1984. p. 3.

É bem por esse motivo que a eficácia das sentenças nas ações coletivas se estende subjetivamente para além das partes que integraram a relação processual: todos aqueles que se encontrem em situação fático-jurídica idêntica àquela que foi discutida nos autos deverão desfrutar dos efeitos da decisão, vinculando a pessoa que lesionou o direito transindividual. Também por isso que as pretensões jurídicas metaindividuais – quando genuinamente metaindividuais – não podem ser cindidas. Se elas afetarem apenas um ou alguns dos integrantes do agrupamento derivado de uma relação jurídica base, não serão verdadeiramente coletivas, mas sim individuais. Para que sejam efetivamente supraindividuais, é preciso que afetem indistintamente a toda a classe, categoria ou coletividade.<sup>717</sup>

Dentro do universo dos direitos transindividuais, convencionou-se diferenciar duas espécies: os direitos *difusos* e os direitos coletivos (*stricto sensu*). Costuma-se dizer que o critério apto a distinguir essas duas modalidades do gênero “direitos metaindividuais” consiste na possibilidade de determinação do grupo que os titulariza. Será *difuso* o direito (ou, melhor dizendo, a pretensão jurídica) que pertença indistintamente a um conjunto indeterminável de pessoas, entre as quais inexista qualquer vínculo jurídico e que se encontrem unidas ao bem juridicamente tutelado por circunstâncias fáticas.<sup>718</sup> É o caso do direito ao patrimônio histórico e cultural, que pode manifestar-se como direito difuso por meio da pretensão jurídica de tombamento de determinado bem imóvel, como forma de proteção do patrimônio arquitetônico de um Município.<sup>719</sup> Outro exemplo é o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, que pode se apresentar concretamente como direito difuso através da pretensão jurídica, por ele englobada, de proteção de determinada espécie animal contra a caça predatória, face ao risco de sua extinção. Ainda ilustrativamente, poder-se-ia mencionar como titulares de direitos difusos tanto “uma comunidade (por exemplo, uma vila de pescadores, ameaçada pela emissão de detritos urbanos no mar) como uma etnia (nos casos de discriminação racial) ou mesmo toda a humanidade (como na ameaça constante de guerra nuclear, ou na ‘exploração’ predatória e anárquica da Amazônia)”.<sup>720</sup>

No caso dos direitos e interesses *difusos*, não há como identificar o agrupamento social que ostenta a titularidade do bem jurídico indivisível em questão, exatamente pelo fato de que a origem da pretensão jurídica é fática e circunstancial. A impossibilidade de sua determinação repousa sobre a inexistência de vínculos formais entre os indivíduos que integram a coletividade afetada, capazes de uni-los em torno de classes ou categorias, tal como ocorre com as pretensões coletivas em sentido estrito. Diante da inviabilidade de se determinar previamente todos os afetados pela pretensão difusa, o art. 103, I do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que a decisão será oponível *erga omnes*, haja vista a indeterminabilidade dos possíveis integrantes do agrupamento que titularizava o direito em questão.<sup>721</sup>

Por sua vez, será *coletivo* em sentido estrito o direito (ou pretensão jurídica) titularizado por um grupo, classe ou categoria de pessoas que ostentem uma relação jurídica entre si ou com

<sup>717</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>718</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>719</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida menciona o tombamento como instrumento de tutela do patrimônio cultural, problematizando a possibilidade de propositura de ações coletivas para a condenação do Estado a obrigações de fazer e não fazer necessárias à proteção do patrimônio histórico e cultural ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Ação popular como instrumento de proteção do patrimônio cultural. In: FRANCISCO, José Carlos; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). **Ação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 231-234.

<sup>720</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>721</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 54

a parte contrária (isto é, com o sujeito sobre o qual recai o dever correspondente ao direito).<sup>722</sup> É possível, nesses casos, identificar o conjunto de sujeitos ao qual o sistema jurídico confere a titularidade do bem jurídico indivisível, a partir do vínculo jurídico comum a todos eles (v.g., condição de professores universitários) ou firmado entre cada um deles com o titular do dever jurídico correspondente (v.g., contrato de prestação de serviço de telefonia móvel). É desnecessário que o grupo seja organizado ou que todos aqueles que o integram estejam vinculados a uma mesma entidade representativa, pois a mera existência de uma relação jurídica base é suficiente para identificar a coletividade determinada. É o caso da pretensão jurídica dos servidores que ocupam o cargo de técnico-administrativo no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná à revisão geral anual dos seus vencimentos (art. 37, X da Constituição Federal), que deve ser empreendida por lei.<sup>723</sup> Mesmo aqueles que não integram o sindicato representativo dessa categoria de trabalhadores públicos podem ser identificados a partir de sua vinculação jurídica com o mencionado órgão estatal, e, portanto, pertencem à coletividade que titulariza o sobredito direito.

Uma vez que a pretensão, para que seja autenticamente coletiva *stricto sensu*, deve dizer respeito a todos os membros do grupo determinável por conta de vínculos jurídico-formais, o provimento judicial a ela relativo produzirá efeitos sobre a totalidade dos integrantes da classe ou categoria que titulariza o direito deduzido na demanda. É desnecessário que, no momento da propositura da ação coletiva, o indivíduo esteja formalmente agregado à associação ou ao sindicato representativo do agrupamento postulante. Basta o pertencimento ao grupo, classe ou categoria, aferível mediante um vínculo jurídico, para que os efeitos da decisão lhe aproveitem. Tal laço jurídico, que permite a sua identificação, consiste na sua submissão ao regime próprio e comum da pretensão coletiva: em decorrência da sua ligação jurídica com a pretensão, se esta for violada, a ofensa o prejudicará; se for protegida, a tutela o beneficiará. Não se trata, portanto, de necessidade de um vínculo jurídico com a entidade associativa. A esta incumbe apenas coordenar na esfera judicial os interesses do grupo, classe ou categoria.<sup>724</sup> É por essa razão que os efeitos da sentença, segundo o art. 103, II do Código de Defesa do Consumidor, serão *ultra partes*, atingindo também aqueles que não se encontravam ligados formalmente ao ente representativo. A eficácia, no entanto, limita-se aos integrantes daquela coletividade determinada, que efetivamente possuíam vinculação jurídica com a pretensão coletiva. Não se estende *erga omnes*, como nas sentenças relativas a direitos difusos. Contudo, há restrições a esse regime para as ações aforadas por entidades associativas (notadamente quando figuram no pólo passivo pessoas jurídicas de direito público), estipuladas por disposições normativas de duvidosa constitucionalidade.<sup>725</sup>

<sup>722</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>723</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 37. (...) X** - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

<sup>724</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>725</sup> A Medida Provisória nº 2.180-35/2001 incluiu o art. 2º-A, *caput* e parágrafo único, na Lei nº 9.494/97, instituindo uma restrição ao regime de eficácia *ultra partes* da sentença delineado no art. 103, II do CDC, quando se tratar de ações propostas por entidades associativas. A norma passou a exigir que a peça vestibular se faça acompanhar por cópia da ata da assembleia que haja autorizado o ajuizamento da demanda. Ademais, em razão de tal dispositivo, nas demandas coletivas propostas em face das entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os efeitos da decisão beneficiarão apenas os indivíduos formalmente associados ao ente representativo, e que na data da propositura da ação possuam domicílio no âmbito da competência territorial do órgão judicial prolator. Tais exceções, no entanto, revelam-se francamente inconstitucionais, sob os pontos de vista

Em síntese: os direitos *coletivos* (sentido estrito) se distinguem dos *difusos* basicamente por dois motivos: um de caráter conceitual e outro (consequência do anterior) de matriz processual. O primeiro é a possibilidade de determinar o grupo que titulariza a pretensão transindividual. Isso ocorre nos casos em que os indivíduos participantes da coletividade titular do bem jurídico indivisível são unidos por laços jurídico-formais, aptos a permitir a sua identificação em grupos, classes ou categorias.<sup>726</sup> Em tais hipóteses, estar-se-á frente a um “direito coletivo *stricto sensu*”. Sendo impossível essa determinação daqueles que integram o agrupamento por meio de um vínculo jurídico, tratar-se-á de um “direito difuso”. E a segunda diferença entre tais espécies de direitos metaindividuais, decorrente da primeira, possui natureza processual. Consiste na eficácia das decisões prolatadas em processos que envolvem cada uma dessas modalidades: será *erga omnes* quando envolver direitos *difusos* e *ultra partes* quando tiver por objeto direitos coletivos *stricto sensu*.

(d) Além dos direitos supraindividuais (*difusos* e coletivos *stricto sensu*), o sistema normativo brasileiro autoriza, como já mencionado, a defesa coletiva de uma terceira espécie de direitos: os *individuais homogêneos*, que, conforme se averbou anteriormente, são direitos de titularidade individual (e não transindividual). Sua proteção judicial poderia, em tese, ser buscada pela via individual, mediante o recurso aos instrumentos processuais convencionais. No entanto, a sua origem comum, derivada de um mesmo fato ou de fatos iguais, justifica que a reivindicação de sua tutela seja promovida coletivamente, por variadas razões.

Uma delas é a possibilidade de decisões judiciais conflitantes a respeito de idêntica situação fática e jurídica: os princípios da isonomia e da segurança das relações jurídicas reclamam uma resposta igualitária ao litígio, a qual é assegurada quando a questão é resolvida no bojo de um só processo. Pessoas que se encontram nas mesmas circunstâncias receberão, por meio da ação coletiva, uma única solução judicial, evitando-se com isso o risco de decisões contraditórias a respeito de uma realidade fática comum.

Um segundo motivo é a economia processual proporcionada pela proteção coletiva desses direitos. O tratamento processual molecular e não atomizado, nesses casos, evita a proliferação de incontáveis demandas individuais versantes sobre a mesmíssima questão,<sup>727</sup> fenômeno que abarrotaria desnecessariamente o Poder Judiciário e atentaria contra a dimensão objetiva do direito fundamental à razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Um terceiro fundamento, presente em algumas hipóteses, consiste na pulverização das lesões provocadas pelo agente que, ao descumprir seus deveres jurídicos, viola através do mesmo fato ou de fatos iguais os mesmos direitos individuais de uma multiplicidade de pessoas. São casos em que as dimensões econômicas dos danos sofridos individualmente acabam por inibir o titular do direito a acionar a máquina judiciária, por não valer a pena submeter-se às temeridades inerentes à propositura de uma ação judicial de natureza singular. Em função de tais circunstâncias, a pessoa prejudicada não enxerga qualquer vantagem em propor isoladamente a demanda, arcando sozinha com o risco de enfrentar um processo com elevadas custas judiciais, honorários advocatícios (contratados e, eventualmente, sucumbenciais), além do tempo despendido com a propositura e acompanhamento da demanda. A desproporcionalidade entre os

---

formal e material, nos termos da argumentação expendida por: VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 208-209.

<sup>726</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>727</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 49.

pequenos prejuízos experimentados e os onerosos encargos que seriam suportados com o aforamento da ação singular inviabilizaria a procura pela tutela individual dos direitos, fato que justifica a promoção de sua defesa pela via coletiva.<sup>728</sup>

É o caso da pretensão jurídica dos consumidores à reparação dos danos sofridos por conta da compra de um determinado produto, cujo rótulo declarava uma quantidade superior àquela que efetivamente se encontrava na embalagem. Conquanto seja divisível o bem jurídico envolvido, sendo possível identificar o seu titular e individualizar o valor da indenização a que cada consumidor tem direito, o montante seria tão ínfimo que nenhum dos lesionados o postularia pela via individual – embora pudesse, sob o ponto de vista jurídico, fazê-lo.

Portanto, os direitos individuais homogêneos são, essencialmente, individuais. No plano jurídico abstrato, nada obstará que fossem reivindicados por meio dos esquemas jurisdicionais tradicionais, dada a divisibilidade do seu objeto, isto é, do bem jurídico que requer proteção. Mas na realidade a sua postulação por ação individual apresenta-se inviável na prática. A necessidade de tutela coletiva dessa espécie de direitos – não de qualquer pretensão jurídica individual, mas apenas daquelas classificadas como homogêneas – deriva, pois, da situação peculiar a que está submetida.

O que autoriza a sua defesa *coletiva* em juízo é a característica da *homogeneidade*, que consiste na existência de uma pluralidade de pretensões jurídicas individualizáveis oriundas de um mesmo fato ou de fatos iguais. É em virtude dessa origem comum, a qual levaria diversos titulares de direitos individuais a mover ações isoladas semelhantes perante o Judiciário, que o ordenamento jurídico permite que a sua postulação judicial seja realizada coletivamente, por estes aos quais o sistema normativo confere especial legitimidade. Enquanto os direitos transindividuais são marcados por uma *pluralidade* de sujeitos a eles vinculados e por uma *unicidade* no seu objeto, os direitos individuais homogêneos, embora dotados também de uma *multiplicidade* de titulares, protegem bens jurídicos *divisíveis*, passíveis de decomposição em unidades distintas, cada qual titularizada por um sujeito individual. Eles são reunidos em uma mesma demanda de caráter coletivo somente por questões de segurança jurídica (evitar o risco de decisões conflitantes a propósito da mesma questão), economia processual (impedir uma multiplicidade de processos com idêntico objeto) e facilitação do acesso à justiça (casos em que as lesões são economicamente ínfimas).<sup>729</sup>

O requisito da *homogeneidade* nada tem a ver com os titulares dos direitos. Não são eles que devem se apresentar em um grupo homogêneo. Tal atributo diz respeito à origem das pretensões jurídicas individuais que estão sendo reivindicadas coletivamente. O fato que rendeu ensejo à pretensão jurídica é que deve ser comum, homogêneo.<sup>730</sup> Apenas para dar alguns exemplos, é o que ocorre com: (i) o derramamento de óleo em um rio, que ocasionará lesões à população ribeirinha; (ii) a omissão na correção monetária de benefícios previdenciários, que gera redução desproporcional do poder aquisitivo de aposentados e pensionistas; (iii) a criação de um tributo de forma inconstitucional, que implicará subtração indevida do patrimônio dos contribuintes; (iv) um vício no serviço público de tratamento e abastecimento de água, que afetará a saúde de diversos usuários.

Os direitos individuais homogêneos são considerados apenas artificialmente ou acidentalmente indivisíveis para fins de sua proteção judicial, porque sua postulação pela via

<sup>728</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 139-140.

<sup>729</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 34-35.

<sup>730</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 73.

individual convencional seria inviável ou inconveniente, pelos motivos já expostos. Logo, ainda que a lesão tenha decorrido de uma origem comum, os seus efeitos se manifestarão de forma diferenciada, com maior ou menor intensidade sobre cada situação individual. Assim, por uma ficção criada pelo legislador para possibilitar a sua adequada tutela, a pretensão à responsabilização civil do agente transgressor dos bens jurídicos individuais é considerada indivisível, e realizada mediante uma *condenação genérica* (art. 95 do CDC), em uma fase cognitiva preliminar do processo. Somente em um segundo momento, quando serão promovidas individualmente a liquidação e a execução da sentença condenatória geral, é que se poderá perceber a divisibilidade das pretensões jurídicas de cada titular do direito individual ofendido. Cada um deverá comprovar os danos singularmente experimentados e o nexu causal, o que demonstra a divisibilidade natural dos bens jurídicos lesionados por um mesmo fato ou por fatos iguais, praticados pelo sujeito condenado na demanda coletiva.<sup>731</sup>

A respeito dessa espécie de direitos, é preciso apontar que havia se formado, alguns anos atrás, forte corrente nos Tribunais Superiores posicionando-se no sentido de que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se restringiria às relações de consumo. A proteção de outros direitos individuais, ainda que decorrentes de origem comum, não seria admitida por essa via.<sup>732</sup> Esse posicionamento logicamente contraria a literalidade da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que em seus arts. 21 e 90, respectivamente, implantam um sistema de incidência recíproca de suas disposições, tornando-as um conjunto normativo harmônico aplicável a qualquer espécie de ação destinada à tutela coletiva de direitos individuais ou transindividuais. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça alterou sua orientação, consignando em seus últimos julgados a admissibilidade da reivindicação coletivizada de direitos individuais homogêneos que não versam sobre Direito do Consumidor pelo Ministério Público,<sup>733</sup> pela Defensoria Pública<sup>734</sup> e por entidades associativas.<sup>735</sup>

<sup>731</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 68.

<sup>732</sup> Observem-se trechos dos seguintes acórdãos: “1. A Ação Civil Pública não se presta como meio adequado à declaração da ilegalidade de Leis Municipais, referente, *in casu*, à cobrança da chamada ‘cota voluntária’ nas contas de energia elétrica, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21, da Lei nº 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação. 2. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 506.000/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 08.09.2003); “I - Evidencia-se a ilegitimidade *ad causam* para propor ação civil pública visando a revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, por se tratar de direito individual disponível. II - Ademais, as relações jurídicas entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social não são relações de consumo, sendo, portanto, impossível cogitar-se da hipótese do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos direitos individuais homogêneos. Precedentes.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 448.647/PR. Relator Min. Paulo Medina. Sexta Turma. Julgado em 03.03.2005. DJ 18/04/2005); “é certo que, tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública em defesa de tal direito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial nº 441.815/SC. Relatora Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 22.08.2007. DJ 10/09/2007). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 04.05.2004. DJ 28.05.2004.

<sup>733</sup> “É cabível o ajuizamento de ação civil pública, pelo *Parquet*, para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não envolvam relação de consumo e não sejam indisponíveis, desde que demonstrada a presença de interesse social relevante”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 946.533/PR. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 10.05.2011. DJe 13.06.2011.

<sup>734</sup> “O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à

Mas a resistência em aceitar a defesa coletivizada de direitos individuais de origem comum para além das relações consumeristas, especialmente quando o sujeito obrigado é o Poder Público, não se limitou ao âmbito jurisprudencial. Ela logrou alcançar, em determinadas matérias, expressa proibição no plano legislativo. Foi o que ocorreu em função da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que inseriu o parágrafo único no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública vedando a tutela judicial coletiva de pretensões que envolvam tributos e contribuições previdenciárias.

Tal determinação legal é flagrantemente inconstitucional, pois menoscaba drástica e injustificadamente o direito fundamental à tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV, CF). De um lado, porque exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão a direitos, já que seria irrazoável supor que cada titular do direito violado proporia ação individual para reaver valores relativamente pequenos, em face dos já pontuados obstáculos inerentes ao acesso à justiça no Brasil. Com isso, a Administração se locupleta indevidamente, mercê de inquestionável enriquecimento sem causa,<sup>736</sup> às custas dos inúmeros cidadãos vilipendiados por inconstitucionais normas legislativas e administrativas de ordem previdenciária e tributária, que não raras vezes transgridem justamente os direitos fundamentais da pessoa. De outro lado porque, se minimamente significativa a monta dos prejuízos individuais experimentados, a vedação ao recurso da tutela coletiva implica desprezo aos princípios da eficiência na administração da justiça e da razoável duração do processo, haja vista o potencial abarrotamento do Judiciário com a propositura de incontáveis demandas singulares a propósito de idêntico objeto, além de malferir o princípio da segurança das relações jurídicas, por conta do risco de provimentos judiciais contraditórios.<sup>737</sup> A disposição incluída pela aludida medida provisória teve, pois, o condão de retirar a possibilidade de um controle jurisdicional efetivo “de toda sorte

---

salvaguada da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 126.411-6/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2011. DJe 13.04.2012.

<sup>735</sup> “1. Esta Corte posicionava-se no sentido de que, para que houvesse a proposição da ação civil pública, mister estivesse a questão inserida no contexto do art. 1º, da Lei n. 7.347/85. Tal artigo deveria, ainda, ser analisado juntamente com o artigo 81 da Lei n. 8.078/90, ou Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC. Entendia-se, portanto, que o cabimento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos se restringia àqueles direitos que envolvessem relação de consumo. 2. A jurisprudência atual, contudo, entende que, o artigo 21 da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei n. 8.078/90, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados às relações de consumo. 3. Deve, portanto, ser reconhecida a legitimidade do sindicato recorrente para propor a presente ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119.961-1/RS. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010.

<sup>736</sup> Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, o enriquecimento sem causa “é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea”. Após afirmar a plena aplicabilidade desse princípio no âmbito do Direito Administrativo, explica o autor que “para evitar situações nas quais um dado sujeito vem a obter locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico prestante para respaldar tal efeito, é que, universalmente, se acolhe o princípio jurídico segundo o qual *tem-se de proscrever o enriquecimento sem causa* e, conseqüentemente, desabona-se interpretação que favoreça este resultado injusto, abominado pela consciência dos povos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 318.

<sup>737</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 82.



de ilegalidades e abusos perpetrados pela conhecida volúpia arrecadadora das Fazendas Públicas Federal Estaduais e Municipais”.<sup>738</sup>

#### 4.2.2. Crítica da classificação tradicional brasileira em matéria de direitos fundamentais: todos eles ostentam dupla dimensão (individual e transindividual)

A exposição da sistemática processual brasileira de tutela judicial individual e coletiva teve o propósito de permitir, neste momento, uma problematização acerca das possíveis (e mais adequadas) formas de proteção dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. O que se pretende aqui é apreciar, do ponto de vista do Direito Processual Civil: **(a)** se é necessário o enquadramento da pretensão jusfundamental no conceito de direito subjetivo individual para autorizar sua reivindicação jurisdicional; e **(b)** se é possível classificar, em termos genéricos, um direito fundamental social em alguma das definições legais de direito individual, difuso, coletivo ou individual homogêneo.

**(a)** A resposta à primeira indagação já foi alinhavada em outras passagens deste estudo, e merece nesta oportunidade ser reiterada em face das demonstrações recentemente exibidas (4.2.1.) a respeito dos diversos mecanismos processuais existentes no Direito brasileiro, que admitem tanto a tutela jurisdicional de pretensões individuais quanto transindividuais. Repisa-se, nesse sentido, a crítica já tecida antes: é equivocada a associação comumente realizada entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a noção de direito subjetivo individual.<sup>739</sup>

Quando se diz que determinada pretensão jurídica integra a perspectiva subjetiva de um direito fundamental, isso significa que ela é *exigível* administrativa e judicialmente, por conta da existência de uma relação jurídica passível de ser deduzida do Direito positivo, com a identificação das partes obrigadas e da prestação positiva ou negativa a ser cumprida por uma delas. A titularidade dessa pretensão, dotada de caráter subjetivo, poderá ser individual, coletiva, difusa ou individual homogênea. É possível, pois, que a sua reivindicação se dê ou pelo modelo tradicional de processo individual, ou pela sistemática processual coletiva, a depender das peculiaridades de que esteja revestida a posição subjetiva em questão.

É desnecessário recorrer à figura do direito subjetivo original do Direito Privado, ou à sua equivalente juspublicista – o direito público subjetivo – para invocar a proteção jurisdicional das multifárias pretensões jurídicas emanadas dos direitos fundamentais. Sejam elas individuais, coletivas ou difusas, sejam derivadas de sua dimensão subjetiva ou objetiva, sejam voltadas à função de defesa, prestação fática, prestação normativa de proteção, de organização ou de procedimento: todas elas poderão ser objeto de reivindicação tutelar perante os Poderes Públicos, ainda que mediante instrumentos distintos, legitimados ativos diversos, com graus de exigibilidade diferenciados e com pressupostos variados para autorização de sua sindicabilidade. Mas o fato é que, sob o prisma constitucional, inexistente discriminação entre a tutela jurisdicional de *interesses* resguardados pela ordem jurídica – quaisquer que sejam – e a proteção judicial de *direitos subjetivos*.<sup>740</sup>

<sup>738</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 83.

<sup>739</sup> Em linha aparentemente distinta daquela que aqui se advoga, Jorge Reis Novais afirma que um direito fundamental só se revelará como direito subjetivo em sua plenitude “quando o particular tem a faculdade de poder accionar a respectiva concretização em termos de prossecução de um interesse próprio, autónomo e individualizado”. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>740</sup> É a posição de VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 48.

Impõe-se a aceitação de que é possível, inclusive, ressubjetivizar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em determinadas circunstâncias, quando os deveres objetivos por eles expendidos ao Estado não forem cumpridos satisfatoriamente, ensejando uma proteção insuficiente que se apresente como omissão desproporcional.<sup>741</sup> Tais situações se subordinarão, em geral, ao sistema de tutela processual coletiva, por envolverem pretensões jurídicas que ultrapassam sujeitos individualmente determinados. Nesses casos, será imprescindível abandonar a insistência em sujeitar as hipóteses caracterizadas pela transindividualidade – isto é, aquelas que dizem respeito a bens jurídicos indivisíveis e, portanto, insuscetíveis de serem associados a um titular individual – aos mesmos esquemas processuais construídos para corresponder à garantia dos interesses do indivíduo, e não das necessidades da comunidade na qual ele se insere.<sup>742</sup>

Não há como proporcionar verdadeira defesa dos direitos fundamentais sociais, nos moldes complexos e multifários em que são incorporados pelas Constituições dos Estados Democráticos contemporâneos, se a racionalidade que embasa a sua tutela se fundar em uma lógica superada. A resistência doutrinária e jurisprudencial de se afastar de uma vez por todas dos dogmas liberais do século XIX, responsáveis pela fixação de um regime processual subjetivista e individualista que já não responde mais, de forma integral, às demandas atuais do Direito substancial, revela-se como inobjetável obstáculo ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil, entre os quais se encontra a promoção do desenvolvimento nacional.

(b) O segundo assunto que merece especial relevo e redobrada atenção consiste na dúvida em relação ao enquadramento dogmático dos direitos fundamentais sociais nas fórmulas conceituais do Direito Processual Civil. E para fornecer uma resposta a essa temática, dois fatores devem ser considerados: (b.1) a distinção entre *direitos fundamentais* e *pretensões jurídicas jusfundamentais*;<sup>743</sup> (b.2) a *impropriedade de uma classificação rígida* das pretensões jusfundamentais em uma única categoria de titularidade de direitos, entre aquelas descritas pelo legislador pátrio, por ser muitas vezes tênue a linha que as separa.

(b.1) Tornou-se algo convencional, no Brasil e demais sistemas jurídicos, referir-se a *direitos* coletivos e a *direitos* difusos, seja pela terminologia adotada na lei brasileira ao definir quais são as espécies de *direitos* passíveis de proteção judicial coletiva, seja pela propagação dessa nomenclatura pela doutrina e jurisprudência. Tal alusão, no entanto, é empregada na maior parte das vezes de forma equivocada. Isso porque em geral não é o *direito* que será individual, coletivo ou difuso, mas sim a *pretensão jurídica* invocada naquela situação determinada. Um mesmo direito – e isso ocorre de modo particularmente acentuado com os fundamentais – pode veicular inúmeras *pretensões jurídicas distintas*. E as titularidades dessas diferentes pretensões, vinculadas a um mesmo direito, podem ser individuais, coletivas ou difusas. Daí porque tratar-se de um grave – e extremamente comum – equívoco classificar, v.g., o meio-ambiente como um *direito* difuso ou a proteção do consumidor como um *direito* coletivo, como costuma ocorrer na literatura jurídica destinada ao estudo dessa temática.<sup>744</sup> Cada um desses direitos pode englobar,

<sup>741</sup> Sobre o tema, ver: FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. **Interesse Público**, nº 78, Belo Horizonte, Fórum, p. 15-27, mar./abr. 2013.

<sup>742</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>743</sup> A diferenciação foi apresentada de forma mais detida na Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.2.

<sup>744</sup> Observe-se, a título de exemplo, que em passagem da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso o autor classifica como *difusos* os direitos ao ensino primário gratuito (art. 208, I) e à assistência à maternidade, infância e adolescência (art. 203, I e II), colocando-os ao lado da função social da propriedade (art. 170, III), da proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 216, e §1º) (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses**

simultaneamente, posições jurídicas titularizadas: (i) por um único indivíduo; (ii) por grupos, classes e categorias determinadas (ou determináveis); ou (iii) por toda a coletividade indistintamente considerada.

Logicamente que, por uma questão de facilidade e praticidade, seria rigorismo demasiado exigir o uso da expressão “pretensão jurídica” todas as vezes que fosse necessário aludir a um bem jurídico resguardado pelo sistema normativo cuja titularidade fosse atribuída a um indivíduo, a um grupo ou a toda a coletividade. É mais fácil referir-se, genericamente, a um “direito”. Assim, embora no presente trabalho tais expressões – “direitos” e “pretensões jurídicas” – possam vir a ser manejadas indistintamente, a ressalva é fundamental para os momentos em que o objeto da discussão for a sua tutela judicial ou administrativa. Aí será crucial retomar a terminologia adequada sob o prisma técnico-jurídico, por ser exatamente esse ponto a causa das confusões a propósito da exigibilidade administrativa e judicial dos direitos fundamentais sociais.

Tratando-se, por exemplo, da posição jurídica em que o art. 208, I da Constituição Federal investe o cidadão, é mais ágil referir-se ao “direito à educação básica” do que à “pretensão jurídica de acesso ao serviço público de educação básica”. No entanto, tecnicamente, o “direito à educação básica” envolve em seu conteúdo uma série de outras pretensões jurídicas tuteladas por essa locução, deduzidas implicitamente do sistema constitucional ou explicitamente de outras disposições normativas, não se esgotando apenas no acesso a esse serviço público. De fato, a ausência de vaga em um estabelecimento estatal que importe negativa de acesso a tal serviço a um cidadão determinado gera, em seu favor, uma posição jusfundamental individual. Mas outras pretensões, que podem assumir feições transindividuais, decorrem desse mesmo direito fundamental: a gratuidade da prestação (art. 206, IV, CF), o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), a garantia de um padrão de qualidade (art. 206, VII, CF), entre tantos outros. O descumprimento de tais deveres constitucionais pela Administração Pública poderá demandar a propositura de ações coletivas, e ainda assim se tratará do “direito fundamental à educação básica”. Vê-se, com o exemplo, que um mesmo direito fundamental social (em sentido amplo) ostenta concomitantemente titularidade individual e transindividual.

Por isso, afirmações taxativas de que este ou aquele direito social é individual, coletivo, ou difuso se mostram inexatas se estiverem levando em conta o direito fundamental em sentido amplo e num plano abstrato. Cuida-se de um erro metodológico comum em que não raro incorrem a doutrina e a jurisprudência. O mais adequado critério para classificar a titularidade de um direito fundamental é a espécie de pretensão material e o tipo de tutela que se busca no momento concreto da sua reivindicação.<sup>745</sup>

Essa ausência de precisão na identificação da natureza da pretensão jurídica que se está a deduzir em juízo é um dos maiores problemas em matéria de proteção judicial de direitos fundamentais sociais. É crucial, para que não haja confusões e equívocos na tutela desses direitos, a percepção apropriada da exata posição jurídica que se procura tutelar pela via

---

**difusos...** *Op. Cit.*, p. 117). Uma leitura desavisada do trecho pode conduzir à conclusão de que os direitos ao ensino primário gratuito e à assistência à maternidade não podem ser reivindicados individualmente, quando na realidade muitas vezes o poderão. Logicamente que se trata de direitos que também veiculam pretensões difusas, ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. No entanto, grande parte das vezes já se configuram como pretensões individuais, que não reclamariam prestações estatais universalizantes, porque a depender do nível da omissão parcelas delas poderiam ser exigidas desde logo pela via individual.

<sup>745</sup> Nesse sentido é o alerta de NERY JÚNIOR, Nelson. Título VI – Disposições finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 922.

jurisdicional.<sup>746</sup> Só assim é possível eleger, em conformidade com o ordenamento jurídico e com as sistemáticas individual e coletiva de tutela processual do direito material, quais são os meios, procedimentos e mecanismos próprios para atender integralmente às necessidades da pretensão postulada.

As confusões mencionadas se originam no momento da transposição da situação conflitiva do âmbito do Direito material para a esfera processual, especialmente no tocante à escolha do instrumento de tutela (se individual ou coletiva) e na elaboração do pleito da decisão judicial.<sup>747</sup> Bens jurídicos indivisíveis – e, portanto, ligados a pretensões coletivas – são muitas vezes postulados individualmente pela via processual. Em decorrência de sua *indivisibilidade*, esses bens jusfundamentais transindividuais devem ser, necessariamente, tutelados por instrumentos processuais coletivos, “constituindo verdadeira *heresia* seu tratamento processual cindido, parcial, ou, pior, diversificado”.<sup>748</sup> Lamentavelmente, é o que tem ocorrido no campo dos direitos fundamentais sociais: ignora-se a natureza da pretensão jurídica em jogo (se individual ou coletiva *lato sensu*) para negar ora a tutela coletiva, ora a individual.

O pedido de proteção jurisdicional coletiva é, muitas vezes, rejeitado sob o argumento de que se trata de um “direito individual”, quando na realidade se cuida de uma pretensão genérica transindividual que, uma vez satisfeita, possibilitará em um segundo momento a sua proteção individual. Exemplo disso se passou em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Ribeirão Preto, na qual se pleiteou a tutela de direito individual indisponível de uma pessoa hipossuficiente economicamente e portadora de paraplegia flácida.<sup>749</sup> O juízo de primeiro grau, julgando procedente a demanda, condenou a Municipalidade a garantir à usuária de cadeira de rodas o benefício de um transporte especial (“leva e traz – adaptado”, por meio de *vans*). A Procuradoria de Justiça postulou que, em sede de reexame necessário, o Tribunal de Justiça estendesse *ultra partes* os efeitos da decisão, nos termos do art. 103, II do CDC, para aproveitar a todos os demais cidadãos com deficiência de locomoção que necessitassem do serviço. A Câmara negou o pedido em votação unânime, alegando no acórdão, dentre outros motivos, que a ação proposta “não tutela interesses coletivos ou individuais homogêneos, mas o de uma única pessoa, diante das condições especialíssimas em que se encontrava (...) Interesse heterogêneo, em outras palavras, que não dá azo ao acolhimento da pretensão do *parquet* de segundo grau”.<sup>750</sup> Ainda que o Ministério Público tenha deixado de formular o pedido na inicial, não poderia a questão ser resolvida em

<sup>746</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>747</sup> Denunciando, de forma geral, a existência de um sério problema no momento de transposição dos conflitos de interesses do plano extraprocessual para a sede processual, inclusive identificando-o como uma das causas expressivas de equívocos em matéria de tutela jurisdicional: WATANABE, Kazuo. Título III – Da defesa do consumidor em juízo, Capítulo I – Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 751.

<sup>748</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>749</sup> O art. 127 da Constituição Federal brasileira confere expressamente ao Ministério Público competência para a defesa de interesses individuais *indisponíveis*.

<sup>750</sup> Confira-se a ementa da decisão: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA voltada à prestação de serviço público em prol de deficiente físico. 1. O Ministério Público detém legitimidade ativa para propositura da ação em defesa de direito individual indisponível, diante do que estabelece o art. 127 da CR; anotados precedentes do STJ e do STF nesse sentido. (...) 3. Não suscitado e incabível reexame necessário, não cabe alargar os efeitos da coisa julgada segundo autorizado pelo art. 103, II, do CDC. A ação, ademais, não tutela interesses homogêneos - hipótese de incidência da regra, mas individual heterogêneo, a par de não haver sido formulado pedido nesse sentido pelo autor. 4. Ação julgada procedente. Sentença confirmada. Recurso não provido”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão nº 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

grau de apelação/reexame necessário, atendendo-se ao pleito da Procuradoria de Justiça? Tratava-se mesmo de direito individual? E as pessoas deficientes com dificuldade de locomoção que moram na mesma rua ou no mesmo bairro da cidadã beneficiada pela decisão? Deverão ficar desatendidas? Somente ela deverá ter acesso ao transporte especial? Ao que tudo indica, a resposta mais ajustada ao ordenamento constitucional era dar uma solução coletiva à situação, nos termos propostos pelo Ministério Público.

Outras vezes, refuta-se o pleito individual com o argumento de que a pretensão reclama atuação administrativa voltada à realização coletiva do direito, em casos nos quais se trata, simplesmente, de políticas sociais e econômicas já existentes, em pleno funcionamento, mas que por questões circunstanciais foram insuficientes para atender àquele indivíduo em especial. Casos estes que, de fato, poderiam ser solucionados pela via individual, com uma condenação tópica e isolada da Administração Pública, destinada à resolução daquela situação específica ocasionada pela falta de alcance de uma política ou serviço público já desenvolvida(o) de forma eficiente.

É preciso pontuar que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, como visto, adiciona a todos eles uma titularidade transindividual. Isso porque, o cumprimento pelo Estado das obrigações que derivam dessa dimensão enseja uma pretensão jusfundamental de natureza difusa, que interessa a uma série indeterminada de cidadãos. A construção de uma escola, por exemplo, ou de um hospital público. A implementação de uma política de financiamento imobiliário, com a abertura de linhas de crédito mais acessíveis voltadas à aquisição de casas populares. A criação de um benefício assistencial ou previdenciário contra determinado risco social. Num momento prévio, anterior à sua realização pelo Estado, a aspiração à concretização da faceta objetiva do direito fundamental social em questão – educação, saúde, moradia, assistência ou previdência social – ostentará caráter difuso. Após o cumprimento desse dever geral, quando a ação legislativa e/ou administrativa já tiver sido levada a efeito – v.g., criação de normas procedimentais e de estruturas organizativas, implementação de serviços públicos e de políticas sociais – será possível individualizar as parcelas de prestações estatais titularizadas por cada cidadão em concreto, possibilitando então a sua fruição individual.

**(b.2)** A relutância quanto à aceitação da defesa judicial coletiva de direitos – sejam eles fundamentais ou não – tem como uma de suas causas aquilo que Elton Venturi chamou de *penumbra conceitual* que assola os direitos supraindividuais. O autor denuncia que, nada obstante o esforço teórico da doutrina e mesmo do legislador brasileiro em estabelecer definições técnicas precisas para as espécies de direitos sujeitos à sistemática processual coletiva, é significativa “a confusão gerada pela incompreensão de tais categoriais”, o que acaba conduzindo à inefetividade desse sistema de tutela jurisdicional de direitos.<sup>751</sup>

A tentativa empreendida pelo legislador nacional de estabelecer uma tipologia dos direitos passíveis de proteção pela via coletiva, com base em traços específicos que seriam peculiares a cada uma das diferentes espécies, acaba conduzindo a padronizações prejudiciais à adequada tutela das pretensões jurídicas. Isso resulta da corrente dificuldade de encaixar algumas delas nos termos precisos da conceituação legal de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.<sup>752</sup> E a consequência lógica acaba sendo a inadmissibilidade da demanda por suposta ausência de compatibilidade do direito pleiteado com os exatos contornos da categoria prevista pela lei.

<sup>751</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 84-85.

<sup>752</sup> Advertência assinalada por ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 38.

Portanto, ainda que sejam consideradas claramente compreensíveis as modalidades de direitos delineadas pelo Código de Defesa do Consumidor, estas não podem significar um atrelamento da tutela judicial “a um rígido enquadramento das pretensões deduzidas em juízo aos esboços conceituais formulados pelo legislador brasileiro”.<sup>753</sup> Em outras palavras: há hipóteses que não se encaixarão perfeitamente nas etiquetas legalmente designadas de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, e nem por isso se poderá refutar a reivindicação jurisdicional da pretensão em jogo por meio das ações coletivas.

As definições e conceituações jurídicas, forjadas em um plano abstrato e estático, não estão sempre aptas a apreender todas as possíveis situações existentes na dinâmica da realidade fática. Isso faz com que as peculiaridades do caso concreto possam vir a torná-lo insuscetível de classificação perfeitamente ajustada aos moldes previamente concebidos pela norma legal, mas ainda assim estar a merecer tutela judicial coletiva. Nem sempre os fatos reais, ocorridos naturalmente, serão capazes de vestir comodamente tais roupagens jurídicas, artificialmente tecidas. Referindo-se à tipologia de interesses transindividuais, José Carlos Barbosa Moreira alerta não ser possível ignorar “que na realidade objetiva a passagem de um a outro se faz, com frequência, por graus insensíveis, e que a riqueza policrômica das situações da vida em sociedade não se deixa aprisionar num espectro intencionalmente esquemático”.<sup>754</sup> Assim, é plenamente admissível, por exemplo, que se apresentem determinados direitos suscetíveis de encaixe simultâneo na categoria de direitos difusos e individuais homogêneos, por conta da cumulatividade das pretensões jurídicas a eles ligados, cuja proteção reclama concomitantemente técnicas de tutela coletiva previstas para ambas as modalidades de direitos.

É o que ocorre, *v.g.*, com o direito dos usuários do serviço público de transporte coletivo urbano à segurança na sua prestação.<sup>755</sup> Antes da ocorrência de qualquer evento lesivo, a pretensão jurídica à prestação de um serviço seguro se configura como transindividual: seria classificada como um direito *difuso*, diante da sua indivisibilidade, passível de proteção mediante uma tutela preventiva, no caso de utilização de uma frota de ônibus em condições temerárias pela empresa concessionária. No entanto, num momento posterior, um acidente decorrente do estado precário de um determinado veículo implicará violação do direito previsto e danos aos usuários do transporte, gerando pretensões jurídico-subjetivas divisíveis e individualizáveis à reparação dos prejuízos causados. Estas últimas se apresentariam como direitos *individuais homogêneos*, mercedores de uma tutela ressarcitória. Cabe cogitar, ainda, de uma demanda que cumule as duas espécies de direitos e de tutelas: a continuidade do emprego da frota deteriorada pela prestadora exigirá, simultaneamente, um provimento que determine a cessação do serviço (direito *difuso*, que beneficiará uma coletividade indeterminada sujeita à sua utilização), e uma decisão que condene a delegatária à reparação dos danos sofridos pelos usuários (direitos *individuais homogêneos*, suscetíveis de individualização para cada titular). O mesmo se poderia dizer no tocante a diversos outros serviços públicos imprescindíveis à satisfação de direitos

---

<sup>753</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>754</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, nº 28, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 7-19, out./dez. 1982. p. 9.

<sup>755</sup> Lei de Concessões de Serviço Público (Lei nº 8.987/95): “**Art. 6º** Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de *serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários*, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. **§ 1º** Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, *segurança*, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (grifou-se).

fundamentais sociais, como os de saúde, distribuição de energia elétrica, tratamento e abastecimento de água, etc.

Portanto, mais relevante do que tentar identificar em qual espécie o direito se encaixa é verificar se a pretensão deduzida admite uma tutela pela via coletiva.<sup>756</sup> Em matéria de direitos fundamentais sociais, o que importa é identificar se a situação fática carente de proteção pela via judicial pode ser tutelada pelos moldes individuais tradicionais, regidos em geral pelo Código de Processo Civil e resultando em uma decisão dotada de efeitos *inter partes*, ou se, diante das características da pretensão deduzida, impõe-se o seu processamento pelo sistema de tutela coletiva. Neste último caso, é irrelevante a tentativa de enquadrar o direito em alguma das fôrmas criadas pelo legislador, sendo suficiente a aceitação de que, havendo sentença procedente, sua eficácia será extensível contra todos os possíveis afetados pelo direito em questão. Dela poderão se beneficiar: (i) as pessoas atingidas pela lesão ao direito postulado em juízo, quando houver danos pessoais passíveis de demonstração; (ii) o grupo, classe ou categoria que ostente vinculação direta com o direito objeto da ação; ou (iii) uma coletividade indeterminada, que por circunstâncias fáticas tenha sido afetada pela lesão do direito em apreço.<sup>757</sup>

No sistema processual brasileiro, a lei empresta à coisa julgada nas demandas coletivas um regime que admite essa extensão dos efeitos das sentenças de procedência, permitindo que sejam aproveitados pela sociedade genericamente considerada (direitos difusos), pelo grupo, classe ou categoria (direitos coletivos) ou pelas vítimas e sucessores (direitos individuais homogêneos). Com isso, a rotulação legal de cada uma dessas espécies de direitos não pode ser erigida como um óbice para a sua adequada tutela por instrumentos processuais coletivos, já que a proteção de uma delas pode, com frequência, aproveitar às demais modalidades de pretensões jurídicas.<sup>758</sup> Em tais situações, cabe ao intérprete adequar os procedimentos e técnicas processuais às circunstâncias do caso concreto, sem deixar qualquer dimensão do direito em questão carente de proteção judicial.

É inadmissível, pois, um apego excessivo e rigoroso à classificação legal das categorias de direitos sujeitos ao sistema de defesa judicial coletiva, haja vista a existência de uma linha tênue entre elas.<sup>759</sup> A afirmação pode ser verificada pelo fato de que o próprio legislador autorizou que, num mesmo procedimento, as sentenças de procedência prolatadas em ações envolvendo direitos difusos e direitos coletivos sejam utilizadas para beneficiar titulares de direitos individuais homogêneos (art. 103, §3º do CDC).<sup>760</sup> Estes poderão lançar mão das decisões, tal como se fosse a condenação genérica própria da ação civil coletiva, para ingressar

<sup>756</sup> Nessa linha, sublinha Elton Venturi: “o que importa, efetivamente, é a verificação da conjugação entre a presunção de legitimação (*ex lege*) da entidade autora e a verificação do interesse em se obter, concentrada e indivisivelmente, resposta jurisdicional a pretensões processuais transindividuais (...), para fins de viabilização da tutela coletiva”. VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>757</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>758</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 87-88.

<sup>759</sup> Manifestando-se pela desnecessidade de uma tipificação legal de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por considerar que bastaria que a lei conferisse a determinadas pessoas, em certas circunstâncias, a legitimação para propor a ação e uma extensão ampla dos efeitos da coisa julgada: LEAL, Márcio Flávio Madra. **Ações coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 196.

<sup>760</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “**Art. 103. (...) §3º.** Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

diretamente na fase de liquidação e execução de sentença demonstrando prejuízos pessoais por eles sofridos, que justifiquem uma individualização da indenização. Vale dizer: em uma ação coletiva que vise à reparação de uma lesão de natureza difusa, os cidadãos afetados de maneira particular pelos danos causados estão legalmente autorizados a utilizar a sentença proferida com eficácia *erga omnes* para reivindicar, diretamente na fase de liquidação e execução, a reparação pelos prejuízos pessoalmente experimentados. O mesmo se diga quanto ao provimento exarado em demanda que teve por objeto a proteção de direitos individuais homogêneos: se a quantidade de indivíduos habilitados para a liquidação e a execução da sentença condenatória genérica for considerada incompatível com a gravidade do dano, o juiz fixará a chamada *fluid recovery*, destinando a condenação subsidiária em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (conforme determinação do art. 100, *caput* e parágrafo único do CDC).<sup>761</sup> Conjugue-se, pois, uma tutela de pretensão difusa a uma ação destinada a salvaguardar direitos individuais homogêneos.<sup>762</sup>

Assim ocorreria, por exemplo, com uma empresa que transportasse em uma via urbana um produto tóxico sem a utilização dos dispositivos de proteção necessários, descumprindo com isso normas ambientais. A conduta irregular geraria tanto uma ameaça geral à coletividade indistintamente considerada, quanto o risco concreto de danificar a saúde de moradores do bairro por onde habitualmente trafega a viatura de carga. Imagine-se que, constatando o frequente derramamento do produto nocivo ao longo do trajeto, a associação dos moradores do bairro proponha ação civil pública postulando uma determinação judicial de adequação do veículo transportador às regras legais de precaução, em prol do direito *coletivo stricto sensu* ao meio-ambiente saudável titularizado pelos habitantes daquela vizinhança, bem como a reparação dos danos ocasionados. Nada obstaria que os efeitos da decisão, em princípio *ultra partes* e dirigidos somente à categoria de pessoas representada pela associação (moradores do bairro), fossem estendidos *erga omnes*, com a condenação da empresa ao pagamento de indenização por violação a direito *difuso*, a ser revertida ao Fundo Estadual de Proteção ao Meio-Ambiente. Também se poderia admitir, na fase de liquidação e execução de sentença, que moradores de outros bairros por onde a viatura fora conduzida se habilitassem para receber suas respectivas indenizações singularizadas, a título de direitos *individuais homogêneos*, mediante a comprovação de danos particularizados e do nexo causal. Ou seja: em uma mesma demanda coletiva, baseada em um único fato, seriam protegidos os três tipos de direitos que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são passíveis de tutela jurisdicional molecular.

Note-se, com isso, que mesmo o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, tradicionalmente encarado como um direito *difuso*, pode ensejar concretamente uma titularidade individual. O *caput* do art. 225 assegura a todos tal direito, que nesse ponto de fato se manifesta com roupagem de direito difuso,<sup>763</sup> ao passo que o §3º do mesmo dispositivo

<sup>761</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “**Art. 100.** Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. **Parágrafo único.** O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985”.

<sup>762</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>763</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.



garante o direito à reparação dos danos causados pelos agentes que o lesionarem.<sup>764</sup> Nesse caso, logicamente que a tutela judicial postulada por violação do direito fundamental ao meio-ambiente deverá servir para ressarcir tanto os prejuízos causados difusamente a toda a coletividade, quanto os danos pessoais experimentados por cidadãos determinados, titulares de direitos individuais homogêneos.<sup>765</sup> Cuida-se de uma titularidade simultaneamente individual e transindividual.

No campo dos direitos fundamentais sociais, é extremamente comum que o atendimento a uma pretensão de natureza supraindividual acabe por beneficiar posições jurídicas individuais, não desfrutáveis antes da concretização da prestação estatal coletiva. O crucial será verificar, a cada caso, se o mais indicado é a satisfação pontual da pretensão individualizada, ou se o ideal será a determinação de uma ação administrativa coletiva que resolva, a uma só vez, as carências de múltiplos titulares de direitos fundamentais sociais que se encontram em idêntica situação.

Diante da constatação de que um mesmo direito pode ostentar simultaneamente uma titularidade individual e transindividual, a escolha pela forma adequada de tutela processual (coletiva ou individual), em cada circunstância, deverá levar em conta o elemento que se revela *preponderante* naquela situação concreta.<sup>766</sup> Mencione-se o direito fundamental de greve, por exemplo, assegurado pela Constituição aos servidores públicos<sup>767</sup> e aos trabalhadores da iniciativa privada.<sup>768</sup> Cada trabalhador detém a pretensão individual constitucionalmente protegida de fruir desse direito; porém, tais posições jurídicas serão necessariamente exercitadas de maneira *coletiva*. Por essa razão, via de regra, a tutela das questões relativas a esse direito fundamental será reivindicada mediante instrumentos coletivos.<sup>769</sup> Mas é possível, sob outra perspectiva, cogitar da hipótese de um trabalhador em particular ter sofrido descontos salariais indevidos decorrentes da fruição individual desse direito, como nas circunstâncias em que mediante acordo com o empregador, resultante da negociação, resolve-se a paralisação como interrupção e não como suspensão do contrato de trabalho.<sup>770</sup> Ele poderá, isoladamente,

<sup>764</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 225.** (...) **§3º.** As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

<sup>765</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>766</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>767</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) **VII** - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

<sup>768</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 9º.** É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

<sup>769</sup> Como o mandado de segurança coletivo, nos termos do art. 5º, LXX, “b” da Constituição Federal e arts. 21 e 22 da Lei nº 12.016/2009. A tutela judicial poderá se dar, também, pelo mandado de injunção coletivo, quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício do direito de greve, como ocorre no caso dos servidores públicos, frente à ausência de lei específica, exigida pelo art. 37, VII da CF, que discipline os limites e termos em que será exercido esse direito. Em 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou na mesma sessão os Mandados de Injunção coletivos nºs 670-ES, 708-DF e 712-PA, relatados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, por meio dos quais os impetrantes pleiteavam a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis. A Corte, nos acórdãos mencionados, criou o conjunto normativo regulamentador, aplicando à hipótese a Lei nº 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada), combinada com determinadas ressalvas pertinentes ao princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, viabilizando assim o exercício do direito em comento.

<sup>770</sup> Nos casos de *interrupção* do contrato de trabalho, há uma cessação temporária da prestação dos serviços pelo trabalhador, que continua fazendo jus ao recebimento de sua remuneração. Nas hipóteses de *suspensão*, por sua vez, opera-se uma sustação bilateral do pacto laboral, ficando ambas as partes – empregador e empregado – dispensadas de cumprir com as suas obrigações contratualmente estipuladas. A greve, por força do art. 7º da Lei

reivindicar o pagamento do montante que lhe foi ilicitamente subtraído. Mas se a situação tiver ocorrido com outros trabalhadores de sua categoria, nada impede que o sindicato, *coletivamente*, busque a tutela judicial dos direitos individuais homogêneos dos empregados, oriundos de uma origem comum.

O que irá demonstrar, portanto, a natureza jurídica da titularidade do direito – se individual ou transindividual – não é o próprio direito, abstratamente considerado, mas sim a *pretensão jurídica* a ele vinculada que se pretende proteger em cada situação concreta. O fator crucial para o enquadramento da pretensão em uma das espécies de direito tutelável por meio do processo coletivo é o pedido formulado. A partir dele será possível identificar o caráter do objeto da demanda.<sup>771</sup>

---

7.783/89, inicia-se como causa de *suspensão* do contrato, autorizando-se em princípio os descontos salariais dos trabalhadores que aderirem ao movimento paredista; mas pode converter-se em *interrupção*, se assim for acordado por meio de negociação coletiva. Nesse último caso, o pagamento da remuneração dos trabalhadores será devido pelo empregador.

<sup>771</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada...** *Op. Cit.*, p. 71.

## PARTE II – DIREITO À TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A compreensão adequada da dogmática dos direitos fundamentais à luz da Constituição brasileira de 1988 pressupõe, como se expôs na primeira parte deste estudo, que eles sejam encarados como direitos caracterizados: (i) pela *aplicabilidade imediata* das normas que os veiculam; (ii) pela *multiplicidade de funções* deles decorrentes, das quais defluem deveres de distintas naturezas ao Poder Público; (iii) por uma *dupla dimensão*, subjetiva e objetiva, que obriga o Estado a satisfazer as posições jurídicas jusfundamentais outorgadas aos seus titulares quando provocado para tanto, e, simultaneamente, dirige a sua atuação e a sua interpretação do ordenamento jurídico, compelindo-o a empregar de ofício as medidas necessárias para conferir-lhe plena efetividade. O manejo dessas categorias contribui para a realização maximizada dos direitos fundamentais.

Com base nessas premissas, busca-se agora, na segunda parte da investigação, explorar as consequências que esse três elementos desencadeiam sobre a atividade administrativa voltada à implementação dos direitos fundamentais sociais. Inicialmente, será empreendida uma análise do descompasso entre a dogmática do Direito Administrativo clássico, edificado sob a égide do Estado Liberal do século XIX, e as transformações constitucionais operadas em matéria de direitos fundamentais com o advento do Estado Social de Direito, que incluem as categorias acima mencionadas. Em seguida, o objetivo será apresentar os fundamentos jurídico-constitucionais que permitem identificar, no Direito brasileiro, o *direito fundamental à tutela administrativa efetiva*, esmiuçando o seu conteúdo jurídico, seus efeitos concretos e sua relevância prática.

A partir da formulação da arquitetura jurídica desse direito, que dirige à Administração Pública o dever de implementar os direitos do cidadão de maneira espontânea, integral e igualitária, serão exploradas as diversas repercussões que ele produz sobre a atuação administrativa destinada à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Ao final, o trabalho examinará os impactos do direito à tutela administrativa efetiva sobre alguns dos principais instrumentos jurídicos de que dispõe a Administração para a proteção e promoção dos direitos sociais.

## **CAPÍTULO 5 – O DESCOMPASSO ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E AS TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA AÇÃO ESTATAL OFENSIVA À OMISSÃO ADMINISTRATIVA TRANSGRESSORA**

O fundamento jurídico sobre o qual se assenta esta tese para sustentar que a Administração Pública brasileira tem, por imposição do sistema constitucional vigente, o dever de promover os direitos fundamentais sociais de modo espontâneo, integral e igualitário é o art. 5º, §1º da Constituição Federal, que estabelece a aplicabilidade imediata das normas que os veiculam. Afinal, se tais direitos incidem diretamente sobre todos os órgãos e entidades públicos, é evidente que estes não precisam ser coagidos por determinações coercitivas concretas do Poder Judiciário para satisfazê-los em sua máxima medida. A ordem cogente já decorre imediatamente das normas constitucionais. Se tais comandos fossem obedecidos naturalmente pelos entes administrativos, os titulares dos direitos fundamentais em questão não careceriam postular o seu cumprimento, seja na via administrativa, seja na judicial.

Na realidade prática, no entanto, é fato notório que os acontecimentos não se passam exatamente assim. E para fazer frente às posturas antijurídicas da Administração que impedem a fruição dos bens jurídicos jusfundamentais albergados constitucionalmente, o Direito Público – Constitucional, Administrativo, Processual Civil – elaborou uma série de mecanismos jurídicos de cunho jurisdicional para forçar a atuação da máquina estatal a conformar-se ao sistema normativo. O alvo que por meio deles geralmente se procura atingir é a realização da faceta *subjéctiva* dos direitos fundamentais sociais, que permite ao cidadão exigir, administrativa ou judicialmente, a sua satisfação. Ocorre que esses direitos, na conjuntura atual, exibem também outra dimensão: a perspectiva *objectiva*, que faz espargir das normas constitucionais mandamentos que impulsionam os poderes constituídos a implementar os direitos fundamentais mesmo quando não haja qualquer provocação subjéctiva dos seus titulares.

Essa compreensão ampliada da configuração jurídica dos direitos fundamentais – objeto de estudo da Parte I deste trabalho – é uma das transformações que a teoria constitucional vivenciou no século XX. Ela acompanha a transição paradigmática do perfil liberal do Estado de Direito para o modelo social e democrático, que passa a atribuir ao Poder Público uma série de novas incumbências. Entre elas, as de reduzir as desigualdades da sociedade, promovendo a igualdade substancial, e remover os obstáculos que impossibilitem os cidadãos de exercer de maneira efetiva os seus direitos fundamentais. O atendimento dessas demandas pressupõe que ambas as perspectivas de tais direitos – subjéctiva e objectiva – sejam postas em prática. Mas o Direito Administrativo atual, ainda intensamente influenciado pelo ideário jurídico-político que lhe deu origem, permanece gravitando em torno do viés subjéctivo individual da tutela dos direitos fundamentais, sempre pela via judicial, não tendo conferido até o presente momento a devida consideração que o prisma objectivo transindividual está por merecer.

Se o que se pretende nesta tese é buscar identificar meios para que a Administração Pública efetive espontaneamente os direitos fundamentais sociais, é imprescindível descobrir quais são os fatores que dificultam esse processo. Eles derivam dos próprios dogmas e teorias do Direito Administrativo tradicional, especialmente daqueles que tiveram a sua razão de ser no século XIX, mas que não mais coadunam com a compostura jurídica do Estado Social e Democrático de Direito e das Constituições contemporâneas. É preciso desvendar quais são os

pontos de inadequação constitucional da dogmática jurídica administrativa que reclamam revisão, com vistas a evitar: (i) que o aparato administrativo falhe no atendimento às ordens constitucionais de agir; e (ii) que não haja alternativa senão solucionar o problema através do Poder Judiciário. Por isso, o Direito Administrativo não pode voltar suas atenções somente aos instrumentos processuais capazes de fornecer uma tutela jurisdicional individual ao cidadão, nos casos de violação dos direitos fundamentais por conduta comissiva do Estado.

Ocorre que é exatamente imerso nessa lógica que esse setor do Direito Público foi construído: para a proteção dos direitos *individuais* dos cidadãos, mediante a criação de dispositivos destinados à tutela de sua dimensão *subjetiva* contra as *ações* administrativas ofensivas ao ordenamento jurídico. O sistema foi todo arquitetado, ao longo do século XIX, com essa finalidade. Por esse motivo, tratava-se de um modelo *liberal-individualista-subjetivista*: (i) *liberal*, porque visava apenas à tutela das liberdades contra atos estatais ilegais; (ii) *individualista*, porque habilitava apenas o indivíduo, singularmente considerado, a acessar a jurisdição; (iii) *subjetivista*, porque pressupunha a presença de um direito subjetivo para autorizar a provocação da justiça, ou ao menos um interesse legítimo que fosse passível de ser reconduzido a um sujeito determinado.

Todavia, tal racionalidade, perfeitamente adequada ao paradigma liberal do Estado de Direito, encontra-se em descompasso com os postulados do Estado Social instaurado pelo constitucionalismo hodierno. As *ações* administrativas que transgridem direitos *individuais* de cidadãos perfeitamente identificáveis não representam a única forma de antijuridicidade da conduta estatal. Muitas vezes, a inércia dos entes públicos em adotar medidas para retirar os entraves que inviabilizam a plena fruição dos direitos fundamentais (e proporcionar, assim, condições reais para o seu exercício) é muito mais nociva do que seus comportamentos comissivos. Cuida-se de postura que atinge inúmeros cidadãos no âmago de sua esfera jurídica constitucionalmente assegurada, mas que, diante da dificuldade de se perquirir com precisão quais foram os prejudicados pela inatividade administrativa, restringe – ou, muitas vezes, até impede – o acesso das pessoas ao sistema de garantias forjado pelo Direito positivo com lastro na mentalidade do liberalismo oitocentista.

No modelo contemporâneo, portanto, surgem novas demandas que precisam ser atendidas pelo Direito Administrativo, o que exige algumas matizações dos dogmas que presidiram esse ramo jurídico no século XIX. Em Estados caracterizados pela promulgação de Constituições sociais, que fixam programas políticos de ação ao Poder Público e que veiculam pretensões jurídicas de titularidade *transindividual* na forma de direitos fundamentais, emerge a necessidade de satisfazer também a faceta *objetiva* de tais direitos. Somente assim a Administração dará conta de promover os direitos fundamentais – em especial, os sociais – de modo universalizado (e não meramente individualizado), em homenagem ao princípio constitucional da igualdade, e será possível deduzir do sistema normativo instrumentos de combate à *omissão* administrativa antijurídica.

Diante desse quadro, verifica-se que a teorização original do Direito Administrativo revela-se incompatível com o cenário instaurado pelo Direito Constitucional contemporâneo. Explica-se. A imensa gama de incumbências positivas que as Constituições sociais hoje fazem impender sobre os Poderes Públicos gera, muitas vezes, comportamentos estatais antijurídicos por omissão, e não apenas por ação. Afirmar isso, por si só, não é novidade. O que aqui se buscará ressaltar – e que em geral não se costuma pôr em relevo – é que não raro essa inatividade administrativa não se apresenta atentatória a direitos subjetivos individuais, mas, mesmo assim,

deve ser considerada contrária a Constituição, desencadeando efeitos jurídicos. Quando a Administração deixa de cumprir os deveres emanados da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o fato de eles não apresentarem em contrapartida um radical subjetivo que autorize a sua exigibilidade individual faz com que, no mais das vezes, sua postura inerte não seja considerada pela comunidade jurídica como uma conduta “tão” inconstitucional quanto a atuação comissiva transgressora de direitos subjetivos individualizáveis.

Dentro dessa ordem de considerações, este capítulo tem por objetivo demonstrar a hipótese de que: (i) por conta de um apego à racionalidade liberal do Direito Administrativo do século XIX – criado para funcionar como um estudo protetor das liberdades individuais – *a omissão administrativa inconstitucional ainda não é, mesmo atualmente, encarada como uma antijuridicidade tão grave quanto as ações administrativas contrárias ao Direito*; (ii) o sistema judicial de garantias e os institutos administrativos atuais ainda são, majoritariamente, baseados no modelo oitocentista, período em que foram criados para fazer frente às condutas positivas arbitrárias da Administração, e por essa razão *limitam-se, em sua maioria, a proteger somente o sujeito individual e os seus interesses tutelados na forma de direitos subjetivos, sempre pela via jurisdicional, deixando de se preocupar com a construção de mecanismos administrativos voltados à realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais*. Esses são dois problemas que a proposta fulcral desta tese – o reconhecimento de um direito fundamental à tutela administrativa efetiva na Constituição brasileira de 1988 – tem o propósito de enfrentar e, de modo singelo, amenizar.

E como se encontra a fisionomia do Direito Administrativo brasileiro em meio a essa discussão? Para situar as tendências desse ramo jurídico em solo nacional, parte-se aqui das lições expendidas por Fernando Dias Menezes de Almeida em sua tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Administrativo da USP. Com o fito de analisar a formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil, o autor toma como premissa a existência de duas posições políticas identificáveis no pensamento nacional a partir de 1930 (ainda que dotadas de matizes e feições cambiantes conforme cada período histórico): (i) a *liberal*, que prioriza a garantia de “uma esfera livre da interferência estatal, para a plena realização dos direitos fundamentais”; e (ii) a *estatizante*, que sugere a “predominância da interferência estatal para a realização desses mesmos direitos fundamentais”. Salienta, desde a introdução da pesquisa, que após o advento da Constituição de 1988 a corrente *liberal* passa a apresentar-se primordialmente como *subjetivista*, no sentido de preocupar-se de forma preponderante com os *sujeitos* titulares de direitos fundamentais, ao passo que a *estatizante* demonstrou-se expressivamente *publicista*, no sentido de voltar-se à priorização da realização do *interesse público* como objeto principal do Direito Administrativo.<sup>772</sup>

O jurista supracitado empreende uma aprofundada investigação das principais obras gerais de Direito Administrativo publicadas no período pós-1988 e nelas identifica como postura comum a busca por uma *visão finalística ligada a determinados valores*. Ou seja, os temas substanciais que são ressaltados pelos administrativistas desse momento histórico centram-se em valores, os quais por sua vez inspiram os fins a que se destinam o Direito Administrativo e seus institutos. Observa, então, que notadamente a partir do século XXI acentua-se uma divergência entre duas vertentes de pensamento, apoiadas, cada qual, em um eixo valorativo: uma delas, nos

---

<sup>772</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. f. 18-21.

*direitos fundamentais*; a outra, no *interesse público*.<sup>773</sup> Menezes de Almeida assevera que ambas as correntes oferecem uma visão axiológica do Direito Administrativo embasada nas finalidades dessa disciplina jurídica. No entanto, elas descoincidem no que diz respeito ao valor central que cada uma elege para fundamentar o regime jurídico-administrativo.

Relacionando essa constatação com os pressupostos lançados no início de sua tese, o autor aduz que enquanto a primeira tendência, que enfatiza a defesa dos *direitos fundamentais*, orienta-se por uma ideologia *liberal-subjetivista* (na acepção acima explicada), a segunda, que põe em relevo a defesa do *interesse público*, embebe-se em um ideário *estatizante-publicista*. Pontue-se aqui que o administrativista em apreço sublinha tratar-se de uma questão de ênfase, sem que haja o desprezo, por cada uma das correntes, ao valor maiormente prestigiado pela linha de pensamento diversa: “quem sustenta a tese do interesse público não é contra os direitos fundamentais; e quem sustenta a tese dos direitos fundamentais pretende compreender o interesse público sob as lentes da garantia constitucional desses direitos”.<sup>774</sup> Em suas conclusões finais, comparando esse debate com a célebre polêmica entre a Escola do Serviço Público e a Escola da *Puissance Publique* travada na França no início do século XX, Fernando Dias Menezes de Almeida sugere a existência de uma Escola dos Direitos Fundamentais e de uma Escola do Interesse Público como marcos da teoria brasileira do Direito Administrativo.<sup>775</sup>

Tomando como premissa essa explicação, verifica-se que em termos de efetivação dos direitos fundamentais, o Direito Administrativo pátrio tem se valido muito mais da posição política *liberal-subjetivista* da Escola dos Direitos Fundamentais do que do direcionamento *estatizante-publicista* da Escola do Interesse Público. Primeiramente, porque a dogmática jurídica dominante confere destaque à proteção do cidadão contra as *ações* agressivas da Administração – por isso *liberal*. Em segundo lugar, porque em geral se enxerga a materialização desses direitos como uma questão de ordem *subjetiva*, isto é, algo a ser garantido aos indivíduos, sobretudo quando estes titularizam um direito subjetivo de corte tradicional. Reitere-se aqui todo o realce que a doutrina nacional tem emprestado à noção de direito público subjetivo, como estratégia para tentar reforçar a tutela dos direitos fundamentais.<sup>776</sup> O resultado desse posicionamento ideológico tem sido uma judicialização excessiva, como também já se tentou demonstrar nos capítulos precedentes.<sup>777</sup> Com isso, acaba-se deixando de lado o importante aporte *estatizante-publicista* da outra Escola identificada por Fernando Dias Menezes de Almeida, que encara a promoção dos direitos fundamentais sociais como um *interesse público* a ser atingido pela Administração. Sob esse viés, é necessário que haja uma maior intervenção estatal no âmbito das relações sociais para que esses direitos sejam satisfeitos de maneira universalizada, concretizando assim interesses *supraindividuais* – em outras palavras, a perspectiva *objetiva* dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a leitura que se propõe é que as correntes mencionadas não se afiguram excludentes ou dicotômicas, mas sim reciprocamente complementares. Caso se pretendessem contrapostas, ambas se revelariam incompletas ou equivocadas. É preciso fundir essas duas tendências ou superá-las dialeticamente, para admitir que os direitos fundamentais integram o cerne do interesse público, uma vez que sua efetivação de maneira universalizada pode ser considerada como a faceta coletiva dos interesses dos indivíduos, na linha do que há muitos anos

<sup>773</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Idem*, f. 309-310.

<sup>774</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Idem*, f. 326-327; 335.

<sup>775</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Idem*, f. 410.

<sup>776</sup> Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.1.

<sup>777</sup> Ver Parte I, Capítulo 1, item 1.2., subitem 1.2.2. e Parte I, Capítulo 4 (parte introdutória).

vem defendendo Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>778</sup> E isso pode ser levado a efeito pelo reconhecimento da idêntica importância das duas dimensões dos direitos fundamentais: subjetiva e objetiva. É preciso conservar a preocupação da Escola dos Direitos Fundamentais com a realização desses direitos pela via *subjetiva-individual*, mas por outro lado temperá-la com as considerações da Escola do Interesse Público, demonstrando que a realização plena, igualitária e integral dos direitos fundamentais sociais não pode ser promovida pela via judicial individual. A feição objetiva desses mesmos direitos revela-se como *interesse geral*, e demanda uma promoção coletivizada.

A visão ora proposta baseia-se na ideia de que o Direito exibe uma dupla função, composta de um “binômio inseparável”: *proteção e realização*.<sup>779</sup> E o mesmo se passa com o Direito Administrativo. Se de um lado ele tem a finalidade de *proteger como um escudo* determinados bens jurídico-subjetivos contra a ação agressiva da Administração, de outro ele serve como uma *arma que compele a realização*, por essa mesma Administração, de valores tutelados objetivamente pelo Direito positivo. Assim, o Direito Administrativo contemporâneo possui uma dupla finalidade: regular juridicamente o poder político para *contê-lo e discipliná-lo* e, ao mesmo tempo, assegurar a *eficácia e efetividade* da ação administrativa. A atuação do Poder Público deverá ser, portanto, duplamente proporcional: a ela é proibido tanto o *excesso* quanto a *inoperância*.<sup>780</sup>

Seguindo esse eixo metodológico, o item 5.1. se dedicará a esclarecer os fundamentos que levaram o Direito Administrativo a se configurar como um *escudo protetor das liberdades individuais*, arquitetado contra as violações de direitos fundamentais praticadas pelas ações estatais, realçando o perfil liberal-individualista-subjetivista do sistema de garantias sedimentado no século XIX. Por sua vez, o item 5.2. será dirigido à demonstração de que o Direito Administrativo contemporâneo deve manifestar-se como uma *arma propulsora das ações administrativas sociais*, em razão das imposições de agir que são endereçadas ao Estado pelas normas constitucionais, dispensando maiores atenções aos problemas da omissão administrativa antijurídica e da implementação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

### **5.1. Administração contida pelas amarras da lei: o Direito Administrativo como escudo protetor das liberdades individuais**

O propósito deste tópico consiste em investigar as razões pelas quais o Direito Administrativo se construiu em torno da preocupação com a *ação* administrativa lesiva à dimensão *subjetiva* de posições jusfundamentais *individuais*, e não com a *omissão* da Administração em realizar a perspectiva *objetiva* dos direitos fundamentais (pretensão jurídica que se reveste de natureza *transindividual*).

<sup>778</sup> A interpretação feita na presente tese é a de que essa posição é, na realidade, a adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Ainda que o autor imprima uma importância transcendental ao tema do interesse público para o Direito Administrativo, o que poderia fazer supor que ele se filiaria à “Escola do Interesse Público”, ao versar sobre essa temática o jurista outorga uma relevância igualmente superlativa à noção de direito público subjetivo e aos interesses individuais juridicamente protegidos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 59-70.

<sup>779</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España**. Madrid: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2012. p. 55.

<sup>780</sup> SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons/INAP, 2003. p. 26.



Esse segmento do Direito Público, no desenrolar do século XIX, foi originariamente estruturado à luz de uma concepção de Administração Pública peculiar ao modelo liberal do Estado de Direito, em que *a lei constitui um limite – e não um fundamento impositivo – à atividade administrativa*. A submissão estatal à estrita legalidade consistiu em um mecanismo pensado para tutelar o cidadão contra intervenções indesejadas em sua órbita jurídica, salvaguardando-se dessa forma seus direitos à propriedade e às liberdades individuais. As técnicas de controle judicial foram arquitetadas com o escopo de decretar a nulidade das atuações positivas contrárias à lei em sentido formal, de modo que a jurisdição restringia-se à função de revisar atos administrativos que afetassem diretamente os interesses juridicamente protegidos de um sujeito determinado. Somente este, titular de um interesse direto na invalidação do ato por ter sido atingido em seus direitos individuais, teria legitimação processual ativa para impugná-lo judicialmente. Por conta disso, é possível asseverar que se encarava nesse período o *Direito Administrativo como escudo protetor das liberdades individuais*.

Essa feição defensiva do Direito Administrativo é externada com absoluta precisão por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao pontuar que a disciplina jurídica em questão se trata de “um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão*”. E prossegue, assinalando que o Direito Administrativo é aquele “*que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder*”.<sup>781</sup>

De fato, tal função caracteriza a essência do sistema jurídico administrativo, que gravou a sua primeira conformação no liberalismo oitocentista e o acompanha até a atualidade, já que os indivíduos continuam sujeitos a sofrer práticas arbitrárias da Administração e por isso necessitam ter à sua disposição instrumentos jurídicos protetivos. Todavia, a edificação de um Direito Administrativo realizada exclusivamente sobre essas bases já não é mais capaz de dar conta de todas as exigências da sociedade contemporânea, suscitadas com o advento do Estado Social e Democrático de Direito. Assim, o que se pretende evidenciar neste apartado são os motivos pelos quais tais características foram tão fortemente incorporadas a esse Direito no Estado Liberal a ponto de dificultarem algumas transformações necessárias na dogmática jurídico-administrativa hodierna.

Primeiramente (5.1.1.), será indicado o perfil adotado pelos direitos fundamentais nesse período (de barreiras erigidas contra ação administrativa invasiva) e a função assumida pela lei no referido contexto (de contenção da Administração). Em seguida (5.1.2.), a intenção será apontar as causas pelas quais a configuração inicial do Direito Administrativo e de seu sistema jurisdicional de garantias conduziu à formação de um modelo liberal-subjetivista-individualista, ocupado quase que unicamente com a dimensão subjetiva da função defensiva dos direitos fundamentais, deixando de lado a preocupação com a implementação da vertente objetiva e da função prestacional de tais direitos.

---

<sup>781</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47-48. (grifos no original)

### 5.1.1. A ação administrativa como violação aos direitos fundamentais e o efeito limitador da lei liberal

A perquirição acerca do significado dos direitos fundamentais no momento de sua formulação primeira pressupõe uma breve incursão nas bases filosóficas e teóricas do constitucionalismo moderno, o qual, por sua vez, só pode ser entendido mediante a apreciação das condições históricas presentes no final do século XVIII.<sup>782</sup> Esse período ficou marcado por revoluções que derrubaram o poder tradicional de um Estado que se pretendia absolutista para erigir um novo, orientado pela contenção do poder estatal por meio da sua submissão à ordem jurídica. Tais manifestações tiveram como resultado a promulgação das Constituições modernas, que se tornaram instrumentos de afirmação do Estado de Direito, possibilitando a emergência da concepção contemporânea de Direito Público.

Os movimentos constitucionalistas ocorridos na modernidade marcaram uma significativa ruptura – ao menos no plano institucional – com o modelo de Estado próprio do Antigo Regime, no qual o exercício do poder político se manifestava de forma arbitrária pelo soberano, que não se submetia ao ordenamento jurídico central. Nas Monarquias ditas “absolutistas”, o Rei criava as normas jurídicas dirigidas somente aos súditos e se situava num patamar acima do Direito oficial, como bem se depreende de um velho brocardo do Direito Público francês: “todos estão obrigados em algo ao Rei, mas o Rei não está obrigado nunca com ninguém”.<sup>783</sup> Diante dessa insubmissão ao Direito por ele ditado e da consequente escassez de limitações no âmbito da sua atuação, os atos do Rei não podiam ter sua validade questionada perante um tribunal, eis que eram insuscetíveis de controle externo.<sup>784</sup>

Não se pode deixar de registrar, no tocante a esse aspecto, que a historiografia crítica contemporânea tem matizado fortemente a afirmação de que os monarcas do Antigo Regime, em Estados como França e Portugal, possuíam de fato poderes ilimitados. A defesa de tal ideia advém de uma perspectiva da historiografia clássica do século XIX, presa a um paradigma “estadualista”<sup>785</sup> que se pauta exclusivamente na centralidade do poder, desprezando suas capilaridades e ramificações. Ou seja: ignora-se a existência de poder em outros corpos descentralizados que se situavam para além do poder do monarca. As pesquisas históricas mais recentes atestam que o soberano “absoluto” tinha o seu poder restringido por uma série de estruturas normativas e institucionais, direitos e privilégios de corpos e cidades independentes que o afrontavam e o arrefeciam.<sup>786</sup> A Coroa detinha a *superioridade* do poder, mas não o

<sup>782</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006. p. 45.

<sup>783</sup> No original: “*Chacun tient du Roy, le Roy ne tient de personne*”. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 101.

<sup>784</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. II-4.

<sup>785</sup> Termo cunhado por António Manuel Hespanha. Sobre o tema, ver: HESPANHA, António Manuel. Para uma teoria da história institucional do antigo regime. In: \_\_\_\_\_. **Poder e instituições na Europa do antigo regime**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1984. p. 9-89.

<sup>786</sup> Nesse sentido, as lições de Pietro Costa: “Longe de dispor de um poder absoluto, o soberano ‘absolutista’ pode contar com um poder muito limitado, sendo obrigado a levar em consideração as estruturas normativas, as estruturas institucionais, os *iura et privilegia* [direitos e privilégios] de corpos e cidades ainda largamente independentes que o enfrentam, o condicionam, o vinculam. Poderíamos afirmar, em uma frase só aparentemente provocatória, que o Estado ‘absoluto’ é o mais bem sucedido Estado de Direito: um Estado, exatamente, pelo direito (e pelos direitos), titular de uma soberania que, longe de criar com sua potência legiferante uma ordem integralmente dependente dela, “encontra” uma ordem já constituída, defronta-se com direitos e privilégios que florescem à sua sombra e sofre os inevitáveis condicionamentos de um e de outros”. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica.

monopolizava com total *exclusividade*, haja vista a existência de corpos políticos periféricos.<sup>787</sup> Portanto, o que se verifica nesse período é um processo lento de ampliação e concentração do poder central, mas que não afasta de imediato a presença de focos capilarizados de poder político descentralizado.<sup>788</sup>

Ainda assim, no tocante ao Direito produzido oficialmente pelo próprio Estado, falava-se apenas da autoridade do poder do Rei e da obediência e veneração dos súditos, inexistindo, a partir desse viés, direitos individuais oponíveis contra o soberano.<sup>789</sup> Na sua relação com os particulares, o Estado exercia um amplíssimo poder de polícia, que encontrava nas normas por ele instituídas uma autorização para impor quaisquer obrigações ou limitações às esferas jurídicas individuais. Essa ausência de previsão, no sistema jurídico central, de fronteiras ao agir estatal justificava ainda a irresponsabilidade jurídica do soberano, isto é, não se aceitava a ideia de que o Estado estivesse obrigado a reparar os prejuízos que causasse aos indivíduos, pois vigia no plano das mentalidades a crença de que o Rei era incapaz de causar danos (“*le roi ne peut mal faire*”).<sup>790</sup> Outra característica fundamental dessa configuração estatal reside na centralização dos poderes do Estado nas mãos do soberano, competindo-lhe de forma exclusiva a elaboração oficial das leis, a resolução das controvérsias jurídicas e a administração das atividades públicas. O exercício dos poderes pelos funcionários explicava-se apenas em função da delegação do soberano, que era quem realmente os titularizava.

Impende notar, contudo, a efervescência das condições necessárias à sedimentação do moderno Estado de Direito presentes já no período do “absolutismo”. Segundo Pietro Costa, já entre os séculos XVII e XVIII inicia-se a formação de “uma nova visão do sujeito, dos direitos, da soberania, desenvolve-se um ‘discurso da cidadania’ que acaba por constituir a condição de surgimento, o terreno de formação da expressão Estado de Direito”. Para o autor, é o processo de redefinição do “léxico político-jurídico” desenvolvido na Europa entre os séculos XVII e XVIII que possibilita compreender a solução que a noção de Estado de Direito confere à problemática da relação entre poder e direito.<sup>791</sup>

Esse fenômeno de mudança na vida política, que já se podia entrever nos séculos anteriores, acelera-se no final do século XVIII com o nascimento do constitucionalismo nos Estados europeus e com a eclosão da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, passando a afetar ainda mais a relação do Estado com os indivíduos,<sup>792</sup> que começa a ser reorientada. A sociedade burguesa depara-se com um problema de construção: de um lado, tinha de proporcionar ao Estado o monopólio do uso legítimo da violência; de outro, precisava impedi-lo de empregar esse poder contra a autonomia dos

In: \_\_\_\_\_; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102.

<sup>787</sup> HESPANHA, António Manuel. **Às vésperas do Leviathan: instituições e poder político**. Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994. p. 28.

<sup>788</sup> ARAÚJO, Danielle Regina Wobeto de. **A Almotacaria e o Direito na Vila de Curitiba (1737-1828)**. Curitiba, 2011. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 35, nota nº 61.

<sup>789</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos...** *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>790</sup> Sobre o tema, explica Romeu Felipe Bacellar Filho: “A teoria da irresponsabilidade do Estado teve sua formação com o crescimento dos Estados Absolutos e consagrou-se, fundamentalmente, com a afirmação da idéia de soberania. Ao soberano cabia o exercício da tutela de direitos, o que levava ao contra-senso da afirmação de que em razão de tal fato não poderia o Rei agir contrário a esta tutela”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 293.

<sup>791</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: \_\_\_\_\_; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102-103.

<sup>792</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo...** *Op. Cit.*, p. II-2.

indivíduos. E é a Constituição moderna que traduz a solução adequada a esse impasse, pois representava a regulação jurídica do poder estatal.<sup>793</sup> Com o sentido moderno de Constituição, como instrumento de instauração de um modelo estatal que se subordina ao sistema normativo, autoriza-se e legitima-se o poder político do Estado, estabelecendo restrições ao seu exercício mediante a imposição de amarras jurídicas. O valor que está por trás desse paradigma é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos.<sup>794</sup>

É nessa medida que o Estado de Direito pode ser identificado como “um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos”, de modo que a sua razão de ser “é precisamente a de influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo, a favor do sujeito, alguma limitação (‘jurídica’) do poder soberano”.<sup>795</sup> Com isso, a articulação política do cidadão com o poder deixa de ser uma relação de sujeição ou subordinação pessoal,<sup>796</sup> o que significa o abandono, ao menos no aspecto de princípio fundante do sistema político, do absolutismo no exercício do poder estatal, possibilitando o reconhecimento da existência de direitos humanos, civis e políticos dos indivíduos frente ao poder.<sup>797</sup>

A origem do constitucionalismo moderno como uma ruptura revolucionária promovida pelo liberalismo burguês em prol da instalação de um Estado de Direito, em que pese a conjugação das primordiais influências inglesa e norte-americana, encontra sua expressão máxima na Revolução Francesa de 1789,<sup>798</sup> consoante as lições de Maurizio Fioravanti,<sup>799</sup> Dieter Grimm,<sup>800</sup> Horst Dippel<sup>801</sup> e Pietro Costa.<sup>802</sup> Nesse paradigmático movimento opera-se a difusão dos ideais burgueses de assegurar a liberdade em suas diversas manifestações, impedindo a ingerência da Administração Pública na esfera jurídica individual dos particulares, como forma de garantir a autonomia privada e a plena liberdade econômica através da tomada do poder político.

Para tanto, a burguesia francesa lançou mão das teorizações iluministas, aproveitando as lições de exponenciais pensadores – como Rousseau e Montesquieu – e adaptando-as ao sabor de seus interesses, elaborando princípios filosóficos próprios que sustentavam a sua ideologia.<sup>803</sup> Mas, para além disso, a classe burguesa generalizou esses princípios como ideais comuns a todos

<sup>793</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>794</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999. p. 21.

<sup>795</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito... *Op. Cit.*, p. 96-97.

<sup>796</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos...** *Op. Cit.*, p. 111.

<sup>797</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo...** *Op. Cit.*, p. II-7.

<sup>798</sup> De acordo com Emerson Gabardo, “a Revolução Francesa foi um importantíssimo marco real e simbólico cujas conseqüências liberais são insofismáveis (...). A influência deste movimento reverberou para o mundo contemporâneo de forma muito mais intensa que a Revolução Americana ou Gloriosa no sentido de disseminar idéias universais de liberdade que requeriam, inclusive, uma inovadora forma de administração pública (cuja implantação havia sido tentada por Turgot), mas fora fracassada pela resistência conservadora – um tiro no pé da própria monarquia”. GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 256.

<sup>799</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales:** apuntes de historia de las constituciones. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 36.

<sup>800</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>801</sup> Para Dippel, “a história do constitucionalismo moderno francês foi também marcada por muitas sublevações e rupturas, o que fez com que o constitucionalismo francês e, conjuntamente, todo o constitucionalismo europeu, fossem tão diferentes do seu equivalente americano”. DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno:** novas perspectivas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 17.

<sup>802</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito... *Op. Cit.*, p. 107.

<sup>803</sup> VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 198.

os elementos da sociedade, como se fossem consensualmente compartilhados de maneira a corresponder às mais diversas intenções dos segmentos sociais, simplificando a sociedade e “fazendo da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes”.<sup>804</sup> Entretanto, quando assume o controle do poder político essa mesma burguesia olvida-se da universalidade daqueles princípios, não os aplicando na prática e defendendo-os apenas de maneira formal.

Nessa conjuntura é possível notar que, ao final do século XVIII, a proteção das liberdades individuais mediante deveres de abstenção da Administração Pública representava a principal demanda da classe social dominante na França pós-revolucionária. Foi justamente esse anseio pela defesa de um espaço de autonomia individual, infenso às investidas arbitrárias do Estado tão frequentes no *Ancien Régime*, que implicou a formação de um conjunto de regras jurídicas dirigidas à Administração caracterizado pela preocupação com os limites à atuação estatal agressiva. É este complexo normativo que, após um período de amadurecimento no decorrer do século XIX, veio a ser chamado de Direito Administrativo.

As peculiaridades históricas acima expostas bem explicam as razões pelas quais os direitos fundamentais concebidos no constitucionalismo moderno eram tidos como limites impostos ao poder político, que traçavam uma esfera de livre determinação dos sujeitos individuais resguardada contra invasões do Poder Público. Essa configuração era, como não poderia deixar de ser, uma repercussão direta dos princípios que guiavam o Estado Liberal de Direito.<sup>805</sup> Formou-se assim uma “mentalidade jurídico-política que concebia a Administração como um instrumento de agressão, como um aparato perigoso, que quando está imóvel é inofensivo, e quando atua – e só quando atua – vai ocasionando danos nas esferas privadas dos indivíduos”.<sup>806</sup> Não se enxergava a Administração Pública como um conjunto de instituições das quais os cidadãos dependem inteiramente para sobreviver e existir dignamente, tal como ocorre nos dias atuais.

Os direitos e liberdades fundamentais protegidos sob a égide do liberalismo oitocentista eram considerados em uma acepção formal, que se baseava em um sujeito abstrato e desprezava suas condições socioeconômicas, reputando-as irrelevantes no tocante à necessidade de concessão de um tratamento diferenciado. Eram inspirados por uma concepção também formal da igualdade, pressupondo que a lei não poderia diferenciar os indivíduos para o fim de atribuição de direitos e vantagens distintos. Afiguravam-se, além disso, como direitos que se opunham ao Poder Público, verdadeiras barreiras à atuação administrativa interventiva, e não como posições jurídicas exigentes de um agir positivo do Estado.<sup>807</sup>

Isso não significou, logicamente, uma eliminação de toda e qualquer ação administrativa restritiva dos direitos do cidadão, mas sim sua adequação a determinados parâmetros e mecanismos de controle jurídico do exercício do poder político, cuja criação se justificou exatamente com o objetivo de salvaguardar a propriedade e as liberdades individuais. Os contornos de tais ferramentas são marcados por essa nota comum – a limitação do atuar agressivo do Estado – que repercutiu nos traços jurídicos impressos nos diversos institutos do

<sup>804</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42-43.

<sup>805</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo Constitucional. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXV, nº 293, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-22, feb. 2003. p. 16.

<sup>806</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962. p. 76.

<sup>807</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho. **Revista de Administración Pública**, nº 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 149-158, ene./abr. 1990. p. 150.

Direito Administrativo elaborados no século XIX, como é o caso do processo judicial movido contra o Poder Público. Nesse campo, conforme se verá mais adiante (5.1.2.), sedimenta-se a ideia de que o único fim da jurisdição administrativa é proteger os direitos individuais contra *ações* estatais, pois se considerava que “se a Administração não atua, mal se pode saber de antemão se houve violação, ou não, de tais direitos”.<sup>808</sup> Destarte, a jurisdição administrativa nesse momento funcionava para proteger o indivíduo contra as *agressões da Administração* e revisar os seus atos, o que acabava por deixar o cidadão indefeso contra as *omissões ilegais* do Poder Público,<sup>809</sup> problema que só veio à tona com maior vigor no século XX, com a consolidação do Estado Social de Direito.

Os dois artifícios jurídico-formais utilizados para garantir a defesa dos direitos fundamentais contra a ação administrativa arbitrária foram os princípios da *legalidade administrativa* e da *separação de poderes*, que constituíram, nos dizeres de Fernando Dias Menezes de Almeida, “os pilares da visão liberal”.<sup>810</sup> A supervalorização dessas duas fórmulas ocorreu de forma tão significativa que acabou levando à sua dogmatização, gerando sérias dificuldades de adaptá-las futuramente a novos paradigmas de Estado que foram se formando no século XX, fundados em premissas muito distintas daquelas que renderam ensejo à concepção liberal de superioridade da lei e de divisão de poderes.<sup>811</sup>

Em relação ao princípio da *legalidade*, sua afirmação no cenário liberal significava que a lei formal emanada do Parlamento era a única espécie normativa dotada de força jurídica, ideia que conduziu à redução do Direito à letra da lei.<sup>812</sup> Como consequência de uma interpretação dos pensamentos de Rousseau e Montesquieu parcialmente distorcidas e adequadas às necessidades dos revolucionários burgueses,<sup>813</sup> somada à emergência do positivismo jurídico da Escola da Exegese francesa,<sup>814</sup> o *legicentrismo* imperou no Direito do século XIX na Europa continental.<sup>815</sup> A lei, concebida como expressão da vontade geral do povo, converteu-se na única fonte válida de legitimidade jurídica.<sup>816</sup> Nos termos rousseauianos, a soberania popular se manifestaria através

<sup>808</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 11-64, 1986. p. 28. O trecho entre aspas não traduz uma ideia de Nieto: nele o autor está explicando o dogma recebido do Direito Administrativo liberal, do qual ele discorda frontalmente em seu texto.

<sup>809</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962. p. 75-76

<sup>810</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. f. 59.

<sup>811</sup> HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 46, Belo Horizonte, Fórum, p. 199-219, out./dez. 2011. p. 215.

<sup>812</sup> Tal característica é enfatizada por Ricardo Marcelo Fonseca: “Só a lei seria fonte de poder e só a lei poderia legitimamente determinar o que os cidadãos não podem fazer e aquilo que devem fazer. (...) O poder só pode vir encartado pela embalagem da lei: afinal, a lei, segundo o típico racionalismo iluminista, é expressão da vontade do soberano (mais tarde se dirá: da vontade do povo) e, assim, é dotada de um conteúdo intrínseco de racionalidade que legitima o exercício de poder”. FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 259.

<sup>813</sup> VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 198.

<sup>814</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 88.

<sup>815</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 62.

<sup>816</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 109; 130.

do Poder Legislativo, pois se todos os indivíduos fossem autores das leis que iriam disciplinar suas relações, obedecendo aos procedimentos formais previstos para sua elaboração, ninguém criaria uma regra injusta para si mesmo, nem atentatória contra sua liberdade.<sup>817</sup>

Com apoio nesse postulado, o positivismo jurídico se encarregou de reduzir as ideias de Direito e justiça à lei em sentido formal.<sup>818</sup> A análise da validade jurídica dos diplomas legais dependia unicamente do respeito à formalidade dos ritos estabelecidos para sua criação, independentemente de seu teor valorativo material. Com efeito, parte do século XIX se caracterizou por uma definição estritamente formal do Estado de Direito, alicerçada na autoridade do Estado e na fixação dos limites de sua atividade e do círculo de liberdade dos cidadãos conforme o ordenamento jurídico. Esse modelo estatal, visto sob tal enfoque, poderia resumir-se em uma fórmula vazia de conteúdo axiológico e substantivo desde o ponto de vista político-constitucional, sem qualquer orientação direcionando seus fins e suas ações, uma vez observadas as formalidades do processo de criação da lei.<sup>819</sup>

Como o Direito se circunscrevia ao que a lei determinava, o papel das Constituições nessa conjuntura era essencialmente político e desprovido de eficácia jurídico-imperativa. Suas disposições expressavam diretrizes carentes de normatividade e subjugadas ao império da lei, fonte por excelência do Direito em um Estado que mais do que “legislativo” poderia ser qualificado como “legalista”. Até meados do século XX, as Constituições europeias se dirigiam em especial ao Poder Legislativo e seus enunciados não eram reconhecidos como normas jurídicas.<sup>820</sup> Por conta dessa negativa de normatividade, a Constituição e a teoria da separação dos poderes conviviam sem maiores conflitos, vez que as previsões constitucionais possuíam em geral um cunho organizatório ou jurídico-processual.<sup>821</sup> Ainda que proclamassem direitos fundamentais, para que estes pudessem ser invocados exigia-se que estivessem regulamentados em legislação integrativa, o que significa que a origem de sua eficácia jurídica encontrava-se na lei e não na Constituição.<sup>822</sup> No que tange à atividade da Administração Pública, muito embora as Constituições oitocentistas instituíssem os traços das funções político-governamentais, legislativas e jurisdicionais do Estado, a disciplina jurídica da função administrativa era deixada aos cuidados do legislador infraconstitucional, responsável por traçar seu regime jurídico e especificar os contornos de suas ações.<sup>823</sup>

<sup>817</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 91.

<sup>818</sup> Como sublinha Zagrebelsky, “do mesmo modo que os direitos eram o que a lei reconhecia como tais, a justiça era o que a lei definia como tal”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999. p. 96.

<sup>819</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22-23.

<sup>820</sup> O modelo constitucional norte-americano, por sua vez, já apresentava desde o século XIX a Constituição como norma jurídica suprema. Sobre as distinções entre o sistema de justiça constitucional acolhido na Europa no século XX e o sistema do *judicial review* norte-americano, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985. p. 56-60 e TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 49-56. Ver, ademais, CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, especialmente p. 65-100.

<sup>821</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 167.

<sup>822</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 9-10.

<sup>823</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 60.

A consequência imediata dessa maneira reducionista e legalista de compreender o Direito, refletida no Direito Administrativo, foi a ascensão do *princípio da legalidade administrativa em sentido estrito*, com a consequente proibição de atuação da Administração nos campos onde não houvesse específica autorização legislativa. Essa limitação do agir administrativo se explicava pelo desejo de segurança jurídica e estabilidade das relações travadas entre os particulares.<sup>824</sup> As ações estatais restritivas dos direitos e liberdades dos cidadãos, mediante o manejo de suas prerrogativas e potestades, deveriam encontrar fundamento na lei formal, pois somente razões de interesse geral – plasmado nas normas produzidas pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo – poderiam justificar uma intromissão nas esferas jurídicas individuais.<sup>825</sup> Ainda que na prática muitas teorias tenham sido criadas jurisprudencialmente à margem de previsões legais específicas,<sup>826</sup> a fundamentação teórica da delimitação jurídica das condutas administrativas se baseava nesse discurso.

De outra parte, a sobredita racionalidade impedia ao particular a invocação de outros direitos não garantidos explicitamente na lei formal. Uma vez que a Administração observasse os procedimentos formais legalmente previstos, estava permitida a utilização de seus poderes especiais, independentemente de considerar-se substantivamente justo ou não o seu conteúdo. Como o Direito se resumia à lei, não podia o cidadão, no marco de um processo administrativo, opor ao Estado direitos não assegurados no texto legal, pois a validade da atuação do Poder Público era estimada a partir do seu alinhamento formal com os trâmites legalmente fixados.

Para assegurar que a Administração não iria desviar sua atuação do caminho que a lei lhe traçava, era necessário estruturar uma garantia eficaz que fosse capaz de reconduzi-la ao terreno da legalidade.<sup>827</sup> É nesse ponto que se enquadra o controle jurisdicional da atividade administrativa, pensado de acordo com a lógica do *princípio da separação de poderes*. Por outro lado, em razão desse mesmo princípio – que preconizava uma autonomia da Administração frente à jurisdição – construíram-se paralelamente as teorias dos atributos de ato administrativo, como a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, conferindo-se à Administração ditas prerrogativas especiais para tornar prontamente exigível o cumprimento de suas determinações “sem que resulte necessário acudir ao auxílio do Poder Judiciário empregando para tanto o procedimento de execução coativa”.<sup>828</sup>

Por conta da influência de uma concepção rígida de *separação de poderes* surgida na França pós-revolucionária, na jurisdição da Europa continental de fins do século XIX os juízes encontravam-se proibidos de exercer um papel ativo no processo, especialmente nos de natureza contencioso-administrativa. Para preservar a liberdade do indivíduo, vedava-se à jurisdição a

<sup>824</sup> MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 204.

<sup>825</sup> Nesse sentido, ressalta Alfonso Buteler que “nesta etapa o Estado intervém sempre e quando respeite a esfera protetiva dos direitos – basicamente, os patrimoniais – criada pela lei. É dizer, assume uma atitude predominantemente abstencionista e negativa em relação à sociedade”. BUTELER, Alfonso. A intervenção estatal na economia e o direito ao meio ambiente. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 49, Belo Horizonte, Fórum, p. 109-120, jul./set. 2012. p. 110.

<sup>826</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida enfatiza, nessa linha, que “o Direito Administrativo francês é, em grande medida – no tocante à sua teoria, aos seus princípios e ao conteúdo de seus institutos – desenvolvido a partir da atuação do Conselho de Estado; é sobretudo um Direito de criação jurisprudencial”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 38.

<sup>827</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional – uma mudança de paradigma?** Trad. Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 8.

<sup>828</sup> BUTELER, Alfonso. **El amparo contra actos administrativos**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012. p. 169.



interpretação da lei.<sup>829</sup> A submissão dos magistrados ao Poder Legislativo restringiu a atividade jurisdicional à mera reprodução literal das palavras da lei,<sup>830</sup> reduzindo a função do juiz à aplicação estrita da norma criada pelo Parlamento,<sup>831</sup> em uma tentativa de impedi-lo de desvirtuar o seu conteúdo. Todo esse legado, ao estender-se para o século XX, acarretou uma postura receosa quanto à efetivação dos direitos fundamentais pela jurisdição, particularmente nos casos em que estes reclamavam prestações estatais positivas para sua realização. Por muito tempo manteve-se a ideia de que no momento em que o juiz condenasse o administrador a atuar de determinada maneira, estaria invadindo o âmbito de competência do Poder Executivo e afrontando o princípio de separação de poderes.

Ao fim e ao cabo, o que competia à jurisdição era – quando provocada – verificar se a Administração observou ou não a lei, desde que a ação administrativa tivesse ofendido um direito subjetivo ou, pelo menos, um interesse legítimo de um cidadão determinado. Logo, a preocupação era garantir a *contenção do poder*, evitando a agressão da área de não-intervenção demarcada pela legislação, com vistas à tutela da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais de liberdade. Essa configuração do controle jurisdicional atende às necessidades de um Estado Liberal, primordialmente abstencionista, próprio de uma realidade em que as relações sociais e econômicas são assuntos a serem tratados pela iniciativa privada e pelo mercado, e cujo desenvolvimento depende apenas da proteção contra as intervenções estatais. Para servir a esse objetivo, era mais do que suficiente um sistema de justiça que se limitasse a proteger os direitos subjetivos (e interesses legítimos) dos sujeitos privados individuais lesionados por uma conduta comissiva da Administração que desrespeitasse os limites legalmente fixados à sua atuação.<sup>832</sup>

Uma vez observadas as feições que peculiarizavam os direitos fundamentais no liberalismo oitocentista e o conseqüente receio contra a *ação* da Administração Pública que pudesse violá-los, bem como a função limitadora que a lei ostentava para proporcionar essa proteção individual, cumpre verificar os impactos que tais concepções geraram sobre a construção do Direito Administrativo e de seu sistema jurisdicional de garantias.

### *5.1.2. O Direito Administrativo construído sob a égide de um sistema jurisdicional de garantias de caráter liberal-subjetivista-individualista*

O Direito Administrativo deita suas raízes no ambiente liberal do século XIX. A razão de ser de sua criação justifica-se a partir das necessidades surgidas nesse momento histórico. Se desde a óptica do constitucionalismo oitocentista a lei teria como função limitar a atuação da Administração invasiva às liberdades individuais, protegendo assim os direitos fundamentais dos cidadãos, o Direito Administrativo nasce como resposta instrumentalizadora desse propósito. Enquanto Direito positivo, ele emergiu originariamente como um conjunto de normas legais que visavam a disciplinar os campos de atuação autorizada do Estado-Administração, isto é, regular as condutas administrativas positivas (ato, contrato, procedimento, regulamento, etc.), fixando-lhes o alcance e os limites. Enquanto ciência do Direito, ele foi inicialmente forjado com o

<sup>829</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 414.

<sup>830</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985. p. 23.

<sup>831</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Montesquieu abandonne? Développement et légitimité de la “justice constitutionnelle”. In: \_\_\_\_\_. **Le Pouvoir des Juges**. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé. Paris: Ed. Economica, 1990. p. 260.

<sup>832</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La Administración y la Ley. **Revista de Administración Pública**, nº 6, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 125-142, sep./dic. 1951. p. 127-128.

objetivo de teorizar sobre os institutos administrativos criados pelo Direito positivo e demarcar os espaços de ação legítima da Administração Pública, em especial nas lacunas que eram deixadas pela legislação nas matérias que reclamavam, mesmo à falta de lei formal autorizativa, uma ingerência mais enérgica do Estado nas esferas jurídicas individuais.

Portanto, é natural que o Direito Administrativo tenha sido edificado com vistas à *ação administrativa*, pois esta era o principal foco de preocupação em um panorama marcadamente liberal. Os comportamentos *comissivos* eram os que representavam uma ameaça aos direitos fundamentais, e não os *omissivos*. Daí porque ter sido tão essencial no oitocentismo que esse ramo jurídico dirigisse suas atenções à configuração dos instrumentos e vias técnico-jurídicas de *ação* administrativa, para impor restrições ao seu manejo desmedido por parte do Estado.

Frente a tais exigências formou-se, então, o Direito Administrativo comumente chamado de “clássico” ou “tradicional”, o qual foi fruto da convergência de distintos elementos forjados por uma sociedade burguesa, liberal e individualista. Entre outros, destacam-se: (i) um elemento político, que consiste na atribuição de um papel neutro ao Estado, autorizado a intervir apenas para garantir a ordem e a harmonia entre as distintas liberdades individuais; (ii) um elemento constitucional, formado pelos dogmas da separação dos poderes e da superioridade da lei, bem como por um sistema jurisdicional de defesa dos direitos individuais; (iii) um elemento técnico-jurídico, alicerçado em um rígido positivismo que reduz o Direito à letra da lei<sup>833</sup> e subordina a atuação dos tribunais à sua interpretação literal, da qual não podem se desprender.<sup>834</sup>

A disciplina jurídica em discussão vai se moldando, no decorrer do século XIX, por um processo marcado pela preocupação crescente com os direitos e interesses individuais que pudessem ser afetados pela ação administrativa. Essa tendência se deu por uma forte atuação burguesa que ansiava ampliar cada vez mais a garantia de um espaço livre de intervenções estatais, e que encontrou nos tribunais um meio extraordinário de defesa da propriedade e das liberdades. Com isso, o centro gravitacional do Direito Administrativo – que em suas origens mais remotas situava-se nos interesses coletivos – passa a deslocar-se para a proteção jurisdicional dos direitos e interesses individuais, conferindo a estes últimos as melhores garantias processuais e se debruçando sobre temas de forte interesse burguês, como a contratação, a desapropriação e os funcionários públicos. O fenômeno em questão é destacado por Alejandro Nieto, segundo o qual “a ideologia liberal encontrou no Direito administrativo um de seus últimos redutos e foram os administrativistas aqueles que melhor souberam afinar as técnicas de paralisação do Estado, por mais paradoxal que pareça”.<sup>835</sup> Em outro estudo, o autor constata que, em sua feição tradicional, esse capítulo do saber jurídico é “pura e simplesmente um Direito burguês, liberal e moderado, produto genuíno da burguesia de sua época”.<sup>836</sup>

Em que pese a influência dessa carga ideológica, desde a sua concepção embrionária o Direito Administrativo carrega em seu cerne uma acentuada aporia: se de um lado lhe incumbe instituir um complexo de *garantias* jurídicas ao cidadão em face da Administração, de outro também é ele que fornece o subsídio para legitimar juridicamente a outorga de *prerrogativas*

<sup>833</sup> Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, “a identificação do direito com a lei acabou por dar lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica, assim denominada de positivismo. ‘A lei contém todo o direito’ é a expressão máxima dessa concepção”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

<sup>834</sup> NIETO, Alejandro. **Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo**. Madrid: INAP, 1986. p. 146.

<sup>835</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. **Revista de Administración Pública**, nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975. p. 20-22.

<sup>836</sup> NIETO, Alejandro. **Estudios históricos sobre administración...** *Op. Cit.*, p. 146.

administrativas.<sup>837</sup> Seu maior desafio é manter esse equilíbrio, que encontra na noção de interesse público seu eixo unificador.<sup>838</sup> É este último – o interesse da coletividade – que impõe a previsão, pelo Direito, de um plexo de *sujeições* que mantenham o administrador atado aos anseios sociais traduzidos em normas jurídicas, ao mesmo tempo em que reclama a concessão jurídica de *poderes* especiais ao Poder Público para conseguir harmonizar os interesses conflitantes dos particulares (sempre dentro dos limites emoldurados pelo sistema normativo).<sup>839</sup>

Por conta desse fator, é preciso observar que, de fato, a construção teórica do Direito Administrativo liberal, calcada no receio de que o Poder Público desviasse o seu comportamento do ordenamento jurídico (e afetasse com isso as liberdades individuais), pautou-se em alguns dogmas, como é o caso do princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração só poderia agir quando explicitamente autorizada pela lei. Entretanto, as regras legais expressamente positivadas nem sempre davam a resposta sobre como deveria dar-se o proceder administrativo. Conforme constata Fernando Dias Menezes de Almeida ao analisar a formação do Direito Administrativo francês, “o legislador, de início, é tímido em produzir leis disciplinando os institutos e o regime da ação da Administração, o que resta a cargo da jurisdição administrativa”.<sup>840</sup> E é por isso que, diante de vazios normativos, tais dogmas foram relativizados pela criação jurisprudencial de *prerrogativas* e *privilégios*, operativos mesmo que não estivessem legislativamente previstos, como forma de tornar possível a atuação administrativa.<sup>841</sup>

Impõe-se, dessa forma, realizar algumas mediações em relação à afirmação de que o Direito Administrativo clássico erigiu-se unicamente em torno da salvaguarda dos direitos individuais, limitando-se a levantar barreiras contra a ação administrativa invasiva. Mesmo os Estados de Direito de cunho liberal do século XIX admitiam determinadas espécies de intervenções administrativas, inclusive fazendo prevalecer o interesse público sobre os interesses exclusivamente pessoais dos indivíduos. Na França, dois exemplos demonstram a afirmação. Um deles é a desapropriação, situação em que o direito subjetivo de propriedade do cidadão era sacrificado para atender à utilidade pública declarada pela Administração. Outro é a prerrogativa de alteração unilateral dos contratos administrativos, que suscitava alterações nos serviços a serem prestados pelo contratado em detrimento do que havia sido acordado inicialmente, com vistas a satisfazer as necessidades supervenientes do interesse público.<sup>842</sup> A primeira hipótese estava expressamente prevista em lei, ao passo que a segunda foi fruto de construção jurisprudencial do Conselho de Estado. Porém, mesmo nesses casos, a esfera jurídica dos sujeitos privados era de alguma forma resguardada. Em tais circunstâncias, em que inicialmente o equilíbrio da relação particular-Administração parecia ter sido rompido em prol do Poder Público, o Direito Administrativo liberal já estipulava uma garantia que restabelecia a situação jurídica do cidadão: na desapropriação, previa-se o pagamento de indenização; na mudança

<sup>837</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La Administración y la Ley. **Revista de Administración Pública**, nº 6, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 125-142, sep./dic. 1951. p. 138.

<sup>838</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 57 *et seq.*

<sup>839</sup> O tema é aprofundado com maior detença em: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 109-119.

<sup>840</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo... Op. Cit.**, p. 39.

<sup>841</sup> MORELL OCAÑA, Luis. La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los “standards” de conducta previstos por la ley. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 65-80, 1986. p. 69-70.

<sup>842</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo... Op. Cit.**, p. 184-185.

unilateral das cláusulas contratuais, exigia-se que o Estado promovesse uma compensação econômica.

A advertência presta-se a evidenciar que o Direito Administrativo, mesmo em sua formulação original, não foi nem completamente *individualista* a ponto de ignorar as exigências das atividades públicas que reclamavam uma intervenção restritiva pontual nos interesses privados, nem suficientemente *estatista* a ponto de ignorar os direitos subjetivos do particular.<sup>843</sup> Ele já emergia, desde então, dotado de uma natureza ambivalente, responsável pelo desafio de domesticar a intermitente tensão entre poder/autoridade/prerrogativas vs. liberdade/garantias/sujeições.<sup>844</sup>

No que respeita ao seu sistema de garantias – sobretudo as jurisdicionais – a tendência que prevaleceu no período de sua consolidação (fins do século XIX) pendeu para a instituição de mecanismos protetivos das pretensões jurídicas individuais, em detrimento da criação de meios de tutela dos interesses de incidência coletiva. E mesmo nesse campo, a instituição de prerrogativas em favor da Administração também se fez presente. Decorre do Estado Liberal de Direito um modelo de jurisdição que se encerra em torno da proteção dos direitos individuais, deixando descobertos os interesses coletivos e excluindo a possibilidade de sua tutela por meio do obstáculo técnico da legitimação processual. A realização dos interesses gerais, supraindividuais, que deveria estar a cargo da atividade administrativa acaba sendo afastada do âmbito de atenções do Direito Administrativo, que se erigiu sobre uma perspectiva jurisdicional intensamente individualista.<sup>845</sup>

É, pois, no sistema de garantias jurisdicionais que se podem perceber com maior nitidez os três predicados mais expressivos do Direito Administrativo clássico: **(a)** *liberal*, eis que se voltava à proteção das liberdades contra ações positivas da Administração, e não contra sua inatividade; **(b)** *subjetivista*, uma vez que outorgava o grau mais sólido de proteção jurídica ao direito subjetivo, deixando de lado a tutela de outros interesses que não se enquadrassem nesse qualificativo, salvo raras exceções; **(c)** *individualista*, pelo fato de que se preocupava apenas com o resguardo de interesses passíveis de apropriação individual por um cidadão determinado, não admitindo a reivindicação jurisdicional de pretensões transindividuais. Importa analisar tais atributos com maior detença.

**(a)** O modelo de controle jurisdicional da Administração, em sua formulação inicial, pode ser caracterizado como *liberal* porque tinha como único foco a proteção das *liberdades* do indivíduo contra as *ações* ilegais do Estado. As omissões administrativas, mesmo que vulnerassem direitos dos cidadãos dependentes de atuações do Poder Público, não eram admitidas como objeto do processo judicial, o qual se voltava à correção dos *atos* administrativos.<sup>846</sup> Por este motivo é que se costuma dizer que a jurisdição contencioso-administrativa ostentava apenas um caráter revisor: sua função se restringia a revisar as decisões já tomadas e implementadas pela Administração, mas contrárias à lei. A existência de um ato

<sup>843</sup> As expressões em itálico e os exemplos utilizados no parágrafo anterior foram emprestados de: GARRIDO FALLA, Fernando. *La Administración y la Ley...* *Op. Cit.*, p. 128-129.

<sup>844</sup> É a posição defendida por: RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, n° 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin 1953.

<sup>845</sup> NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración...* *Op. Cit.*, p. 177.

<sup>846</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 140.

prévio, que no processo seria alvo de impugnação, constituía um dos requisitos de admissibilidade da demanda.<sup>847</sup>

Essa natureza revisora que ostentava o processo contencioso-administrativo tornava o cidadão indefeso nos casos em que a arbitrariedade da Administração ocorresse por meio de uma omissão antijurídica. Como a existência de um *ato administrativo prévio* constituía um dos requisitos para habilitar o acesso do cidadão à jurisdição, nas situações de comportamento ilegal do Estado pelo descumprimento de um dever jurídico de agir não haveria recursos judiciais para corrigi-lo. Posteriormente, objetivando superar esse entrave, foram elaboradas algumas saídas para o problema da impossibilidade de se controlar a inatividade do Estado-Administração, como é o caso do instituto do silêncio administrativo negativo.<sup>848</sup> Mas a solução também foi insuficiente, já que se encontrava rodeada de uma série de empecilhos técnicos, além de não resolver os casos de inatividade material da Administração. E com isso nota-se que, ressalvadas raríssimas exceções, o Direito Administrativo tradicional se estruturou quase que exclusivamente a partir das *atividades* administrativas e de sua manifestação mais comum – o ato administrativo – deixando de teorizar com maior profundidade a respeito da *inatividade* da Administração Pública.<sup>849</sup>

Como o esforço predominante residia em manter os entes estatais em uma postura abstencionista – e não em compeli-los a agir positivamente de determinada forma – os esquemas de jurisdição administrativa puderam conviver com a escassez de meios aptos a obrigar o Estado a atuar. Seria suficiente que aos juízes fosse assegurada a competência para expedir ordens proibitivas à ação administrativa. Essa lógica permitiu que a sistemática de controle jurisdicional dos atos do Poder Público no século XIX equipasse a Administração com uma série de benefícios e privilégios,<sup>850</sup> somente autorizando aos tribunais administrativos o emprego de um conjunto muito limitado de providências interventivas na atuação estatal, em especial no que atine à garantia de execução de suas decisões. É o que se depreende do Direito Administrativo francês sedimentado em tal período, que vedava a imposição jurisdicional de injunções (ordens coativas) à Administração, cabendo ao magistrado apenas a possibilidade significativamente

---

<sup>847</sup> Em artigo publicado no ano de 1962, Alejandro Nieto transcreve citações literais de renomados juristas espanhóis, demonstrando que para a doutrina de então o objeto do processo jurisdicional deflagrado contra a Administração Pública reduzia-se exclusivamente ao *ato administrativo*, não se admitindo o controle da inatividade por esta via. NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962. p. 75.

<sup>848</sup> Por meio desta figura, a própria lei atribuía efeitos denegatórios à falta de resposta da Administração dentro do prazo legal, como forma de presumir-se que houve um ato prévio de indeferimento do pleito para permitir a sua impugnação judicial. A partir dessa ficção jurídica ensejadora dos mesmos efeitos de um ato denegatório – técnica que foi positivada em diversos ordenamentos – habilitava-se o aforamento de medida judicial pelo indivíduo, dirigida à impugnação da presumida decisão negativa. O tema será tratado na Parte II, Capítulo 8, item 8.1, subitem 8.1.1., ponto (a.2), com a indicação de farta bibliografia sobre o assunto.

<sup>849</sup> BALBÍN, Carlos F. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 170.

<sup>850</sup> Entre tais privilégios, Juan M. González Moras aponta os seguintes: “*a.* requisito do prévio esgotamento da via administrativa; *b.* legitimação processual restrita; *c.* processo [dirigido] ao *ato administrativo*, com pretensões processuais limitadas; *d.* desigualdade no processo judicial (habilitação de instância; prazos; prazos de prescrição e decadência; notificações; outorga de medidas cautelares; etc) e *e.* sentenças meramente declarativas”. GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del Derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVIII, nº 336, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 115-146, 2006. p. 123.

restrita de declarar a nulidade do ato praticado.<sup>851</sup> Não competia ao juiz administrativo prolatar sentenças condenatórias que veiculassem obrigações de fazer, expendendo à Administração comandos que determinassem como ela deveria agir e fixassem impositivamente o conteúdo do ato a ser praticado, nem empregar medidas coercitivas de natureza mandamental ou executiva.<sup>852</sup>

O papel dos tribunais administrativos circunscrevia-se, assim, a anular os atos expedidos e, no máximo, indicar o caminho correto a ser perseguido pelo Poder Público, sem se preocupar com o efetivo cumprimento de suas determinações.<sup>853</sup> Essa característica, que acarretava o risco de não execução do julgado pela Administração, é atualmente apontada por autores franceses como uma das principais falhas de que padecia sua justiça administrativa em relação ao respeito dos direitos do cidadão e, em última análise, do próprio Estado de Direito. O fundamento apresentado para essa postura de deferência à Administração Pública era o princípio da separação entre as autoridades administrativas e jurisdicionais, que impedia essas últimas de fazerem as vezes de administrador.<sup>854</sup> Todavia, essa “reserva excessiva do juiz conduzia a situações inadmissíveis”, razão pela qual os argumentos que a justificavam foram sendo cada vez mais criticados até o ponto de, hodiernamente, serem considerados não convincentes.<sup>855</sup>

(b) O segundo aspecto que marca o Direito Administrativo clássico e o seu sistema de garantias é um excessivo *subjetivismo*, vale dizer, uma tendência em munir o cidadão somente com armas suscetíveis de proteger os seus direitos subjetivos, reduzindo o debate jurisdicional a essa categoria. O controle da legalidade dos comportamentos administrativos vigente no fim do século XIX é resultado de um processo arquitetado para combater uma modalidade específica de condutas da Administração Pública: aquelas que configurassem descumprimento de obrigações derivadas de relações jurídicas concretas, estabelecidas com o indivíduo, que implicassem a violação de um direito subjetivo em sua acepção tradicional. Somente ao longo do século XX foi sendo ampliado o rol de situações jurídicas diversas do direito subjetivo perfeito que poderiam render ensejo à propositura de ações ou à interposição de recursos à jurisdição (tais como as figuras da ação popular, do interesse legítimo, do direito público subjetivo ou reacional, etc.), nos casos em que a Administração inobservasse os deveres jurídicos que lhe eram cometidos.<sup>856</sup>

A imagem que vigorava no pensamento jurídico do Direito Público edificado durante o século XIX é bem descrita por Léon Duguit. De um lado figurava o Estado, titular de um direito subjetivo de *puissance publique*, que se expressava tanto por meio das leis quanto por meio da atividade administrativa, conferindo ao Poder Público o poder de regular unilateralmente as

<sup>851</sup> Referindo-se ao substrato que embasava as decisões da justiça administrativa francesa proferidas à época em que o seu artigo foi publicado e que só veio a se modificar décadas depois (em razão de alterações legislativas ocorridas na França em 1980 e 1995), comenta Alejandro Nieto: “A jurisprudência é constante: *pas d’injonctions* [sem ordens coativas] à Administração, e a doutrina se vê forçada a segui-la, ainda que lamentando regularmente este privilégio político da chamada independência da Administração”. NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962. p. 116.

<sup>852</sup> Tais medidas só vieram a ser admitidas através de decisão expressa do legislador, por meio da Lei de 16 de julho de 1980 (admite o uso das *astreintes* [multas coercitivas] no Direito Administrativo) e da Lei de 8 de fevereiro de 1995 (permite o emprego de *injonctions* [ordens coativas] às pessoas jurídicas públicas e às privadas encarregadas da gestão de um serviço público).

<sup>853</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa...** *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>854</sup> Acerca dos fundamentos históricos que deram origem ao princípio da separação entre as autoridades administrativas e judiciárias e do seu significado e razão de ser no Direito Administrativo francês, ver: VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 71-87.

<sup>855</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**: cours, thèmes de réflexion, commentaires d’arrêts avec corrigés. 13. ed. Paris: LGDJ, 2013. p. 652.

<sup>856</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 134.

condutas dos particulares. De outro, encontrava-se o indivíduo, compreendido como titular de um conjunto de direitos subjetivos de liberdade e de propriedade, os quais o Estado não poderia atingir, salvo na medida e sob as condições autorizadas pela lei. Assim, o processo judicial deflagrado contra a Administração se restringiria, invariavelmente, a esta questão: o direito subjetivo do particular foi ou não ofendido pelo Estado, por conta de uma atuação administrativa transgressora dos limites jurídicos que lhe eram impostos? E por esse motivo, todo processo dessa natureza giraria em torno do tema do direito subjetivo. Tais fatos apontam para a constatação de que a jurisdição contencioso-administrativa ostentava um caráter eminentemente *subjetivista*: seja do ponto de vista da Administração, pois no que a ela respeitava a questão era identificar a extensão e os limites de seu direito subjetivo de *puissance*; seja sob o prisma do cidadão, já que em relação a ele se suscitava a questão de saber se seus direitos subjetivos de liberdade ou de propriedade haviam sido violados. Os processos, ao final, teriam necessariamente de concluir pelo reconhecimento e prevalência de um direito subjetivo, titularizado ou pela Administração ou pelo particular.<sup>857</sup>

Uma demonstração dessa racionalidade pode ser verificada na obra de Ducrocq, publicada em 1871, que bem representa os dois adjetivos até aqui explorados (*liberal* e *subjetivista*) que marcam o Direito Administrativo e seu modelo de jurisdição. Em seu texto, o autor afirma que há duas condições constitutivas do contencioso administrativo: “é necessário que o litígio seja suscitado por um *ato administrativo propriamente dito*, e que a reclamação, surgida em razão do ato administrativo, seja fundada na *violação de um direito* e não somente na simples lesão de um interesse”.<sup>858</sup> Na mesma senda, Édouard Lafferrière sustenta em 1896 que a noção de “direito lesado” é a “ideia-mãe de todo o contencioso administrativo”.<sup>859</sup>

Pontue-se, contudo, que a conformação a que se está fazendo referência é aquela assumida pela justiça administrativa no final do século XIX. Isso porque, em sua gênese mais remota, o objeto central da jurisdição contencioso-administrativa francesa era fiscalizar o cumprimento da legalidade objetiva, sem a exigência de ter ocorrido a afetação de um direito individual. Focava-se, portanto, na anulação do ato ilegal, e não no restabelecimento de um direito individual.<sup>860</sup> Mas no desenrolar do século XIX, inclusive por influência do processo civil, o processo contencioso-administrativo passou gradativamente a girar em torno dos *interesses pessoais* dos particulares, os quais foram ganhando espaço como requisito de legitimação para a propositura de diversas medidas recursais. A tendência que se consolidou em fins do século XIX foi a restrição da iniciativa para provocação dos tribunais contencioso-administrativos aos sujeitos individuais que demonstrassem ostentar um direito subjetivo violado, ou – conforme se aceitou posteriormente – ao menos um interesse pessoal e direto na anulação do ato impugnado. Nos casos em que não fosse possível comprovar essa correlação entre o interesse individual e a eliminação da decisão administrativa, eventuais ilegalidades no proceder da Administração ficariam imunes à revisão jurisdicional.<sup>861</sup>

Uma das maiores reações contra essa tendência de transformar o Direito Administrativo em um conjunto de técnicas de defesa de direitos subjetivos individuais foi promovida por Léon

<sup>857</sup> DUGUIT, Léon. **Les transformations du Droit Public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 181-182.

<sup>858</sup> DUCROCQ, Théophile. **Cours de Droit Administratif**. t. I. 6. ed. Paris: Ernest Thorin, 1881. p. 232.

<sup>859</sup> LAFERRIÈRE, Édouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. t. II. 2. ed. Paris: Berger-Levrault et cie, 1896. p. 436:

<sup>860</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa...** *Op. Cit.*, p. 31-37.

<sup>861</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 11-64, 1986. p. 28-29.

Duguit, que buscou reequilibrar a bandeja da balança “interesses individuais-interesses coletivos” em favor destes últimos, chamando a atenção para a ideia de serviços públicos que teria justamente o fito de atender às demandas sociais e coletivizantes.<sup>862</sup> A dificuldade dos juristas do século XIX em admitir instrumentos de tutela judicial dos deveres objetivos expendidos pela ordem jurídica à Administração repousava, de acordo com Duguit, no fato de que eles continuavam “dominados pela concepção subjetivista, por essa ideia de que todo processo supõe um direito [subjetivo] deduzido em juízo”.<sup>863</sup> Sustenta em seguida que eles eram incapazes de enxergar a profunda transformação que mecanismos desenvolvidos pelo *Conseil d’État* estavam operando em matéria de contencioso-administrativo, ao eliminar progressivamente a visão subjetivista de jurisdição tradicionalmente apoiada na dualidade direito individual vs. direito de *puissance publique*. Entre tais instrumentos, o autor cita o recurso por *excès de pouvoir*. Porém, conforme se verá a seguir, mesmo essas medidas jurisdicionais referidas por Duguit, que gozavam de perfis distintos e que aparentemente tinham por escopo a proteção da lei objetiva, sem depender – supostamente – da arguição de lesão a qualquer direito individual, eram também apegadas inicialmente a um ideário individualista.

(c) O Direito Administrativo tradicional e o paradigma jurisdicional que o acompanhou são gravados por um acentuado *individualismo*. Ainda que a justiça administrativa francesa tenha incorporado técnicas que se diziam destinadas apenas à tutela da legalidade objetiva, elas eram contaminadas por requisitos que reclamavam a presença de um interesse individual como chave imprescindível para abrir os portões da jurisdição.

E essa marca não se restringiu ao período histórico em apreço. Em 1975, já chegando ao último quarto do século XX, Alejandro Nieto ainda denunciava que na Espanha somente os interesses individuais eram os que podiam socorrer-se dos tribunais, e que, portanto, eram os únicos a receber a atenção da doutrina do Direito Administrativo. Em que pese a importância dos interesses coletivos, o acesso à proteção jurisdicional lhes era impedido, seja pela dificuldade fática de articulá-los mediante canais institucionais apropriados, seja pelas “artifiosas barreiras da legitimação individualizada”.<sup>864</sup> Uma boa ilustração do que se está a aduzir é o exemplo, acima mencionado, do recurso por *excès de pouvoir*, concebido jurisprudencialmente pelo Conselho de Estado ao longo do século XIX, posteriormente consagrado de forma expressa no plano legislativo pela lei de 24 de maio de 1872<sup>865</sup> e considerado por destacados autores como “a grande e original criação da jurisprudência francesa”<sup>866</sup> (Léon Duguit) ou como “a arma mais eficaz, mais econômica e mais prática que existe no mundo para defender as liberdades”<sup>867</sup> (Gastón Jèze).

O instituto – explica em uníssono a doutrina francesa<sup>868</sup> – foi inventado com o fito de tutelar objetivamente a legalidade, visando à anulação de atos administrativos desrespeitosos à

<sup>862</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. **Revista de Administración Pública**, nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975. p. 21.

<sup>863</sup> DUGUIT, Léon. **Les transformations du Droit Public...** *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>864</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>865</sup> Um histórico acerca do recurso por *excès de pouvoir* na jurisprudência do Conselho de Estado e na legislação francesa do século XIX é traçado por: LAFERRIÈRE, Édouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. t. II. 2. ed. Paris: Berger-Levrault et cie, 1896. p. 402-413.

<sup>866</sup> DUGUIT, Léon. **Les transformations du Droit Public...** *Op. Cit.*, p. 190.

<sup>867</sup> JÈZE, Gastón. Les libertés individuelles. **Annuaire de l’Institut International de Droit Public**, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929. p. 180.

<sup>868</sup> Entre outros: BRAIBANT, Guy. **Le Droit Administratif Français**. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984. p. 513-515; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif...** *Op. Cit.*,



lei e, consoante o que se costuma afirmar, independentemente dos efeitos negativos por ele produzidos na esfera jurídica individual de qualquer cidadão. Aliás, tanto seria um recurso voltado exclusivamente ao resguardo do Direito objetivo que a jurisdição administrativa, ao julgá-lo, estaria restrita a uma solução binária: ou negar procedência ao pedido por inexistir qualquer ilegalidade na decisão administrativa, ou dar-lhe provimento para o único fim de eliminar do mundo jurídico o ato administrativo que se declarou ilegal. Não se admitia, pois, que por meio de tal recurso se postulasse a concessão de benefícios pessoais em favor de seu autor ou outras espécies de decisões condenatórias que compelissem a Administração a praticar condutas determinadas.<sup>869</sup> Entretanto, mesmo essa ferramenta, da qual tanto se orgulham os autores franceses, foi em suas origens forjada sob o influxo de postulados individualistas. Basta notar que um de seus requisitos de admissibilidade, criado e exigido no período em referência (século XIX), era o de que o proponente possuísse um *interesse direto e pessoal* na invalidação do ato impugnado pelo recurso.<sup>870</sup> Tal interesse – explicava Laferrière – deveria tocar diretamente o autor do recurso e não se confundia com “o interesse geral e impessoal que todo cidadão pode ter de que a Administração se restrinja às fronteiras da lei”, o qual poderia “ser suficiente para inspirar uma petição aos poderes públicos, mas não para justificar uma ação perante uma jurisdição contenciosa”.<sup>871</sup>

Ainda que a medida jurisdicional em apreço não impusesse, para o seu manejo, a presença de um pressuposto tão rígido quanto o direito subjetivo em sua roupagem tradicional, e que portanto tenha representado um alargamento das espécies de pretensões tuteláveis judicialmente contra as condutas ilegais da Administração, fato é que ela ainda reclamava a demonstração de ofensa a *interesses subjetivos e individuais* de um particular determinado. Foi apenas no século XX que o Conselho de Estado passou a abrandar esse critério e aceitar a impugnação, pela via do recurso por *excès de pouvoir*, de atos administrativos ilegais ofensivos não apenas a interesses *diretos*, mas também *indiretos* do seu autor, bem como a interesses *coletivos* e não somente *individuais*.<sup>872</sup> Suavizou-se assim o rigor anteriormente aplicado em relação às características do *interesse de agir*, embora tal condição de admissibilidade do recurso se mantenha até hoje. Chegou-se a uma solução intermédia, passando-se a exigir um requisito situado entre o interesse geral desconectado de qualquer vinculação pessoal com o autor e o interesse estritamente individual e direto do proponente.<sup>873</sup> ainda que o demandante não invoque uma lesão a um direito seu, ao menos deverá demonstrar que ostenta um interesse, mesmo que indireto, na anulação da decisão administrativa em questão.<sup>874</sup>

---

p. 657-658; DUGUIT, Léon. **Les transformations du Droit Public...** *Op. Cit.*, p. 187-190; DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. **Droit Administratif**. 10. ed. Paris: Sirey/Dalloz, 2007. p. 607.

<sup>869</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa...** *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>870</sup> Nas palavras de Édouard Laferrière: “A condição exigida para formular um recurso nasce com o *interesse direto e pessoal* que a parte possa ter na anulação do ato. Essa é uma regra de há muito consagrada pela jurisprudência”. LAFERRIÈRE, Édouard. **Traité de la juridiction administrative...** *Op. Cit.*, p. 436. Nas páginas subsequentes o autor tenta distinguir esse interesse pessoal e direto de outros interesses, mais vagos e gerais, que não estariam aptos a habilitar o manejo do recurso por *excès de pouvoir*, colacionando vários casos julgados pelo Conselho de Estado entre 1867 e 1881.

<sup>871</sup> LAFERRIÈRE, Édouard. *Idem*, p. 437.

<sup>872</sup> Para uma explicação nesse sentido, conferir: BRAIBANT, Guy. **Le Droit Administratif Français...** *Op. Cit.*, p. 513-514; DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. **Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 613-615.

<sup>873</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 660.

<sup>874</sup> DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. **Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 613.

Os contornos individualistas que revestem o sistema de tutela jurisdicional no momento histórico em tela são claramente compreensíveis. Trata-se de consequência natural da finalidade limitadora da lei liberal: esta visava a eliminar a ingerência indevida do Estado na órbita jurídica individual dos particulares, em atenção à tutela de seus direitos, que poderiam ser resumidos na liberdade e na propriedade. A violação de leis desse conteúdo gerava a suposição, por lógica consequência, de que a conduta administrativa havia afetado as pretensões jurídicas individuais do cidadão, de sorte que o propósito do controle da legalidade seria justamente o de tutelá-las. Em última instância, significa dizer que o aparato jurisdicional tinha o intuito de reprimir a *ação* arbitrária da Administração contra os interesses, direitos e liberdades individuais ofendidos em razão da desobediência à lei.<sup>875</sup>

Esse sistema de jurisdição administrativa construído na França no século XIX, com o traçado liberal-individualista-subjetivista que consistia em um reflexo natural do paradigma de Estado de Direito então vigente, foi considerado exitoso e acabou sendo recepcionado, nem sempre com as respectivas adaptações, em diversos Estados europeus e posteriormente pela maior parte dos países latino-americanos.<sup>876</sup> E é com base nessa dinâmica que se forma o Direito Administrativo clássico, difundido pelos múltiplos ordenamentos jurídicos ao redor do globo. Assim, mesmo em países nos quais o referido arquétipo de justiça administrativa não vingou, a influência do Direito Administrativo francês inspirado nesses valores – *liberalismo, subjetivismo, individualismo* – resultou na construção de uma dogmática juspublicista imersa em tais atributos. A ênfase da doutrina administrativista passou a ser dada às *ações* do Estado, aos *direitos subjetivos* e aos *interesses individuais* dos cidadãos.

O Direito Administrativo brasileiro não escapa à regra. A influência da matriz francesa exercida sobre esse ramo jurídico no Brasil é demonstrada de forma minuciosa por Fernando Dias Menezes de Almeida, que examina os impactos desse pensamento em solo nacional sob os pontos de vista institucional e doutrinário, tanto à época do Império quanto no período posterior à proclamação da República.<sup>877</sup> Diante desse fenômeno, as notas peculiares ao Direito Administrativo francês acima ressaltadas foram transpostas também à racionalidade que presidiu essa disciplina jurídica em território pátrio. Por mais que no campo do controle judicial esse quadro tenha começado a mudar radicalmente desde o último quarto do século XX – mais por força das transformações operadas nos Direitos Constitucional e Processual Civil do que no Administrativo – tradicionalmente os institutos de fiscalização jurisdicional foram pensados para coibir as *ações* administrativas ilícitas, e não as *omissões*.<sup>878</sup>

As obras de Direito Administrativo produzidas no país desde o reconhecimento de sua autonomia científica até os dias mais recentes ocupam-se, também, em teorizar a respeito da atividade administrativa (atualmente: serviço público, poder de polícia, intervenção na propriedade e no domínio econômico, fomento...) e dos veículos jurídicos por meio dos quais

<sup>875</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 136-137.

<sup>876</sup> A constatação é feita por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa...** *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>877</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 43-51.

<sup>878</sup> Citem-se, ilustrativamente, alguns instrumentos clássicos como: (i) o mandado de segurança, que em sua primeira consagração normativa, na Constituição de 1934, estava previsto para a defesa de direito “ameaçado ou violado por *ato* manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (art. 113, inc. 33); (ii) o *habeas corpus*, sempre voltado à tutela da liberdade do indivíduo contra violência ou coação, e portanto dirigido às ações estatais ilegais ou abusivas; (iii) a ação popular, que segue até hoje, na Constituição de 1988, destinada à anulação de “*ato* lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (art. 5º, LXXIII).

essa atividade se expressa (ato, procedimento/processo, regulamento, licitação, contrato...). Normalmente não se dedica um capítulo sequer ao fenômeno da inatividade administrativa e suas formas de controle – no máximo, fala-se brevemente sobre o silêncio administrativo, consistente na falta de resposta a um pedido concreto, não se abordando o tema das omissões materiais da Administração. Ou seja: apesar de ter experimentado indiscutíveis avanços nos últimos anos, o Direito Administrativo brasileiro ainda é tributário dos predicados próprios do modelo clássico francês, centrado nas ações administrativas, no direito subjetivo e nos interesses individuais.<sup>879</sup>

Ocorre que as Constituições e as funções atribuídas ao Estado sofreram drásticas transformações a partir da segunda metade no século XX, conferindo uma nova configuração jurídica aos *direitos fundamentais* e à *Administração Pública*. Com o advento do paradigma do Estado Social de Direito, aqueles passaram a exigir desta um amplo conjunto de prestações positivas para a sua satisfação. O Poder Público assumiu a incumbência de intervir no domínio econômico e nas relações interprivadas, com o fim de proporcionar aos cidadãos condições materiais de existência digna e remover os obstáculos que lhes impedissem de desenvolver livre e solidariamente a sua personalidade. A titularidade das posições jurídicas jusfundamentais deixou de ser outorgada apenas ao sujeito individual, passando a recair também sobre grupos determináveis e até mesmo sobre toda a coletividade, genericamente considerada. Além da tradicional dimensão subjetiva, começou a se reconhecer também uma eficácia objetiva derivada das normas de direitos fundamentais, que dirigem aos poderes constituídos ordens de agir em prol de sua realização mesmo à ausência de postulações subjetivas. Transmudaram-se, pois, as exigências sociais, que vieram a reclamar novas soluções não oferecidas por um Direito Administrativo liberal-individualista-subjetivista adequado às demandas do século XIX, mas insuficiente para as necessidades do século XXI.

Nada obstante tais metamorfoses, a doutrina e a dogmática administrativistas ainda seguem se apoiando em uma formatação jurídica arquitetada no liberalismo oitocentista, seja de forma consciente ou inconsciente.<sup>880</sup> Mesmo nos países que adotaram em suas Constituições o modelo social de Estado de Direito – como é o caso do Brasil – o Direito Público ainda se assenta sobre as bases, estruturas e configurações fundamentais do Estado Liberal, fundando-se em instrumentos jurídico-formais próprios de um período em que as principais demandas eram outras.<sup>881</sup> Cuida-se ainda de um Direito baseado em figuras como o ato, o procedimento e o contrato administrativo,<sup>882</sup> e pouco preocupado em teorizar a respeito das espécies de omissão antijurídica da Administração ou de formas de estimulá-la a implementar espontaneamente a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, satisfazendo-os de forma integral e igualitária. O foco continua sendo mantido sobre o controle judicial da atividade administrativa em favor da tutela de direitos de titularidade individual do cidadão, em vez de se tentar identificar quais são os empecilhos que emperram a máquina administrativa de funcionar regularmente e cumprir voluntariamente os mandamentos constitucionais e legais, sem necessitar de comandos externos coercitivos para tanto.

<sup>879</sup> Sem embargo de outras influências estrangeiras, tais como a italiana, a alemã e a do sistema do *Common Law*. O tema é tratado por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22-26.

<sup>880</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>881</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge». **Revista de Administración Pública**, nº 38, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 35-65, mayo/ago. 1962. p. 49.

<sup>882</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 60.

Diante de tais constatações, tudo indica que o descompasso do Direito Administrativo clássico com as mudanças constitucionais do século XX revela-se como um dos possíveis motivos que inviabiliza a realização administrativa plena dos programas sociais fixados pela Constituição. Uma das causas que obstaculiza essa implementação consiste justamente na dogmatização ocorrida com os princípios norteadores do Estado Liberal de Direito, que continuam sendo aplicados com a mesma fisionomia que lhes foi emprestada em um momento histórico totalmente distinto e que reclamam, na realidade, ao menos uma adequação aos postulados do Estado Social brasileiro.<sup>883</sup> É chegada a hora de o Direito Administrativo pátrio manter as suas garantias conquistadas nos últimos séculos mas, concomitantemente, deixar de se preocupar apenas com as *ações* administrativas agressivas e com os direitos *individuais* para começar a trabalhar também contra as *omissões* antijurídicas da Administração e em favor da tutela dos interesses *transindividuais*.

Nesse sentido, importa investigar as alterações estruturais que se deram no âmbito da Constituição e do perfil de Estado na segunda metade do século XX, para então verificar os aspectos do Direito Administrativo que necessitam ser revisitados para que ele possa se alinhar a tais transformações.

## **5.2. Administração impulsionada pelas ordens da Constituição: o Direito Administrativo como arma propulsora das ações administrativas sociais**

Viu-se, no tópico anterior, que no paradigma do Direito Administrativo consolidado no século XIX: (i) o objetivo medular era conter as *ações* da Administração para proteger as *liberdades*, e o instrumento previsto para isso foi o *efeito limitador da lei*; (ii) como a preocupação era com o *indivíduo*, o controle da Administração centrou-se na noção de *direito subjetivo* (ou ao menos de interesse direto e pessoal), consagrado como requisito para abrir o acesso à justiça administrativa; (iii) o *processo judicial* contra a Administração foi construído com base nessa lógica *liberal-individualista-subjetivista* – ele servia para proteger a *liberdade*, concebida como *direito subjetivo* do *indivíduo*; (iv) o *Direito Administrativo* foi formulado jurisprudencialmente em torno dessa racionalidade, tornando necessário, de um lado, criar *garantias individuais* contra as arbitrariedades, mas, de outro, elaborar *teorias* para justificar a *ação administrativa* que necessitava ser levada a efeito ainda que a *lei* não dispusesse como. A conclusão parcial a que se chegou foi a de que o modelo de Direito Administrativo em referência não se voltou nem a combater as *omissões antijurídicas* da Administração Pública, nem a resolver os efeitos negativos de *incidência coletiva* que o comportamento antijurídico do Estado poderia ocasionar.

---

<sup>883</sup> Esse fenômeno é salientado por Fernando Dias Menezes de Almeida, quando se refere à importação de teorias e institutos franceses pela doutrina brasileira sem que o Direito pátrio vivenciasse das mesmas condições que geraram a criação de tais categorias, como é o caso do *modus operandi* peculiar do Conselho de Estado, que ao construí-las possibilitava uma abertura para a sua transformação. Observa, então, que a recepção dessas figuras e teorizações pelos autores e posterior aplicação pelos juízes – que se apoiavam em regras e técnicas descritas pela doutrina, sem que houvesse a previsão correspondente na legislação – acabou levando à sua dogmatização. E essa associação do “caráter dogmático da formulação doutrinária com o caráter conservador da aplicação judicial” conduziu o Direito Administrativo nacional, “tanto do ponto de vista normativo, como do ponto de vista do pensamento jurídico majoritário, mais do que outros ramos do Direito, a caracterizar-se – mais fortemente em meados do século XX, mas também em certa medida até os dias atuais – por notas dogmáticas e conservadoras”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo... Op. Cit.*, p. 51.

Esse panorama não apresenta qualquer incongruência se considerado o pano de fundo que lhe ofereceu ensejo. No marco do Estado Liberal de Direito, a disciplina jurídica em discussão delineou-se de modo satisfatório ao atendimento das necessidades de então. Ocorre que, frente às diversas modificações sofridas pela transição paradigmática que culminou com a formação do Estado Social e Democrático de Direito, alterou-se também a natureza das exigências sociais, não mais solucionáveis pela racionalidade oitocentista. No entanto, a dogmática ainda hegemônica do Direito Administrativo permanece sendo aquela focalizada na fixação de “regras, categorias, figuras, técnicas e institutos jurídicos a partir da perspectiva da proteção frente à Administração por meio do controle da regularidade jurídica de sua atuação”, deixando de lado a imprescindível preocupação com “as condições da programação dessa atuação e da efetividade desta”.<sup>884</sup>

Surgem, assim, novos desafios ao Direito Administrativo hodierno, uma vez que no paradigma sedimentado na segunda metade do século XX: (i) torna-se necessário suprir as *omissões* da Administração para satisfazer os *direitos fundamentais sociais* (não só as liberdades) e o instrumento jurídico-formal utilizado para tanto é o *efeito impulsionador da Constituição social*; (ii) a atenção deixa de circunscrever-se apenas ao *indivíduo*, sendo doravante forçoso admitir o controle da Administração por meio do acesso à justiça administrativa mesmo na ausência de um *direito subjetivo* de corte tradicional; (iii) o *processo judicial* contra a Administração passa a ser reformulado, admitindo formas de tutela coletiva de direitos, sejam estes transindividuais ou não; (iv) mas o *Direito Administrativo* continua apoiado nos dogmas do paradigma anterior. Especialmente no Brasil, em que a justiça que julga o Poder Público não é estudada por esse segmento jurídico, mas sim pelo Direito Processual Civil, o pensamento administrativista em geral não se ocupa de tentar resolver através de mecanismos de Direito Administrativo material o problema das *omissões antijurídicas*, nem o dos efeitos perniciosos de *caráter coletivo* provocados pelas condutas ilegais e inconstitucionais do Estado.

Em face dessa problemática, o escopo do presente item é defender que embora não devam ser abandonadas as virtudes de um *Direito Administrativo como escudo protetor das liberdades*, urge desenvolver paralelamente novas construções teóricas que permitam encarar também o *Direito Administrativo como arma propulsora das ações administrativas sociais*. Conforme de há muito sustenta Alejandro Nieto, “a vocação do Direito Administrativo moderno consiste em assegurar a realização dos interesses coletivos, sem ceder por isso um passo na defesa até agora montada dos interesses individuais.”<sup>885</sup>

O subitem 5.2.1. se debruçará sobre as mudanças operadas na compostura jurídica dos direitos fundamentais, cuja violação passou a ser provocada também pelas omissões da Administração Pública nos casos de descumprimento dos deveres de agir impostos pela Constituição, fonte jurídica que no Estado Social passa a exibir um efeito impulsionador das atividades administrativas. Por sua vez, no subtópico 5.2.2. se buscará indicar algumas das insuficiências do Direito Administrativo tradicional em face das novas demandas surgidas no paradigma contemporâneo, que reclamam a elaboração de soluções no plano administrativo – e não mais apenas no âmbito judicial – que permitam ao Poder Público implementar de ofício a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

<sup>884</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*. Madrid: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2012. p. 45.

<sup>885</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975. p. 27.

### 5.2.1. A omissão administrativa como ofensa aos direitos fundamentais e o efeito impulsor da Constituição social

A compreensão dos novos contornos assumidos pelos direitos fundamentais com o advento das Constituições promulgadas ao longo do século XX requer, preliminarmente, a exposição dos fatores que levaram à construção do Estado Social. Isso porque, é precisamente no marco desse modelo estatal que se altera a mentalidade a respeito da relação entre o cidadão e a Administração Pública. Esta se incumbiu de novas funções, convertendo-se em um conjunto de instituições que se torna essencial para propiciar uma vida condigna aos indivíduos e que recebe impulsos normativos da Constituição para atuar positivamente nesse sentido. Caminha-se, nos dizeres de Romeu Felipe Bacellar Filho, da “Administração de agressão para a Administração de prestação”.<sup>886</sup> E com isso, o seu comportamento omissivo contrário às imposições constitucionais de agir passa a adquirir relevância jurídica.

Em meados do século XIX a postura liberal do Estado começou a produzir uma série de consequências nefastas nos âmbitos econômico e social, mormente em decorrência da Revolução Industrial, impondo condições de miséria e doença a significativa parcela dos cidadãos, tendentes a se acentuar com o não-intervencionismo estatal. Diante da irrisignação dos segmentos sociais mais desfavorecidos com a autorregulação do mercado e com a ausência de interferência protetiva nas relações privadas, iniciam-se no final do século XIX e início do século XX movimentos operários em reação ao Estado Liberal.<sup>887</sup> Difunde-se a consciência de que nas organizações políticas que incorporam o modo de produção capitalista os indivíduos não são autossuficientes no que diz respeito ao provimento de seus pressupostos materiais de sobrevivência. A impossibilidade fática das pessoas de atender às suas próprias necessidades vitais e existenciais exige que o Poder Público tome providências de caráter supraindividual, propiciando à universalidade da cidadania os subsídios imprescindíveis para que seja possível viver dignamente.

Como resultado de lutas travadas principalmente pelos trabalhadores, as Constituições passam a dirigir aos Estados o dever de satisfazer as necessidades essenciais dos cidadãos e de intervir na economia, seja para corrigir as disfuncionalidades excessivas provocadas pelo mercado, seja para reduzir as desigualdades fáticas existentes entre as classes sociais.<sup>888</sup> É justamente esse traço que caracteriza o perfil do Estado Social de Direito e que abala os pilares que sustentavam uma postura estatal absenteísta no liberalismo do século XIX. Ele assume a tarefa de, através de medidas coletivas, remover os entraves existentes na sociedade que impedem o acesso dos cidadãos a bens de natureza social, econômica e cultural,<sup>889</sup> tais como saúde, educação, moradia, trabalho, água, energia elétrica, entre tantos outros.<sup>890</sup>

<sup>886</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 113.

<sup>887</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Direito Administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIII, nº 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 7-15, sep. 2011. p. 7.

<sup>888</sup> MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 60, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 343-350, sep./dic. 2000. p. 348-349.

<sup>889</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Nuvas claves del Estado de Bienestar. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 7, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 709-716, 2003. p. 711.

<sup>890</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 73

A elaboração dos princípios do Estado Social fundou-se na pretensão de recheio de conteúdo substancial “um descafeinado Estado de Direito, convertido pela burguesia em um mero conceito técnico-formalista (igualdade formal de todos na aplicação da lei)”.<sup>891</sup> Assim, a adjetivação “social” atribuída à fórmula do Estado de Direito pode ser traduzida como um qualificativo substantivo, conferido a uma determinada organização política que adotou a “*decisión valorativa* de rechaço do Estado «neutro» nas questões sociais e que, além disso, impõe ao *sujeito* estruturado como Estado democrático de Direito um *objeto*, uma *tarefa* ou um *fin*”. Esse fim consiste em exigir que o Poder Público busque uma situação que atenda a certos requisitos de justiça social, enunciados no próprio sistema constitucional, através dos meios próprios do Estado de Direito.<sup>892</sup>

A estrutura clássica do Estado de Direito originada pelo constitucionalismo moderno de fins do século XVIII embasava-se na versão *formal* do princípio da igualdade, segundo a qual todos devem ser tratados igualmente pelo Direito, mesmo que as pessoas não tenham, entre si, iguais possibilidades de exercitar efetivamente os direitos que lhes são assegurados. Fundava-se, pois, em uma despreocupação com as relações sociais de poder, haja vista que tal inteligência poderia admitir que os mais poderosos subjugassem os mais fracos, incapazes de fruir dos direitos de liberdade que lhes eram concedidos – como de fato ocorreu sobremaneira a partir do capitalismo industrial. Já no Estado Social, a principal atribuição conferida ao Poder Público consiste na promoção da igualdade em sentido *material*, incumbindo-lhe corrigir as desigualdades sociais para permitir que os mais desfavorecidos possam realmente gozar de seus direitos, inclusive em face dos poderes privados<sup>893</sup> – como os consumidores diante dos fornecedores e os empregados frente aos empregadores. Logo, pode-se dizer que uma das grandes contribuições do paradigma do Estado Social foi perceber que a previsão geral e abstrata de liberdades aos indivíduos constitui uma declaração meramente formal e inútil se forem ignoradas as circunstâncias socioeconômicas vivenciadas por cada um deles. Ingressa na agenda de atribuições estatais, ao lado da liberdade e da propriedade tão reverenciadas no modelo liberal, a preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a garantia de reais condições para a sua proteção e promoção.<sup>894</sup>

Talvez a maior transformação constitucional levada a efeito com a instalação do Estado Social tenha sido o perfil *dirigente* das Constituições promulgadas sob a vigência desse modelo estatal ao longo do século XX.<sup>895</sup> As Constituições que podem ser qualificadas com essa característica – “dirigentes” – não se limitam a recepcionar a estrutura socioeconômica preexistente e assegurar os direitos, vantagens e benefícios já postos pela ordem jurídica e social. Elas incorporam em seu texto, na forma de normas jurídicas imperativas, metas e programas políticos de observância obrigatória a todos os poderes constituídos, com o propósito de intervir nos domínios econômico e social e transformar a realidade fática. As Constituições dirigentes,

<sup>891</sup> MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho... *Op. Cit.*, p. 344.

<sup>892</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 18.

<sup>893</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 331.

<sup>894</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho. **Revista de Administración Pública**, nº 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 149-158, ene./abr. 1990. p. 153.

<sup>895</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

desse modo, não se prestam somente à manutenção de garantias conquistadas no passado: elas estabelecem programas de ação para o futuro.<sup>896</sup> E a Lei Fundamental brasileira de 1988 seguramente enquadra-se nesse padrão.<sup>897</sup>

É nesse contexto que os direitos sociais começam a ser consagrados nos textos constitucionais, pioneiramente nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, sendo retomados com maior expansão em outros Estados posteriormente ao segundo pós-guerra. Convencionou-se no século XX chamá-los de “direitos sociais, econômicos e culturais”, expressão designativa de direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, e que o indivíduo poderia obter também dos particulares caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado.<sup>898</sup> Tais direitos revelam-se vinculados intrinsecamente com os objetivos de igualdade material e justiça social, envolvendo, entre outros, os direitos dos trabalhadores<sup>899</sup> (tal como o direito de greve e a garantia de um salário mínimo) e os direitos a prestações sociais estatais (como os direitos à saúde e à educação).

Os direitos fundamentais, nesse passo, tornam-se impulsos que ordenam o comportamento do Estado em direção a uma série de atuações administrativas positivas. Consoante adverte Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, no Estado Social “os direitos fundamentais não são – como o eram no constitucionalismo do Estado Liberal de Direito – unicamente barreiras ou obstáculos ante os quais o Estado não pode penetrar”.<sup>900</sup> Eles assumem agora também a condição de linhas diretivas que condicionam a atividade do Poder Público, impulsionando as suas ações no sentido de lhes emprestar a máxima eficácia. Destarte, os direitos fundamentais continuam sendo ferramentas de defesa da pessoa contra investidas administrativas comissivas e ilícitas, que figuram como escudos limitadores da atuação estatal e protetivos das liberdades individuais; contudo, também se manifestam hodiernamente como ordens objetivas que compelem a Administração a estabelecer marcos adequados de organização e procedimento que facilitem, de ofício e universalizadamente, as prestações sociais constitucionalmente asseguradas à cidadania.<sup>901</sup> E essa configuração adquirida pelos direitos fundamentais no marco do Estado Social e Democrático produz impactos diretos nas instituições do Direito Administrativo, reclamando que o conjunto de princípios e regras do regime jurídico-administrativo se oriente para a sua realização efetiva.<sup>902</sup>

<sup>896</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33-35.

<sup>897</sup> É a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “a Constituição brasileira de 1988 é perfeitamente explícita em caracterizar o país como um Estado Providência, logo, absolutamente antitético ao Estado liberal”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Direito Administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano... Op. Cit.*, p. 14.

<sup>898</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 443; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 41.

<sup>899</sup> De acordo com Wilson Ramos Filho, “a crítica social, os movimentos de resistência e a necessidade de oferecer contraponto aos ideais revolucionários, em maior ou menos grau dependendo das relações sociais concretas em cada país possibilitaram o surgimento dos ‘direitos sociais’, dentre os quais se insere o direito capitalista do trabalho”. RAMOS FILHO, Wilson. *Trabalho e regulação: o Direito Capitalista do Trabalho e as crises econômicas*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 345.

<sup>900</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El Derecho Administrativo en el siglo XXI. Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 13, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 627-643, 2009. p. 636.

<sup>901</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *La administración del Estado social... Op. Cit.*, p. 133.

<sup>902</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo Constitucional. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, nº 293, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-22, feb. 2003. p. 16.



Isso porque, a Administração Pública é, por excelência, o braço estatal mais adequado para atingir as finalidades do Estado Social. Fez-se imprescindível, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, um “alargamento da Administração Pública protetora, que desempenha atividades administrativas para promoção e efetivação dos direitos fundamentais”.<sup>903</sup> As ações administrativas, nesse quadro, não são somente limitadas pelo ordenamento jurídico (que lhe restringe certas condutas positivas através de normas proibitivas), mas também incitadas e programadas pelo sistema constitucional e legal mediante determinações normativas impositivas.<sup>904</sup>

Se as grandes aspirações oitocentistas repousavam sobre a atividade *legislativa* do Estado, eis que garantidora de esferas jurídicas de liberdade resguardadas contra a ingerência administrativa, na segunda metade do século XX a maior preocupação centra-se na atuação *administrativa* do Poder Público, fundamental para o fornecimento racionalizado de prestações sociais asseguradoras de condições de existência digna. Logo, o papel da Administração Pública no Estado Social torna-se decisivo, a ponto de se dizer que de um Estado legislador, próprio do constitucionalismo liberal, passa-se a um Estado administrador, característico do constitucionalismo social.<sup>905</sup> Ou seja: se no Estado Liberal a proeminência era conferida ao Parlamento, principal protetor das liberdades individuais através da edição de leis gerais e abstratas, no Estado Social é a Administração Pública quem assume um protagonismo notável.<sup>906</sup> Afinal, é a ela que a Constituição endereça a ordem de realizar de modo efetivo as transformações sociais por intermédio de medidas de promoção da igualdade.

De acordo com Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a Administração Pública do Estado Social e Democrático de Direito deve conformar-se a um plexo de princípios jurídicos, entre os quais destacam-se três: (i) a *legalidade*, pois o estabelecimento legal das etapas que devem ser seguidas pelo procedimento administrativo consiste em uma trilha planejada para resguardar os direitos e interesses legítimos do cidadão, e que portanto deve ser obedecida pelo Poder Público; (ii) a *eficácia*, porque a organização administrativa deve funcionar para atingir eficazmente os fins que lhe são atribuídos pelo ordenamento jurídico; (iii) o *serviço*, que consiste na função serviente da Administração de atuar sempre em favor dos interesses da coletividade, elemento que constitui a verdadeira justificação de sua existência.<sup>907</sup>

Perceba-se aqui um dos aspectos que se pretende pôr em relevo neste capítulo: a Administração Pública deve se adequar às exigências do Estado Social e Democrático, cuja atuação deve ser eficaz na consecução dos fins que lhe são ditados pela Constituição. E, por decorrência lógica, o Direito Administrativo também há que se adaptar a essas demandas, armando o cidadão não só contra as *ações* violentas do Poder Público, mas também contra as suas *omissões* em implementar medidas que reduzam as injustas disparidades sociais e que promovam a igualdade em sentido material. Conforme os princípios salientados por Rodríguez-Arana Muñoz, não basta respeitar a *legalidade*: é preciso também assegurar a *eficácia* e o

<sup>903</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 318.

<sup>904</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>905</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge». **Revista de Administración Pública**, nº 38, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 35-65, mayo/ago. 1962. p. 44.

<sup>906</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo.. *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>907</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La reforma del Estado de Bienestar. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 11, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 827-837, 2007. p. 830.

*serviço*. Aos direitos fundamentais – e, igualmente, às normas jusadministrativas – não compete somente impedir que as forças policiais violem o domicílio dos particulares, obrigando-as a respeitar a lei e se abster de agredir sua moradia. De nada adianta a previsão desse direito, nem os recursos garantísticos que o Direito Administrativo põe à disposição do cidadão para torná-la efetiva, se o sujeito sequer tem onde morar.<sup>908</sup> Vale dizer: para que o Direito Administrativo como *escudo contra ações* lesivas seja útil, ele precisa também funcionar como *arma contra omissões* antijurídicas, que constanja a Administração a agir – de modo *eficaz e serviente* – em favor da prestação exigida para a satisfação plena do direito fundamental.

Ademais, no Estado Social atribui-se à Administração Pública a função de aparelhamento voltado à transformação das estruturas socioeconômicas da comunidade, com a elevação da qualidade de vida das pessoas e a redução das desigualdades existentes entre elas. Por conta disso, uma enorme parcela das incumbências que lhe são encomendadas tem como foco o atendimento de interesses sociais *transindividuais*, não se limitando – tal como ocorria no liberalismo – ao respeito a direitos de titularidade *individual*. Esse é outro desafio a ser enfrentado pelo Direito Administrativo contemporâneo.

No Estado Social, as omissões administrativas adquirem uma importância extraordinária como espécie de conduta estatal transgressora de direitos fundamentais. Isso não quer dizer que as ações da Administração que agridam a órbita jurídica dos cidadãos deixem de ser objeto de preocupação ou de ser encaradas como antijurídicas. Significa, na verdade, que uma espécie determinada de comportamento do Estado que não constituía fator de receio no modelo liberal do século XIX – isto é: suas posições inativas – passa agora a gozar de *relevância jurídica*. Admite-se no paradigma contemporâneo que, em um sem número de casos, a passividade administrativa ingressa no terreno da antijuridicidade. A violação de direitos fundamentais não se dá mais somente nos casos em que a Administração praticou atos jurídicos ou materiais contrários à lei, invadindo o espaço normativamente delimitado de autonomia do indivíduo. Aceita-se a ideia de que tais direitos podem ser igualmente ofendidos quando o aparelhamento administrativo do Estado, adotando postura afrontosa ao Direito positivo, abstém-se de cumprir ordens constitucionais e legais necessárias para assegurar a satisfação de pretensões jurídicas titularizadas pelo cidadão.

Frente a tais considerações, não é difícil concluir que a *inatividade* administrativa – aqui concebida como inação antijurídica da Administração Pública – afigura-se como o maior cancro do Estado Social de Direito. Ela se trata da postura estatal que mais se contrapõe ao comportamento que naturalmente se espera do Poder Público: o cumprimento espontâneo das atribuições que lhe são cometidas pelo Direito positivo. Por esse motivo, “a passividade administrativa se revela em franca contradição com a realização dos valores e satisfação dos objetivos definidos pelo novo modelo constitucional do Estado Social”.<sup>909</sup> A observação é relevante por uma razão muito simples. Se no Estado Liberal de Direito era crucial que o ordenamento jurídico – em especial a lei em sentido formal – fosse respeitado pelo Poder Público, resultando na contenção de suas *ações* agressivas às liberdades individuais, no Estado Social de Direito é imprescindível que a Administração realize efetivamente *todas* as tarefas e prestações positivas que lhe são ordenadas pela Constituição, sem incorrer em *omissões* vulneradoras dos direitos fundamentais sociais. Reitere-se, pois, que o grande câncer do Direito

<sup>908</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, n° 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962. p. 76

<sup>909</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 74.

Administrativo dos Estados Sociais é a inatividade administrativa, que constitui uma violação material superlativamente grave do cerne constitucional, eis que atenta contra os valores jurídico-políticos mais caros do sistema de direitos humanos.

No âmbito do constitucionalismo social, o bloco de normas que integra a Constituição faz incidir sobre a Administração um amplo conjunto de comandos jurídicos impositivos de condutas ativas. Mas a forma como o faz é muito variada. Por vezes, as disposições constitucionais delineiam com precisão o comportamento que deve ser invariavelmente adotado pelo Estado, indicando quais são os destinatários dessas ações administrativas (titulares de um direito subjetivo ao seu cumprimento), o fim que elas devem atingir e até mesmo os meios que o Poder Público haverá de empregar para alcançar o resultado previsto. São nítidos, em tais situações, os contornos da relação jurídica desenhada pelo sistema normativo. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, são casos em que o texto constitucional veicula “o necessário e suficiente para gerar em prol do administrado uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em um (...) bem jurídico cuja fruição depende de uma *prestação alheia*”, e o faz “em termos que permitam reconhecer qual o comportamento específico deste terceiro capaz de dar concreta satisfação à utilidade deferida ao administrado”.<sup>910</sup> Mencione-se, à guisa de exemplo, o direito fundamental social à aposentadoria dos servidores públicos. O texto constitucional explicita de modo acurado os elementos que integram a relação jurídica: quem são os titulares do direito, os requisitos necessários para conquistá-lo e exercê-lo e o seu conteúdo, com a explicação da forma como será realizado o cálculo do valor dos proventos.<sup>911</sup>

Porém, em outros casos as normas – não só as constitucionais, mas também as legais e regulamentares – expendem diretrizes juridicamente vinculantes que devem ser observadas pela Administração Pública, indicando um interesse geral e objetivo a ser alcançado, sem explicar de antemão, abstratamente e já no texto normativo, em que termos essa atuação administrativa haverá de ser operada. Valendo-se novamente das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, são hipóteses em que a previsão exprime “em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la”, é dizer, “sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”.<sup>912</sup> São normas tão jurídicas quanto as anteriores – e, assim, igualmente providas de imperatividade – mas às quais nem sempre corresponderá prontamente um interesse individual juridicamente protegido na forma de direito subjetivo que autorize, nos moldes

---

<sup>910</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 23.

<sup>911</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 40.** Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: **I** - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; **II** - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; **III** - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: **a)** sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; **b)** sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”.

<sup>912</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 23.

tradicionais, a exigibilidade imediata da conduta positiva estatal em favor de um cidadão determinado.<sup>913</sup> Cite-se o direito fundamental social à “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, constante do art. 7º, XX da CF. Ainda que se trate de disposição dotada de normatividade e eficácia jurídica, que autoriza as mulheres a postularem a anulação de medidas administrativas que sejam nocivas à posição feminina no mercado de trabalho, a Constituição não define de antemão quais são as providências a serem empregadas pelo Estado para atingir a finalidade da norma.

As omissões da Administração Pública em cumprir qualquer um desses tipos de enunciado normativo (dentre outros que se poderia cogitar, situados a meio caminho entre as espécies acima ventiladas) configuram antijuridicidade, por transgressão ao princípio da constitucionalidade, da legalidade ou da autovinculação, a depender da fonte jurídico-formal do dispositivo normativo desrespeitado – respectivamente: Constituição, lei formal ou ato administrativo normativo. As teorias criadas acerca do controle judicial e as soluções já recolhidas pelo Direito positivo dão conta de permitir que muitas dessas modalidades de inatividade administrativa sejam tranquilamente corrigidas pelo Poder Judiciário, máxime nas hipóteses que se assemelham com aquelas já resolúveis pelos esquemas clássicos de jurisdição (como no exemplo da medida administrativa comissiva prejudicial ao mercado de trabalho da mulher). Mas é preciso também refletir sobre novos mecanismos que: (i) viabilizem a obediência de ofício, pela Administração, do conteúdo jurídico dessas normas que impõem ações administrativas, evitando com isso o surgimento de um conflito que careça de resolução judicial; (ii) tornem possível a obtenção dos resultados pretendidos e assegurados pela norma sem a necessidade de provocar o Poder Judiciário.

Convém aprofundar um pouco mais a questão da antijuridicidade das omissões administrativas que atentam contra os direitos fundamentais, em especial os sociais. A Administração Pública, em suas condutas ativas, move-se dentro de uma esfera de legitimidade delimitada pelo Direito positivo, de modo que quando os seus atos desbordam de tais fronteiras eles se tornam antijurídicos. O mesmo ocorre com os seus comportamentos omissivos. O Poder Público está autorizado a permanecer inerte de forma legítima, abstando-se de praticar qualquer atividade administrativa, mas somente dentro da área demarcada pela ordem jurídica: quando a sua inação refoge ao que dispõem determinadas imposições normativas que lhe dirigem um dever de atuar, a Administração já não mais se encontra dentro das raias em que sua omissão é admitida pelo Direito e passa a ingressar no terreno das posições proibidas, de sorte que sua inércia se converte em uma postura antijurídica. Não restam dúvidas, pois, quanto ao fato de que os direitos do cidadão podem ser violados de igual forma, seja por uma conduta ativa, seja por um comportamento passivo da Administração. Significa que o rompimento do ordenamento jurídico pelo Poder Público – e a conseqüente antijuridicidade de sua postura – pode derivar, igualmente, de uma ação ou de uma omissão.<sup>914</sup>

Entretanto, a inatividade administrativa talvez seja, atualmente, um problema ainda maior do que a atividade ilegal ou inconstitucional da Administração.<sup>915</sup> Afinal, no contexto do Estado Social e Democrático de Direito, de nada adianta o sistema constitucional assegurar

<sup>913</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>914</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962. p. 82 e 112.

<sup>915</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis. Prólogo. In: GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 28.

liberdades ao cidadão contra ações administrativas agressivas se ele nem possui possibilidades reais de exercê-las. Sem acesso a um leito em hospital público, para que serve a faceta defensiva do direito à saúde, que confere ao seu titular a liberdade de escolher a quais procedimentos cirúrgicos ele irá se submeter e veda que o Poder Público lhe imponha a sujeição a este ou aquele método diagnóstico? Sem vaga na escola pública, qual é a utilidade do direito de não ser expulso arbitrariamente, que proíbe o Estado de desligar o estudante da instituição educacional pública sem o devido processo legal? Como bem assevera Fernando Garrido Falla desde meados do século XX, interessa mais ao indivíduo “ter um sistema perfeito de seguridade social e bons serviços públicos do que seguir crendo no dogma da liberdade por si mesma, que para tantos miseráveis não implicou outra coisa do que uma bela liberdade para morrer de fome”.<sup>916</sup>

Nada obstante o altíssimo grau de magnitude adquirido no plano teórico pelo fenômeno da omissão administrativa inconstitucional no modelo de Estado contemporâneo, na prática se denota com facilidade que essa espécie de conduta antijurídica da Administração Pública não é considerada como um comportamento dotado da mesma gravidade que habitualmente se reconhece às *ações* administrativas contrárias ao Direito. E isso se dá, novamente, pelo fato de que a dogmática jurídica do Direito Administrativo continua aprisionada nas jaulas do ideário liberal do século XIX, que reputa os abusos comissivos mais perigosos do que as arbitrariedades omissivas. Algumas hipóteses podem elucidar a assertiva.

Imagine-se que o Presidente da República se omita por anos em regulamentar uma lei disciplinadora de um direito fundamental, que demande a expedição de um decreto para fixar determinados critérios imprescindíveis ao seu exercício – o que no Brasil não seria algo meramente hipotético.<sup>917</sup> Não se costuma considerar essa inércia como algo tão lesivo quanto a edição de um decreto, por essa mesma autoridade pública, que crie obrigações não previstas em lei, implicando exorbitância no manejo do poder regulamentar. Mas o nível de antijuridicidade é exatamente o mesmo: descumprimento de uma norma constitucional.<sup>918</sup> A omissão no fornecimento de leitos em hospital público de modo rápido e eficiente não é vista como tão antijurídica quanto o ato do médico imperito que prejudica a saúde do paciente por adotar um procedimento claramente equivocado. O silêncio de um órgão público que se furta a responder um pedido de aposentadoria dentro do prazo legalmente estabelecido para cumprir o seu dever

<sup>916</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. **Las transformaciones del régimen administrativo**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 32.

<sup>917</sup> O exemplo já foi colacionado na Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem 1.3.1. A Lei nº 8.213/91, para concretizar o direito fundamental à assistência social das pessoas com deficiência (art. 6º c/c art. 203, IV, CF), determina que as empresas com mais de cem empregados se encontram obrigadas a preencher de 2% a 5% de seus cargos com beneficiários da previdência social reabilitados ou com pessoas portadoras de deficiência habilitadas. Somente 8 anos depois da promulgação da lei é que foi editado o Decreto nº 3.298/99, o qual indicou os requisitos necessários para que o indivíduo se enquadre no conceito de “pessoa portadora de deficiência habilitada”, permitindo com isso a fruição do direito.

<sup>918</sup> A Constituição Federal atribui ao Presidente da República, na parte final do art. 84, IV, a competência privativa para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como *expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Nunca é demais lembrar que *competência*, na acepção que lhe empresta Celso Antônio Bandeira de Mello, não é uma mera faculdade do agente público, mas sim “*um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos*”. Tais deveres são “*de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos*”, razão pela qual “*exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 148-149). Por conseguinte, o exercício da competência regulamentar é obrigatório ao Presidente da República, maiormente quando a lei expressamente lhe dirige o dever de discipliná-la. O descumprimento dessa atribuição importa, assim, violação à Constituição idêntica àquela que ocorre quando os decretos presidenciais “*exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*” (art. 49, V, CF).

de decidir (v.g., art. 49 da Lei nº 9.784/99)<sup>919</sup> não é encarado como algo tão afrontoso ao Direito quanto a negativa da concessão do pleito, numa hipótese em que todos os requisitos se encontrem preenchidos. A ausência de implementação de políticas públicas de habitação (art. 23, IX, CF)<sup>920</sup> também não é reputada como tão gravosa aos direitos fundamentais quanto a violação de domicílio por parte dos policiais (art. 5º, XI, CF).<sup>921</sup> E o critério para se chegar a essa conclusão é a inexistência de uma resposta, nesses casos de inatividade, que seja tão enérgica quanto as reações juridicamente agressivas que ocorrem em face das ações administrativas inconstitucionais ou ilegais.

Em relação à reprimenda jurídica às situações de ofensa aos direitos fundamentais, tome-se como ilustração os crimes de responsabilidade do Presidente da República. A Constituição brasileira de 1988 estipula em seu art. 85, III que incorrem nessa modalidade de ilícito “os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”. A tipificação das condutas que se encaixam nessa definição é feita pelo art. 7º da Lei nº 1.079/50, cujo inciso 9 dispõe que é crime de responsabilidade do chefe do Poder Executivo federal “violiar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição”.<sup>922</sup> A preocupação da lei, nesse caso, é sancionar a apenas a violação dos direitos fundamentais que deriva de uma ação ou também as que decorrem de uma omissão? Afinal, uma conduta omissiva do Presidente da República que descumpra completamente as ordens constitucionais específicas de atuar em prol da efetivação plena dos direitos sociais não seria uma “violação patente” de tais direitos? O receio em dar uma resposta afirmativa a essa indagação é fruto da herança da racionalidade jurídica liberal do século XIX. Ao que tudo indica, a vastíssima maioria da comunidade jurídica relutaria muito em dizer que sim – que o Presidente, nessa situação, incorreria em crime de responsabilidade – exatamente por considerar que as violações de direitos fundamentais por *ação* são mais graves do que as transgressões *por omissão*.

Outro exemplo capaz de demonstrar o que se está a dizer pode ser extraído do pensamento de Romeu Felipe Bacellar Filho. No catálogo formal de direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil situa-se o art. 5º, III, que assim estabelece: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Sublinha o autor que o corrente é supor que a norma veiculada por esse dispositivo está dirigida ao Direito Penal, pois dela se costuma inferir que se trata de uma ordem *proibitiva* às condutas estatais, destinada a coibir suas *ações* agressivas à integridade física e moral do ser humano.<sup>923</sup> A observação de Bacellar Filho – da qual dificilmente se poderia discordar – atesta a procedência dos argumentos antes lançados. Em geral, a comunidade jurídica só consegue conceber “tortura” e “tratamento desumano ou degradante” como práticas *comissivas*, que se manifestam por meio de um agir

<sup>919</sup> Lei nº 9.784/99: “**Art. 49.** Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”.

<sup>920</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 23.** É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) **IX** - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

<sup>921</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 5º.** (...) **XI** - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar *sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”.

<sup>922</sup> As referências são feitas pela lei aos artigos da Constituição de 1946, vigente à época de sua promulgação.

<sup>923</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 97-101, sep. 2012. p. 100

positivo dos agentes públicos. Somente se admite que a infração do enunciado normativo em questão, com a consequente usurpação do direito fundamental nele albergado, decorra de uma postura ativa da Administração. Na vastíssima maioria das vezes não se aceitará – nem mesmo se cogitará! – a possibilidade de um comportamento estatal *omissivo* importar agravo ao dispositivo sob exame e à posição jurídica jusfundamental por ele protegida.

Contudo, conforme antevê o raciocínio vanguardista do jurista supracitado, um indivíduo gravemente enfermo, “experimentando dores lancinantes e não atendido prontamente em hospital público ou conveniado, faz supor um Estado que, descumprindo todos os seus compromissos com a dignidade da pessoa humana, submete seus cidadãos à inobjetable tortura”. Em seguida, questiona: “e o que pensar da inaceitável omissão estatal ao permitir que pessoas sejam deixadas, sem nenhum atendimento emergencial, nos bancos e macas de ambulatórios, às mais das vezes, ostentando ferimentos degradantes e semi-despidas?”, para concluir que “é evidente que tal atitude caracteriza um tratamento desumano e degradante”.<sup>924</sup> Alguém poderia então afirmar ser possível admitir que tais circunstâncias também configurem antijuridicidade, sem que fosse necessário recorrer ao art. 5º, III da CF. Mas se adotada essa via, certamente não se estaria atribuindo à conduta omissiva da Administração a mesma gravidade da prática *comissiva* de tortura. A sanção aplicável ao Estado e aos seus agentes seguramente seria mais branda do que aquela dispensada a um ilícito tão perverso e afrontoso à dignidade da pessoa humana como é o descrito no dispositivo constitucional em debate.

Nesse influxo, vê-se que um dos problemas que paira sobre a matéria se encontra no fato de que a existência de antijuridicidade nas omissões administrativas nem sempre é algo claramente perceptível.<sup>925</sup> Por isso é que se costuma dizer que a inatividade administrativa consiste em uma das espécies mais refinadas de inconstitucionalidade ou ilegalidade.<sup>926</sup> Distintamente dos casos em que o conteúdo da norma é proibitivo (*dever de não agir*), nas hipóteses em que a Constituição assinala fins a serem atingidos mediante a ação administrativa (*dever de agir*) as estratégias do constituinte, como visto acima, são muito heterogêneas. Não há uma uniformidade no modo como essas ordens de atuar são formuladas, existindo uma expressiva variação nos graus de determinação dos meios que devem ser manejados pelo Poder Público para satisfazer o conteúdo da norma.<sup>927</sup>

Nota-se, ademais, que outra das grandes dificuldades que atravança a eliminação da inatividade administrativa é o fato de que ela não é combatida tão energicamente quanto as ações estatais antijurídicas.<sup>928</sup> A verificação da antijuridicidade ou não de uma omissão administrativa requer, previamente, que se identifique com clareza se existiam naquela situação autênticos

<sup>924</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem*, p. 101.

<sup>925</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración...* *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>926</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975. p. 18

<sup>927</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 62.

<sup>928</sup> Pense-se, por analogia, no caso da função legislativa: ainda que nessa seara se admita a existência de inconstitucionalidade tanto por ação quanto por omissão, a primeira é sancionada de forma muito mais incisiva e eficaz. A lei inconstitucional é invalidada pela jurisdição constitucional, isto é, expurgada do sistema normativo. A omissão legislativa inconstitucional é meramente declarada e nada se faz a respeito com a autoridade ou o órgão que incorreu na postura antijurídica. Por mais que no caso brasileiro se imponha reconhecer os avanços com a mudança de interpretação do STF quanto ao mandado de injunção, na maior parte dos casos a decisão integrativa exarada pela Corte produz efeitos *inter partes*, deixando desamparadas inúmeras outras pessoas que se encontram na mesma posição jurídica. Isso para não falar na maior parte dos outros Estados, que sequer dispõem de um mecanismo como este.

deveres jurídicos de agir. Esse processo é permeado por alguns embaraços, em especial no tocante aos deveres oriundos de normas constitucionais, muitas das quais (embora nem todas) caracterizam-se por uma textura aberta que nem sempre permite a dedução de ordens específicas e precisas de atuação da Administração. Entre os obstáculos que se antepõem a essa tarefa de identificação de quais obrigações são juridicamente exigíveis do Poder Público, cabe ressaltar as frágeis – ou, frequentemente, inexistentes – sanções cominadas ao Estado quando este descumpre os mandamentos constitucionais. A debilidade (ou ausência) de consequências jurídicas sancionatórias para os comportamentos administrativos omissivos contrários a tais imposições constitucionais acaba por ofuscar a natureza coercitiva e a exigibilidade destas últimas.<sup>929</sup> E, com isso, erige-se uma cortina de fumaça que encobre o caráter antijurídico da postura inerte da Administração Pública, que passa a ser indevidamente tolerada com uma tranquilidade muito maior do que a conduta administrativa comissiva, a qual, todavia, dilacera as malhas da Constituição com a mesma gravidade que a abstenção inconstitucional – razão pela qual ambas deveriam receber idêntico tratamento jurídico.

Volte-se a analisar o sistema jurídico brasileiro. A Constituição, na vastíssima maioria das vezes, não fixa uma sanção drástica para a omissão do Governo e da Administração Pública em implementar os seus preceitos relacionados aos direitos fundamentais sociais. Quando há uma relação jurídica individual, concretamente delineada pelo texto constitucional, que investe claramente o titular do direito em uma posição jurídico-subjetiva ativa, o texto constitucional até prevê em certas hipóteses, abstratamente, reprimendas aplicáveis. Assim ocorre com o direito à educação básica gratuita, que o constituinte fez questão de consignar tratar-se de um “direito público subjetivo” (art. 208, §1º, CF), cujo não-oferecimento pelo Poder Público “importa responsabilidade da autoridade competente” (art. 208, §2º, CF). Nem nesse caso a solução foi das melhores, já que o enunciado não diz se essa responsabilidade é civil, político-administrativa, disciplinar ou penal, mas pelo menos é um exemplo que excepciona a regra. A questão que se quer salientar neste momento é que, no tocante à dimensão *objetiva* (e não *subjetiva*) dos direitos fundamentais, o sistema constitucional não demonstra grandes tentativas de coibir o seu descumprimento pela Administração Pública.

É preciso aclarar, sobre esse aspecto, que a inconstitucionalidade da inatividade administrativa lesiva às posições jusfundamentais não se constata somente quando há uma relação jurídica bem delineada e a Administração deixa de adimplir um dever concreto de agir, ao qual corresponde a dimensão subjetiva de um direito fundamental. *Também será contrária à Constituição – e, assim, antijurídica – a inércia da Administração em dar operatividade à vertente objetiva dos direitos fundamentais.* Tal inteligência deriva do papel atribuído à Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito, nos termos já explicitados.

A realização espontânea e integral dos direitos fundamentais, como já se vem afirmando desde o início deste estudo, depende da criação de organizações e procedimentos por parte do Estado que possibilitem de forma universalizada a sua fruição pelos cidadãos, sem que estes necessitem lançar mão de ações judiciais. E o dever de implementar essas estruturas organizativas e procedimentais decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que incide diretamente sobre a Administração Pública. No atual quadro do Estado Social de Direito, *essa promoção ex ante dos direitos fundamentais sociais pela via administrativa, capaz de evitar que o seu conteúdo seja violado por omissão estatal (deixando com isso os seus titulares em*

---

<sup>929</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración...* Op. Cit., p. 38-39.



*situação de desamparo), é tão importante quanto a proteção a posteriori desses direitos pela via jurisdicional.*<sup>930</sup>

É essencial que fique clara a ideia de que, no cenário contemporâneo, segue sendo objeto de preocupação a ação administrativa ilícita que infringe os direitos fundamentais, e que a existência da jurisdição como meio de salvaguarda de tais direitos continua sendo indispensável. Mas à eficácia *defensiva-limitadora* oriunda da perspectiva *subjetiva* dos direitos humanos e aos mecanismos *judiciais* de controle da Administração devem se somar, de modo cumulativo, a eficácia *prestacional-impulsionadora* derivada da faceta *objetiva* dos referidos direitos, bem como a identificação de instrumentos *administrativos* que viabilizem o seu exercício de maneira universal. A partir desse segundo ponto de vista, a Administração Pública encontra-se impelida, ainda que implicitamente, a estruturar organizações e procedimentos que coloquem à disposição dos cidadãos os meios aptos ao exercício de seus direitos fundamentais.

O exemplo já aventado linhas atrás presta-se a clarificar a assertiva. Da função *defensiva* do direito fundamental à moradia deriva a pretensão *subjetiva* de seu titular de não sofrer perturbações do Estado em sua residência, sendo vedado ao Poder Público nela adentrar fora das hipóteses admitidas na Constituição (art. 5º, XI). A inobservância da determinação constitucional lhe autoriza a ingressar com medida judicial para *limitar a ação* administrativa – e tal possibilidade constitui uma garantia de indiscutível valor. Mas da função *prestacional* do mesmo direito provém a ordem, decorrente de sua vertente *objetiva* e também dirigida à Administração Pública, de implementar políticas de edificação de casas populares e de incremento da qualidade das habitações do povo brasileiro (art. 23, IX). A ação estatal agressiva anteriormente mencionada é tão violadora do Direito positivo quanto a omissão administrativa em adimplir esse último mandamento constitucional. Mas ao mesmo tempo em que o Direito Administrativo já se vê amplamente equipado de *escudos defensivos* para proteger o indivíduo contra a primeira arbitrariedade estatal, ele carece ainda de *armas coativas* para combater a abstenção transgressora e compelir a máquina administrativa a atuar *ex ante*, evitando a fulminação da função *prestacional* do direito em questão. Relembre-se: não se está aqui ignorando a existência de ações judiciais individuais e coletivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, por meio das quais se pode inclusive postular tutelas de urgência, de natureza cautelar ou antecipatória. A afirmação refere-se à falta de mecanismos de Direito *material*, e não *processual*.

Em face do exposto, compete à doutrina explorar novas potencialidades do Direito Administrativo, verificando quais dos seus dogmas precisam ser adaptados às necessidades da Administração Pública do Estado Social e com isso permitir a abertura de novos caminhos para a realização da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Através desse viés será possível impulsionar a Administração a satisfazer os direitos sociais de forma espontânea, integral e igualitária.

---

<sup>930</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social...** *Op. Cit.*, p. 42.

### 5.2.2. *Inadequações do Direito Administrativo clássico e a necessidade de um modelo que implemente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (para além da perspectiva individual)*

A configuração do Direito Administrativo e de seus elementos estruturantes não pode ser pensada como algo fixo e engessado para sempre, como se estivesse cristalizada de maneira definitiva com as notas que caracterizaram sua formatação inicial no século XIX. Ela deve ser adaptada às funções que, em cada momento histórico, a Constituição assinala à Administração Pública, conformando-se às novas exigências reclamadas pelo perfil do Estado e pelo sistema jurídico. E o delineamento desse Direito Administrativo, afinado aos postulados do atual Estado Social e Democrático de Direito, só pode ser levado a efeito ao se perceber que a índole que peculiariza a Administração Pública do Estado Liberal não corresponde integralmente às necessidades do modelo ora vigente. O paradigma contemporâneo requer que o aparelhamento administrativo do Poder Público esteja apto a satisfazer eficazmente as demandas sociais através da adoção de uma postura ativa, prestacional e eficiente, sempre atenta ao objetivo de proporcionar o mais elevado grau de igualdade material entre os cidadãos.<sup>931</sup>

O que se vê é que, por um lado, o Estado Social de Direito postula a configuração de mecanismos jurídicos apropriados ao atendimento de suas necessidades, e portanto diversos daqueles elaborados sob a égide do Estado Liberal e de uma realidade completamente distinta. Mas por outro, os contornos dogmáticos e inclusive jurídico-positivos de tais instrumentos permanecem vinculados à racionalidade do liberalismo.<sup>932</sup> Essa transição paradigmática do Estado Liberal ao Estado Social não foi acompanhada, na prática, de uma revisão das premissas basilares que oferecem sustentação ao Direito Administrativo. As tradições do formato oitocentista ainda são extremamente arraigadas na mentalidade jurídica dominante, o que se denota pela habitual relutância em aceitar as transformações operadas na fisionomia da Administração Pública pelas Constituições e pelo modelo social do Estado de Direito. Essa resistência advém, segundo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, do “apego, às vezes compreensível, a preconceitos e estereótipos do passado que impedem o progresso, a evolução das instituições”.<sup>933</sup> E isso se dá não apenas por conta de uma inércia natural, mas especialmente porque as categorias jurídico-administrativas tradicionais, uma vez criadas para dar conta das particularidades próprias do liberalismo, certamente encontram dificuldades de se ajustar à nova realidade. Assim, os institutos, figuras, regras e demais pressupostos clássicos do Direito Administrativo – que continuam sendo usados – não raras vezes se revelam inadequados ou incompatíveis com os problemas fáticos e jurídicos contemporâneos.<sup>934</sup>

Quando se fala aqui na imperiosidade de revisão de alguns dogmas do Direito Administrativo não se está afirmando, em absoluto, que se deva abandonar e rechaçar os institutos construídos, consolidados e lapidados ao longo dos últimos séculos. O que se quer sublinhar é que as categorias e princípios inerentes a esse ramo jurídico não podem ser pensados

<sup>931</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho. **Revista de Administración Pública**, nº 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 149-158, ene./abr. 1990. p. 149-150.

<sup>932</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 427.

<sup>933</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo en el siglo XXI. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 13, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 627-643, 2009. p. 637.

<sup>934</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo...** *Op. Cit.*, p. 329.

de uma forma dogmaticamente cerrada, isto é, como se fossem axiomas abstratos e inquestionáveis, descolados de uma conjuntura jurídico-normativa concreta e historicamente situada. O sentido que se atribui a cada uma das instituições do Direito Público deve ter como fundamento as feições da Constituição e do Estado que estiverem sob análise. Ao se examinar, portanto, o Direito Administrativo inserido em um sistema jurídico que adota a matriz social e democrática do Estado de Direito, não se pode pretender interpretar suas figuras e institutos com a mesma lógica vigente no século XIX.<sup>935</sup>

A elaboração científica do Direito Administrativo clássico possibilitou, a partir do compartilhamento de determinadas premissas comuns pela comunidade jurídica, o alcance de um grau elevado de precisão dogmática, mas para isso foi necessário deixar de lado os segmentos da atividade administrativa que não se enquadravam naqueles moldes. Urge, pois, preservar as conquistas atingidas, mas também avançar rumo a teorias que se pautem menos nas relações individuais travadas entre os cidadãos e a Administração, e mais na “explicação de marcos de atuação e estruturas organizativas dos quais se vale a Administração do Estado-social prestador moderno”.<sup>936</sup> E um desses setores que demanda análise mais aprofundada é justamente o da tutela *ex ante* dos direitos fundamentais pelo Estado-Administração, que merece tanta atenção quanto a proteção *a posteriori* por meio do controle judicial.

Em relação às carências do Direito Administrativo tradicional no que diz respeito à efetividade dos direitos fundamentais, nas próximas páginas se procurará pôr em relevo três aspectos que aqui se reputam dignos de reflexão: **(a)** as limitações de um sistema jurisdicional de garantias preocupado apenas com as *ações administrativas*; **(b)** a insuficiência de um Direito Administrativo que se pautar apenas na perspectiva da *tutela jurisdicional* como meio de realização dos direitos fundamentais; **(c)** a inadequação de um Direito Administrativo excessivamente voltado à proteção do *indivíduo* e da *dimensão subjetiva* dos seus direitos fundamentais, e as conseqüentes razões que acenam para a necessidade de um modelo que implemente a *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais.

**(a)** Cumpre, em primeiro lugar, tecer alguns comentários quanto às falhas de um sistema de justiça administrativa estruturado unicamente com vistas a bloquear as *ações administrativas*, que não esteja equipado para coagir a Administração Pública a adotar determinadas condutas positivas. E isso porque o Direito Administrativo não serve apenas para garantir a proteção do indivíduo contra o Estado, pois como se viu, a vertente liberal dos direitos fundamentais já não é mais suficiente. Sua razão de ser ultrapassa as raias da manutenção das situações vantajosas dos particulares em face de intervenções estatais indevidas.<sup>937</sup>

No campo de controle da atuação estatal, o vetor predominante deixa de ser a *contenção* do poder, destinada à salvaguarda das liberdades. Embora tal preocupação continue vigorando na pauta permanente do Direito Administrativo, recobra agora maior importância *impulsionar* a ação positiva da Administração, certificando-se de que esta irá de fato cumprir as imposições de agir que lhe são assinaladas pela ordem jurídica para propiciar as condições imprescindíveis ao exercício das mesmas liberdades,<sup>938</sup> bem como de outras facetas dos direitos fundamentais que

<sup>935</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo en el siglo XXI... *Op. Cit.*, p. 634.

<sup>936</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 61.

<sup>937</sup> SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons/INAP, 2003. p. 24-25.

<sup>938</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 22-23.

não apenas a de cunho defensivo. É o caso da função prestacional (normativa e fática) dos direitos fundamentais sociais, âmbito onde mais falham as ferramentas jurídicas de tutela jurisdicional do cidadão, visto que estas últimas foram em sua maioria concebidas em um cenário do século XIX marcado pela reduzida intervenção do Estado. Esses mecanismos eram considerados satisfatórios por terem o condão de proteger o sujeito individual contra ingerências ilegais da Administração.<sup>939</sup> Sendo o indivíduo autossuficiente, a salvaguarda de seus direitos exigiria apenas que o Poder Público respeitasse as previsões legais e, com isso, não interferisse em sua esfera jurídica – o que seria garantido pelos instrumentos processuais (ações e recursos) criados pelo sistema de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Viu-se no item 5.1.1. que o caráter revisor da jurisdição converteu-se em um dogma do processo contencioso-administrativo dos países da Europa continental, que vigorou desde o período pós-Revolução Francesa até recentemente. Mas isso se transformou, de modo que o objeto da justiça administrativa deixa de ser a revisão de atos administrativos e se torna a proteção de direitos do cidadão. Essa mudança produziu significativas consequências, pois passou a submeter também ao campo de incidência do controle jurisdicional outras espécies de comportamentos estatais, inclusive os omissivos, tais como o silêncio da Administração e a inatividade administrativa material.<sup>940</sup> Os óbices que tradicionalmente foram opostos ao controle judicial da inatividade da Administração são compreensíveis. Tal possibilidade choca com os fundamentos do Direito Administrativo nascido no seio do constitucionalismo liberal e com a própria razão de ser do modelo de jurisdição administrativa:<sup>941</sup> tanto a disciplina jurídica em tela quanto o mencionado sistema de garantias foram desenvolvidos dentro da lógica de um *escudo protetor*, com o intuito de barrar a *ação* ilícita da Administração. Em última análise, a efetividade dos mecanismos jurisdicionais estava, justamente, em assegurar a postura inativa do Poder Público.

A racionalidade ínsita a esse arquétipo de garantias jurisdicionais, limitado à revisão de atos que gerassem transgressão direta a direitos de titularidade individual, é insuficiente para fazer valer a fórmula atual do Estado de Direito. Afinal, esta reclama que o Poder Público esteja integralmente subordinado à ordem jurídica, de maneira que qualquer comportamento seu que destoe – por ação ou omissão – das balizas limitadoras e ordens impulsionadoras estipuladas pelo Direito Positivo deve ser passível de controle. Mas na lógica que presidia o paradigma liberal de Estado, nos termos antes expostos, não era essa a ideia que prevalecia. De acordo com aquela mentalidade, a antijuridicidade decorrente da morosidade, ineficiência e ineficácia da Administração não suscetível de atingir de modo direto interesses jurídicos individuais de particulares singularizados “parece um mal menor”, pois em tais casos, por mais que sofram “o interesse público e os objetivos marcados pela lei, dificilmente se põem em funcionamento os recursos administrativos e processuais para combatê-la”.<sup>942</sup>

Por conta disso, consoante se verificou anteriormente, até a segunda metade do século XX não houve grandes reações contra as prerrogativas de que gozava a Administração no sistema contencioso-administrativo francês (e também nos países que se inspiraram nesse modelo), tal como a impossibilidade de os tribunais expedirem ordens coativas de agir ao Poder

<sup>939</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis. Prólogo. In: GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 27.

<sup>940</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo en el siglo XXI... *Op. Cit.*, p. 632.

<sup>941</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 11-64, 1986. p. 27.

<sup>942</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 59.

Público. O caráter meramente declarativo das sentenças da justiça administrativa bastava para invalidar o ato praticado. Mas no campo da inatividade administrativa, busca-se muito mais do que a mera anunciação de que a conduta da Administração contrariou o Direito. Nessa seara, uma sentença meramente declaratória que se limite a registrar a existência de uma omissão antijurídica é, no mais das vezes, absolutamente incongruente<sup>943</sup> (para não dizer inútil).

Esse problema já se encontra superado na maior parte dos Estados que seguiram o padrão francês de dualidade de jurisdições, os quais passaram, com maior ou menor amplitude, a admitir o uso de medidas cautelares e de provimentos jurisdicionais mandamentais e executivos contra o Poder Público.<sup>944</sup> No caso brasileiro, que já nos primeiros anos do período republicano passou a adotar o princípio da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, admite-se plenamente o emprego de todos os tipos de tutela processual em face da Administração (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva). Se o Estado incorrer em omissão administrativa inconstitucional, o juiz encontra-se munido de amplos poderes para coagi-lo a cumprir exatamente a prestação positiva específica que lhe era imposta pelo ordenamento jurídico.

Sob esse aspecto, pode-se inferir que o Direito positivo brasileiro se estruturou bem para responder às novas demandas dirigidas ao controle judicial da Administração Pública, que começaram a exigir medidas e técnicas processuais de combate à inação administrativa. Percebeu-se que o bloco de constitucionalidade peculiar ao Estado Social e Democrático de Direito é composto não apenas por proibições à ação da Administração Pública, voltadas a assegurar as liberdades, mas também por comandos que impulsionam a sua atuação, com o fito de implementar prestações positivas necessárias à promoção da igualdade e dos direitos fundamentais sociais. Isso quer dizer que no cenário nacional não há que se falar em um sistema carente de soluções jurisdicionais para o problema das omissões administrativas inconstitucionais. Remete-se, aqui, ao Capítulo 4 do presente estudo, onde pode ser encontrada uma síntese a respeito dos instrumentos processuais de tutela individual e coletiva dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira.<sup>945</sup>

Ocorre que o objeto do Direito Administrativo não se reduz às lentes proporcionadas pela tutela judicial. Ele deve levar em consideração também “aqueles setores nos quais a sonda do controle judicial não chega”.<sup>946</sup> Significa dizer que incumbe a esse ramo jurídico não somente limitar a atuação administrativa e forçá-la a agir em casos pontuais, mas também adequá-la – por meio da revisão de seus dogmas e institutos tradicionais – à formatação jurídica que é constitucionalmente conferida à Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito.

---

<sup>943</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 67-89, out./dez. 2012. p. 68.

<sup>944</sup> Uma síntese das transformações ampliativas do sistema jurisdicional de controle da Administração Pública no fim do século XX e início do XXI em diversos países europeus – tais como França, Espanha, Itália, Portugal e Inglaterra – pode ser encontrada em: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional – uma mudança de paradigma?** Trad. Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 59-90.

<sup>945</sup> Para uma análise detalhada dos mecanismos que o sistema normativo prevê para controlar as omissões administrativas, veja-se: GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 273-346.

<sup>946</sup> SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema...** *Op. Cit.*, p. 23-24.

(b) Cabe ressaltar, então, um segundo aspecto: é insuficiente a abordagem do Direito Administrativo que gire em torno somente da *tutela jurisdiccional* no que diz respeito às vias de realização dos direitos fundamentais. É imperativo visualizar o posto que a jurisdição ocupa no elenco de garantias fornecidas pelo ordenamento jurídico. Ela exerce um papel *subsidiário*, já que se a Administração desenvolvesse regularmente suas funções, promovendo eficazmente os objetivos que a Constituição e a lei lhe impõem, os dispositivos de controle jurisdiccional jamais precisariam ser acionados. Logo, o principal escopo do Direito Administrativo deve ser identificar os focos de ferrugem que oxidam e corroem a máquina administrativa, prejudicando a eficiência e a eficácia de sua performance, para então eliminar pela raiz as causas da deterioração, evitando a sua propagação daninha. E não ocupar-se apenas dos lubrificantes hábeis a corrigir pontualmente as avarias já provocadas, uma vez que a fonte do processo de corrosão não terá sido suprimida.

Uma das razões que tem amesquinhado as potencialidades do Direito Administrativo para viabilizar o cumprimento espontâneo das normas constitucionais pela Administração é uma premissa equivocada da qual geralmente se parte: a de que “a correção ou regularidade da ação administrativa é idêntica à estrita legalidade”,<sup>947</sup> de modo que o controle judicial seria sempre o meio mais adequado de garantir a efetiva realização dos valores constitucionais. O legislador é incapaz de apreender através de critérios jurídicos todos os caminhos possíveis que, diante dos fatos concretos, a Administração Pública haverá de seguir, e com isso fornecer todos os parâmetros necessários para que o juiz possa verificar se ela atingiu ou não as finalidades inscritas na Constituição. Para que o Poder Público consiga alcançar as ambiciosas metas fixadas constitucionalmente, não basta observar as restrições jurídicas que lhe são legalmente impostas. A realidade fática é muito mais complexa e não pode ser reduzida de forma simplista à letra da lei em sentido formal. E a tarefa do Poder Judiciário na seara ora analisada circunscreve-se basicamente em verificar se o comportamento administrativo comissivo ou omissivo afronta a ordem jurídica ou não.<sup>948</sup> Com isso se quer dizer que embora a tutela judicial seja imprescindível (e dela tem cuidado o Direito Administrativo desde o século XIX), ela não é suficiente para solucionar hodiernamente o problema da inefetividade dos direitos fundamentais sociais.

Embora o ordenamento jurídico veicule normas das mais diversas espécies, inclusive muitas que resguardam também, no plano abstrato, valores e interesses coletivos, as garantias efetivas por ele disponibilizadas ainda são muito restritas e majoritariamente direcionadas à tutela judicial individual. Não é por outro motivo que autores como Alejandro Nieto denunciam o “erro daqueles que centram todo o progresso do Direito Administrativo na proteção jurisdiccional”, que embora seja um “objetivo muito desejável”, é preciso ter consciência de suas limitações.<sup>949</sup>

É indiscutível que o Direito em geral e o Administrativo em particular têm como um de seus propósitos centrais a defesa dos direitos individuais dos cidadãos – e sobre esse fato descansa a importância transcendental de que desfruta a tutela judicial e todos os seus corolários. Mas é também verdade que o Direito Administrativo não pode encerrar-se somente nesses

<sup>947</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España... Op. Cit.*, p. 57. O autor denuncia a erronia de tal premissa.

<sup>948</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Idem*, p. 56-58.

<sup>949</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975. p. 15.

mecanismos processuais e esquecer os “direitos dos indivíduos que não têm acesso aos escritórios de advocacia (...) nem, muito menos, os interesses da coletividade”.<sup>950</sup>

Quando o assunto em tela é a atividade administrativa que deve ser posta em marcha de ofício, por força da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, de modo universalizado para a satisfação de interesses e pretensões jurídicas de natureza supraindividual, é fundamental explorar as diversas funcionalidades do Direito Administrativo material para possibilitar essa atuação. Lembre-se, sobre esse ponto, que as técnicas empregadas pelo constituinte para endereçar deveres positivos de agir à Administração são variadas, e muitas vezes não conferem um radical subjetivo individual ao direito fundamental em questão por não terem delineado de pronto, com precisão, quais pretensões jurídicas poderiam ser imediatamente exigidas por um cidadão isolado. A solução nesses casos até pode vir a ser a tutela judicial, quando se puder comprovar a existência de proteção insuficiente do bem jurídico pela Administração, ensejando a ressubjetivização da dimensão objetiva do direito fundamental.<sup>951</sup> Mas a proteção jurisdicional não será sempre o melhor remédio para a patologia da inatividade administrativa. Conforme adverte Vanice Lírio do Valle, “a simplicidade das assertivas garantísticas não pode gerar a falsa impressão da possibilidade de concretização, pelo Judiciário, de todos os direitos constitucionalmente enunciados”.<sup>952</sup>

A impossibilidade de se assegurar a implementação efetiva e integral dos direitos fundamentais sociais exclusivamente pela via judicial não significa que essa meta seja inatingível e que não haja outros meios de satisfazê-los em sua plenitude. A garantia de realização do sistema jurídico não está apenas nas mãos do Poder Judiciário. Essa ideia de que o controle jurisdicional é o principal antídoto para solucionar a desobediência da ordem jurídica pela Administração é própria do Estado Liberal de Direito. Se naquele contexto o foco central de realização dos direitos fundamentais era a jurisdição, como principal meio de tutela das liberdades, no Estado Social o aparato determinante para a realização desses direitos é a Administração, que se revela como o instrumento primário para a promoção de prestações sociais. Ainda que seja possível – e necessário – que haja a intervenção judicial para colocar nos trilhos o administrador que desvia da rota traçada pela Constituição e pelas leis, não é aos órgãos judiciais que compete a incumbência de configurar primariamente as estruturas administrativas e indicar quais são os melhores caminhos que a Administração deve adotar para atingir os objetivos constitucionais.<sup>953</sup>

Sob a óptica do Direito Administrativo, consoante já reconhecia Lorenzo Martín-Retortillo Baquer desde 1962, além da via judicial há outras vias que podem ser exploradas para facilitar o cumprimento administrativo das normas jurídicas. Nas palavras do autor, isso significa que é preciso “corrigir possíveis defeitos, ativos ou passivos, da Administração Pública, não só mediante a posterior retificação através dos Tribunais, mas também mediante um trabalho preventivo, aperfeiçoando os mecanismos administrativos”.<sup>954</sup> À tutela judicial deve ser reservado um caráter secundário no tocante aos mecanismos propulsores da atuação

<sup>950</sup> NIETO, Alejandro. *Idem*, p. 23.

<sup>951</sup> Ver Parte I, Capítulo 4, item 4.1., subitem 4.1.2. “A *transindividualidade como característica comum a todos os direitos fundamentais e a possibilidade de ressubjetivização da dimensão objetiva*”.

<sup>952</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 146.

<sup>953</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social...** *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>954</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge». **Revista de Administración Pública**, nº 38, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 35-65, mayo/ago. 1962. p. 51-52.

administrativa. Cuida-se de uma saída acessória, haja vista que o intuito da ordem jurídica é que o sistema normativo seja naturalmente cumprido pelos poderes constituídos, ou seja, que estes “*desenvolvam ordinária e satisfatoriamente as suas funções*”.<sup>955</sup> Os utensílios judiciais, nesse influxo, apenas propiciam “uma visão parcial – e patológica – da vida do Direito”.<sup>956</sup>

Por mais que seja crucial a existência de vias processuais de tutela judicial dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, a missão do Direito Administrativo não para por aí. É preciso formular novas soluções que afastem a necessidade de se ter que lançar mão de tais ferramentas. Conforme aponta Luciano Parejo Alfonso, o que se demanda do Direito Administrativo na atualidade é uma antecipação do conflito, propiciando a harmonização de interesses colidentes e evitando que as controvérsias acabem tendo de ser resolvidas na arena judicial.<sup>957</sup> Se o processo do século XIX e princípios do século XX tinha como enfoque a reparação das ofensas já causadas aos direitos, em uma perspectiva *repressiva*, contemporaneamente a preocupação maior em termos de garantias tem em mira evitar as lesões que possam ser suscitadas pelo comportamento antijurídico do Poder Público, por ação ou omissão, desde um ponto de vista *preventivo*. O que se busca atualmente é “a indução ou produção de resultados futuros”.<sup>958</sup>

E essa função preventiva que compete ao Direito Administrativo só pode ser empreendida se em sua agenda for inserida a problemática da faceta objetiva dos direitos fundamentais, que uma vez implementada de forma adequada torna desnecessário o socorro às técnicas jurisdicionais de proteção desses direitos. É forçoso, dessa maneira, expandir o raio de abrangência da disciplina em questão, enveredando o eixo das investigações do Direito Administrativo para aqueles âmbitos da atividade administrativa que carecem de aprimoramento sem depender, para isso, de qualquer intervenção da jurisdição.

(c) Como decorrência da constatação anterior, chega-se ao terceiro ponto a ser elucidado: a inadequação de um Direito Administrativo demasiadamente dirigido à tutela do *indivíduo* e da *dimensão subjetiva* dos seus direitos fundamentais, e a necessidade de um modelo que seja capaz de dar concretude à *dimensão objetiva* de tais direitos.

O Direito Administrativo – não só em suas origens, mas também contemporaneamente – ostenta uma inegável faceta individual. A tutela singularizada dos direitos subjetivos constitui elemento que certamente integra – e deve continuar integrando – a essência dessa disciplina jurídica. Mas a questão é que essa perspectiva, que antigamente dava conta de atender às principais finalidades do Direito Administrativo liberal, deve ser reparada e complementada, na medida em que a realização de interesses e pretensões supraindividuais tornou-se também uma de suas tarefas primordiais.

Levando em conta esse aspecto, Eberhard Schmidt-Aßmann indaga: “é possível salvaguardar e conservar a dimensão dos direitos individuais, a perspectiva individual do Direito Administrativo?”. O autor comenta que a dogmática jusadministrativa dominante ainda não dá uma solução definitiva às necessidades gerais e coletivas, e por isso não se mostra inteiramente apta a combater integralmente os riscos de caráter estrutural que vêm surgindo. E ao responder à pergunta formulada, sublinha que, embora a dimensão individual constitua o ponto de partida e o

<sup>955</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>956</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo... *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>957</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España...** *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>958</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 114-115.



objetivo final de todo o campo de análise do Direito Administrativo, nada impede que a ela se agregue a preocupação com o cumprimento das normas objetivas pela Administração, sobretudo as que concernem à sua dimensão institucional. A conclusão a que chega o jurista – com a qual aqui se concorda – é que o pensamento jurídico-administrativo deve incorporar entre seus temas de reflexão não apenas as decisões administrativas singulares, mas também os fenômenos administrativos que produzem impactos de grande incidência. Mantêm-se, assim, dois setores de exame do Direito Administrativo: o de tutela dos direitos *subjetivos*, de matriz individual, e o âmbito ocupado com a realização do Direito *objetivo*, de feição coletiva ou geral, que por sua vez jamais poderá deixar de considerar as posições jurídicas individuais.<sup>959</sup>

Nessa esteira, Fernando Dias Menezes de Almeida afirma que na esfera do Direito Público, marcadamente no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, “nota-se ainda um movimento de reforço da posição do direito subjetivo, revestido da noção de direitos fundamentais”. Entretanto, por mais que essa condição de titulares de direitos subjetivos seja aprazível aos cidadãos, que se sentem mais seguros quando desfrutam dessa posição, emergem outras situações em que a Constituição veicula normas de direitos fundamentais sem que delas seja possível extrair uma pretensão jurídica exercitável individualmente. A complexidade da questão – grifa o autor – se engrandece no terreno dos direitos econômicos e sociais, no qual ainda não se alcançou “um equilíbrio na compreensão da melhor dinâmica em termos do controle jurisdicional de sua efetivação”. E isso se passa porque, a despeito da existência de uma avançada sistemática processual de tutela coletiva no Brasil, sua utilização paralelamente com os mecanismos tradicionais de tutela singular desemboca em um embaraço: algumas decisões judiciais restringem-se a julgar situações individualizadas, “comprometendo o equilíbrio de políticas concebidas pela administração para o todo social ou, ao menos, comprometendo a isonomia dos destinatários dessas políticas”, enquanto outras “interferem com a própria concepção geral e abstrata das políticas, em uma invasão do espaço concebido como da administração ou da legislação”. A conclusão a que chega o mencionado jurista é a de que a teoria do Direito Administrativo depara-se hoje com um desafio: o de buscar uma melhor compreensão da relação jurídica que o sistema normativo (constitucional e legal) estabelece entre a Administração Pública e o cidadão, considerado não em sua qualidade de sujeito ativo titular de uma obrigação específica, mas sim em sua condição de destinatário da ação administrativa *geral*.<sup>960</sup>

Observou-se no item 5.1. que o sistema judicial de controle da Administração Pública exigia, em seu traçado oitocentista, a presença de um direito subjetivo ou interesse direto e pessoal do particular afetado para habilitar a impugnação da conduta administrativa ilícita. Retomando as considerações lançadas no Capítulo 4, pode-se dizer que a proteção judicial admitida ao longo do século XIX englobava apenas a dimensão subjetiva – e individual – dos direitos fundamentais. Com isso ficavam descobertos e imunes à correção jurisdicional outros comportamentos antijurídicos do Poder Público, que embora lesivos ao sistema normativo e à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (e, portanto, ofensivos a pretensões jurídicas de natureza transindividual), não violavam de forma direta e específica a esfera jurídica de um indivíduo determinado que estivesse processualmente legitimado a acionar a justiça.

---

<sup>959</sup> SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema...** *Op. Cit.*, p. 22-23.

<sup>960</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. p. 385-387.

No Estado Social, o âmbito de atuação da lei (e demais normas jurídicas, inclusive as constitucionais) ultrapassa o marco de uma relação jurídico-subjetiva, uma vez que estabelece metas coletivas que transcendem o conhecido formato individualista de vínculo jurídico (titular do direito subjetivo *vs.* correspondente obrigação da Administração). O sistema normativo (constitucional e legal) passa a expender deveres aos entes administrativos destinados à realização de interesses de natureza transindividual – coletiva e difusa – que dizem respeito a uma infinidade de pessoas integrantes da mesma comunidade. Em muitos casos, não é possível demonstrar a existência de uma ligação pessoal e direta de um cidadão concreto com o interesse supraindividual tutelado pela norma legal ou constitucional. Esse quadro passou a se tornar problemático diante de um sistema jurisdicional que, como regra geral, enraizava-se na proteção de pretensões jurídico-subjetivas de cunho individual, cuja tutela demandava a demonstração de um interesse imediato e pessoal do postulante para habilitar o seu acesso à justiça.<sup>961</sup>

Todavia, mesmo com os avanços que ampliaram as hipóteses de legitimação processual, há que se admitir que na quadra atual do Estado Social e Democrático de Direito a jurisdição não é a única – nem, muitas vezes, a melhor – via para assegurar o cumprimento das ações que o Direito positivo encomenda à Administração. Faz-se imperioso um avanço a respeito desse tema. O Poder Judiciário é sim um excelente e indispensável recurso para assegurar que a Administração seguirá se movimentando dentro das balizas da lei e da Constituição. E por isso deve ser mantido e fortalecido. Não obstante, como já vinha alertando Fernando Garrido Falla desde 1951, “o contencioso-administrativo tradicional baseado no direito subjetivo como fundamento do recurso [ou ação judicial] ficou pequeno diante das novas exigências da legalidade administrativa”.<sup>962</sup>

Na seara das normas que impõem o dever de ação administrativa, nem sempre os efeitos por elas desencadeados podem ser efetivados da melhor maneira pelos órgãos judiciais (ainda que muitas vezes possam sê-lo).<sup>963</sup> A concretização da função prestacional (normativa ou fática) dos direitos fundamentais não deve ser vista somente com os mesmos olhos de um sistema de garantias originalmente criado para a tutela de sua eficácia defensiva (de não intervenção). Se o inimigo é outro (antijuridicidade administrativa por omissão) e se revela mais resistente às armas já desenvolvidas (controle judicial individual), impende criar outras que estejam mais aptas a combatê-lo. É necessário desvincular-se um pouco dos esquemas tradicionais e enxergar a complexidade da questão, que está a demandar a revisão de alguns dogmas para possibilitar que o cumprimento das disposições normativas constitucionais seja feito pela Administração de forma espontânea, integral e igualitária. Logicamente não se pode desprezar o arsenal bélico já fornecido – e constantemente aprimorado – pelo Direito Processual Civil, mas cumpre, simultaneamente, identificar os “calcanhares de Aquiles” do Direito Administrativo material que debilitam os cidadãos e os deixam desamparados em face das injustiças decorrentes da inatividade da Administração.

E é por esse motivo que atualmente se torna imprescindível a preocupação com os comportamentos omissivos da Administração Pública que transgridem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, haja vista que se trata de uma patologia jurídica tão perniciosa quanto as

<sup>961</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración...* *Op. Cit.*, p. 74-75.

<sup>962</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. *La Administración y la Ley*. *Revista de Administración Pública*, nº 6, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 125-142, sep./dic. 1951. p. 140.

<sup>963</sup> Um exemplo concreto (e bastante emblemático) da insuficiência da atuação jurisdicional para a resolução de determinados problemas sociais que envolvem direitos fundamentais será exposto nas últimas páginas da Parte I, Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.2.

condutas comissivas que violentam a sua dimensão subjetiva – as quais, no modelo liberal do Estado do Direito, eram as únicas a receber a devida atenção do Direito Administrativo e de seu sistema judicial de garantias. O cumprimento objetivo – vale dizer: sem necessidade de provocação subjetiva – das normas constitucionais pela Administração e a eficácia de sua atuação, até então indiferentes a esse ramo do Direito, transformam-se então em um “relevante jurídico”.<sup>964</sup>

O fato de a dogmática do Direito Administrativo clássico enfatizar demasiadamente a tutela jurisdicional de situações jurídicas subjetivas e individuais acabou por relegar a um segundo plano, quando não ao esquecimento, outras situações igualmente relevantes, como é o caso da impulsão de ofício da Administração em direção à realização das normas de Direito objetivo. As circunstâncias que merecem a atenção desse ramo jurídico, sobretudo nos dias de hoje em países que adotam a cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, não se reduzem àquelas que podem ser descritas através da relação jurídica bilateral que abrange apenas Administração-sujeito individual.<sup>965</sup> Surgem contemporaneamente redes complexas de relações plurilaterais envolvendo o Poder Público e múltiplos outros atores sociais, em meio a interesses difusos insuscetíveis de individualização, o que faz emergir a importância de se pensar não apenas nas garantias de situações individuais, mas também – e principalmente – em mecanismos que desobstruam a atividade administrativa, afastando entraves que lhe impeçam de atender voluntariamente e universalmente às ordens que lhe são impostas objetivamente pelo sistema normativo.

O problema maior do Direito Administrativo contemporâneo não está na ausência de previsão de normas protetivas de interesses coletivos, mas sim no fato de que, em grande parte das vezes, elas carecem de garantias reais para a sua implementação. E isso sucede dessa maneira porque “o Direito Administrativo, salvo exceções, só reconhece e se estende aos direitos individuais ou à soma deles. Mais além dessa fronteira começa o [domínio do] político, em cujo terreno não se decide a entrar”.<sup>966</sup> Explica-se. A atenção dos administrativistas, por força da tradição herdada do modelo liberal, costuma ser despertada apenas quando o comportamento da Administração – em geral o comissivo – gera impactos concretos na esfera jurídica de sujeitos determinados. O foco, assim, centra-se nos casos em que a conduta administrativa suscita consequências no marco de uma *relação jurídica individual*. Para utilizar uma diferenciação técnica cara a Santi Romano, os administrativistas conferem maior relevo às situações de violação de *obrigações* da Administração perante os particulares titulares de um direito subjetivo correlato, ocupando-se menos da ofensa a *deveres* genéricos que o Direito impõe ao Estado, aos quais não correspondem direitos subjetivos de indivíduos específicos.<sup>967</sup> Por esse motivo, quando se tratava de interesses relacionados com o descumprimento de deveres jurídicos genéricos pela Administração, sem a afetação direta de direitos subjetivos, a doutrina do Direito Administrativo

<sup>964</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>965</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España...** *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>966</sup> NIETO, Alejandro. **La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo...** *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>967</sup> De acordo com o autor, há casos quem que há “um *dever* sem que haja um beneficiário dele que tenha a qualidade de pessoa e se possa então considerá-lo como sujeito de um direito correlato”. Tais deveres se diferem daquelas situações em que há uma relação jurídica concreta e individualizada, na qual o sujeito ativo é dotado de poderes em face de “uma determinada coisa ou outro objeto, ou frente a determinadas pessoas, que teriam *obrigações* correspondentes, ou seja, os poderes que assumem as características de *direito subjetivo*”. ROMANO, Santi. **Frammenti di un Dizionario Giuridico**. Milano: Giuffrè Editore, 1953. p. 96-97; 104 (sem grifos no original).

do século XIX reputava-os como interesses simples, difusos, que não desfrutavam de envergadura jurídica suficiente para provocar a jurisdição e compelir o Poder Público a atendê-los.<sup>968</sup>

É bem verdade que, posteriormente, foram sendo criados conceitos como o recurso por *excès de pouvoir* (formulado na França), o interesse legítimo (constitucionalizado na Itália), o direito público subjetivo reacional ou impugnatório (bastante difundido na Espanha), entre outras figuras que intencionavam ampliar o rol de interesses suscetíveis de tutela jurisdicional para além daqueles que se amoldavam perfeitamente ao conceito tradicional de direito subjetivo. Mas tais categorias não foram capazes de fazer ruir a hegemonia do raciocínio, antes exposto, de que o atendimento dos interesses gerais por meio da realização plena do Direito objetivo é uma incumbência que deve ficar nas mãos da Administração, competindo aos cidadãos somente suscitar o seu controle jurisdicional quando ostentassem alguma espécie de interesse pessoal no cumprimento administrativo das determinações emanadas do ordenamento jurídico.

Trasladando essa questão para o âmbito da teoria constitucional e da dogmática dos direitos fundamentais, é possível inferir que o Direito Administrativo construiu-se quase que exclusivamente em torno da *dimensão subjetiva* de tais direitos, emprestando escassa consideração (quando não desprezando por completo) à sua *perspectiva objetiva*. O núcleo das atenções situou-se: (i) nos atos administrativos que excediam os limites legais e atingiam as liberdades públicas; (ii) nos procedimentos administrativos que inobservavam o devido processo legal e transgrediam direitos individuais (v.g., desapropriação e limitações à propriedade; sanções e intervenções decorrentes do poder de polícia); (iii) nos contratos administrativos cujas cláusulas eram desrespeitadas pela Administração; (iv) na responsabilidade contratual ou extracontratual do Estado, para reparar os danos causados por todas essas condutas ilícitas afrontosas a direitos subjetivos dos particulares; (v) nos mecanismos processuais aptos a instar a jurisdição em busca da tutela de tais pretensões jurídicas de cunho individual. Não figurava entre os propósitos centrais do Direito Administrativo o desenvolvimento de técnicas destinadas a constranger a Administração a trabalhar nas hipóteses em que ela se mantém inerte e nada faz para satisfazer a vertente transindividual dos direitos fundamentais, criando condições para a sua fruição por todos os cidadãos e removendo os obstáculos que impedem o seu exercício real e efetivo.

Como bem evidencia Carlos Balbín, “não é possível pensar e construir o Direito Administrativo [exclusivamente] a partir do campo dos direitos individuais”. O que se faz necessário, na realidade, é “redefinir esse pilar em termos de direitos sociais e coletivos e, conseqüentemente, repensar as regras e institutos de nosso [ramo do] conhecimento a partir desse novo conteúdo”.<sup>969</sup> É momento, assim, de essa disciplina jurídica alargar o seu círculo de desempenho para além das fronteiras do individualismo, reincorporando à sua área de atuação os interesses coletivos e estudando os meios mais adequados a satisfazê-los de forma geral, universalizada e igualitária. Isso é o que exigem as mudanças constitucionais pelas quais passou o Estado contemporâneo. E é também nesse ponto que se põe às claras a defasagem do Direito Administrativo clássico: a falta de mecanismos aptos a assegurar a eficiência da Administração Pública e permitir-lhe implementar espontaneamente, sem qualquer coerção judicial em prol de

<sup>968</sup> MORELL OCAÑA, Luis. La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los “standards” de conducta previstos por la ley. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 65-80, 1986. p. 67-68.

<sup>969</sup> BALBÍN, Carlos F. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 170.

um cidadão individual, as medidas necessárias à satisfação integral do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, realizando de forma plena a sua dimensão objetiva.

Quando a Administração deixa de adimplir o mandamento constitucional de agir que lhe é dirigido pela face objetiva dos direitos fundamentais, inúmeros titulares de tais direitos quedarão desamparados diante da inércia estatal. É a ausência de um regulamento administrativo que inviabiliza a reivindicação de um benefício assistencial previsto em lei que exija o seu regramento via decreto do Poder Executivo; a abstenção de criar um programa de construção de casas populares; a inexistência de programas de capacitação laboral e reinserção do desempregado no mercado de trabalho; entre tantas outras hipóteses de inação. As consequências produzidas por essa omissão são gravíssimas, ocasionam um impacto à generalidade dos cidadãos e derivam de uma conduta claramente inconstitucional, quando se trata de descumprimento de preceitos objetivos da Lei Maior. Ainda que se admita a tutela judicial individual nos casos que envolvam ofensa ao mínimo existencial, o Poder Judiciário poderá resolver situações pontuais, mas para cada problema isolado solucionado restam outros milhares não amparados.<sup>970</sup>

Daí porque se afirma, neste trabalho, ser imperioso pensar em novas ferramentas para propiciar uma observância do prisma objetivo dos direitos fundamentais pela Administração Pública. A criação de mecanismos aptos a dar concretude a essa faceta de tais direitos só será reputada como realmente relevante e urgente a partir do momento em que for revista a noção dogmática de relação jurídico-administrativa, com o abandono de seus traços liberais timbrados pela situação subjetiva indivíduo-Administração. Nesse sentido, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ressalta que a nova condição assumida pelos direitos fundamentais, de *impulso e linha diretiva* que conforma todo o sistema jurídico constitucional-administrativo, introduz um fator diferenciado: ela faz com que o Direito Administrativo tenha de promover a efetividade desses direitos mesmo quando não haja uma postulação subjetiva formulada pelo particular.<sup>971</sup> É exatamente nesse ponto que avulta o impacto da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que tanto se busca evidenciar na presente investigação. Como já se observou anteriormente, o Tribunal Constitucional Espanhol teve a oportunidade de decidir que “da obrigação de submissão de todos os poderes à Constituição não se deduz somente a obrigação negativa do Estado de não lesionar a esfera individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais, mas também a obrigação positiva de contribuir à efetividade de tais direitos, e dos valores que representam, *ainda quando não exista uma pretensão subjetiva por parte do cidadão*”.<sup>972</sup>

O Direito Administrativo não pode fechar os olhos para essas mudanças constitucionais e manter-se focado apenas nas garantias (mormente judiciais) de segurança e estabilidade das liberdades e da propriedade contra intervenções estatais arbitrárias. Ele precisa acompanhar as alterações experimentadas pelo perfil das Constituições e, seguindo o mesmo influxo, voltar-se à criação de teorias, categorias, figuras e interpretações de seus institutos tradicionais que viabilizem o cumprimento dessas tarefas que as normas constitucionais encomendam à Administração. Alguns dos dogmas que norteiam a teórica do Direito Administrativo clássico,

<sup>970</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 11-64, 1986. p. 18.

<sup>971</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo Constitucional. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXV, nº 293, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-22, feb. 2003. p. 22.

<sup>972</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 53/1985 del Tribunal Constitucional, Pleno, el 11 de Abril de 1985.

talhado no marco do liberalismo do século XIX, precisam ser revisitados, reinventados e inclusive, em alguns casos, revistos.

Com isso se quer dizer que de nada adianta esperar sentado que o administrador efetive o conteúdo dos mandamentos constitucionais necessários à realização dos direitos fundamentais sociais, se sobre ele ainda pairam fantasmagóricos alguns axiomas do Direito Administrativo arquitetados em um momento histórico completamente diverso, cuja fonte de derivação já secou há décadas. Para que a vertente objetiva dos direitos fundamentais seja adequadamente implementada de ofício pela Administração, é imperativo desprender-se de alguns pressupostos que na conjuntura do liberalismo tinham sua razão de ser, mas que deixam de se justificar em muitas situações nos dias atuais. É o caso das ideias – hoje equivocadas – de que: (i) o administrador não pode resolver os litígios com o cidadão (mesmo em matéria de direitos fundamentais) pela via consensual, devendo lutar sempre pelos interesses financeiros da pessoa jurídica estatal; (ii) o advogado público encontra-se obrigado a contestar todas as ações judiciais e recorrer de todas as decisões contrárias ao Estado, ainda que a pretensão do particular encontre guarida no Direito positivo; (iii) o Poder Público não pode reconhecer *sponte propria* que praticou ato lesivo ao sujeito privado, só devendo reparar os danos após decisão judicial condenatória transitada em julgado; (iv) a Administração Pública não pode agir *contra legem* nem *praeter legem*, mesmo que o conteúdo da lei seja ofensivo aos direitos fundamentais, ou insuficiente para viabilizar a sua fruição.

É a própria Constituição que fornece o substrato jurídico necessário para autorizar a construção *de lege ferenda*, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, de fórmulas, técnicas e instrumentos administrativos de combate à inatividade da Administração Pública nesse campo. O fundamento para essa elaboração de soluções não expressamente descritas em enunciados normativos positivos é a posição de supremacia axiológica de que desfrutam os direitos fundamentais na ordem jurídica, haja vista que é a própria Constituição que estabelece a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, II) e a *aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais* (art. 5º, §1º), além de alçar os *direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça* à condição de *valores supremos* da sociedade brasileira (Preâmbulo). Esse caráter prioritário que o constituinte de 1988 imprimiu à realização dos direitos fundamentais no Direito pátrio constitui uma chama tão inflamada e incandescente que se afigura capaz de derreter os dogmas cristalizados por um Direito Administrativo originado no marco do liberalismo oitocentista, permitindo à doutrina contemporânea remodelá-los de acordo com as exigências do Estado Social e Democrático de Direito.

O art. 3º da Constituição de 1988, ao fixar os diversos objetivos a serem atingidos pela República Federativa do Brasil, impõe diretrizes políticas que devem ser compulsoriamente implementadas pela Administração Pública. Fala-se, como já se disse em outras passagens deste estudo, em construir uma sociedade livre, justa e solidária, em promover o desenvolvimento nacional e o bem de todos, em reduzir as desigualdades regionais e sociais e em erradicar a marginalização e a pobreza. Como todas as demais normas constitucionais, tal dispositivo desfruta de plena eficácia jurídica. E a inegável dificuldade de retirar esses comandos do mundo da abstração e torná-los uma realidade concreta não é suficiente para subtrair o seu *status* jurídico-normativo. Mas também é verdade que a realização dos preceitos enunciados pelo art. 3º da CF em sua integralidade logicamente não se dará de maneira abrupta e repentina. A sua efetivação “não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude

positiva, constante e diligente do Estado”.<sup>973</sup> Por conta disso, muito embora o Poder Judiciário possa ser eventualmente acionado para recolocar a Administração no caminho apontado pela referida determinação constitucional, quando esta desviar da rota que lhe é indicada, o Direito Administrativo necessita aportar outras soluções para que a materialização desses objetivos fundamentais da República possa ocorrer naturalmente, mediante ações espontâneas do Estado.

Resumidamente: a proteção jurisdicional é imprescindível, mas muitas vezes ela é insuficiente. Urge, pois, investigar quais medidas podem ser adotadas voluntariamente pela Administração Pública para dar concretude ao programa constitucional relativo aos direitos fundamentais, para que o cidadão não necessite recorrer ao Poder Judiciário. Desse modo, sem olvidar a relevância de uma tutela *judicial* adequada, é chegado o momento de refletir sobre a necessidade de uma tutela *administrativa* efetiva.

---

<sup>973</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37.

## CAPÍTULO 6 – TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DESTINATÁRIA DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo dos capítulos antecedentes foram identificados diversos problemas existentes em alguns pressupostos amplamente compartilhados por parcelas da doutrina e jurisprudência brasileiras, no que diz respeito à realização dos direitos sociais – seja no campo do Direito Constitucional, seja no do Direito Administrativo. Entre eles, insta ressaltar os seguintes:

(a) a falta de percepção quanto aos efeitos jurídicos concretos da multifuncionalidade e da dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais,<sup>974</sup> facto que, por sua vez, gerou dois outros problemas: (a.i) a propagação de uma dicotomia artificial operada entre “direitos de liberdade” e “direitos sociais”, derivada de uma pretensa distinção entre suas estruturas normativas, que supostamente geraria uma diferenciação em relação ao grau de aplicabilidade imediata de cada uma dessas “espécies” de direitos fundamentais,<sup>975</sup> (a.ii) a obscuridade quanto à titularidade dos direitos fundamentais sociais, explicada pela maior parte dos autores e decisões judiciais de forma disjuntiva: ou exclusivamente individual, ou unicamente transindividual;<sup>976</sup>

(b) a premissa – desconforme à ordem constitucional brasileira – de que ao Estado incumbe um papel subsidiário, competindo não apenas ao Poder Judiciário, mas também à Administração Pública a função limitada de assegurar aos cidadãos somente as prestações necessárias a garantir o mínimo existencial, suficiente para proporcionar a todos um mesmo ponto de partida (igualdade de oportunidades), refugindo do âmbito de atuação estatal qualquer dever de reduzir a distância entre as mais díspares posições sociais (v.g., mais ricos *x* mais pobres);<sup>977</sup>

(c) o apego a construções teórico-dogmáticas do século XIX em termos de protecção dos direitos fundamentais, responsável por conduzir a uma centralização excessiva da discussão a respeito da efectivação dos direitos sociais em torno do Poder Judiciário, mediante uma lógica liberal, individualista e subjéctivista; tal racionalidade demonstrou-se despreocupada com a criação de mecanismos para dar operacionalidade à dimensão objectiva de tais direitos, a qual dirige à Administração Pública a obrigação de criar *sponte propria* condições reais e efectivas para a sua fruição plena e de modo igualitário por todos os seus titulares.<sup>978</sup>

As críticas e discordâncias a esses raciocínios foram manifestadas nos tópicos precedentes. Em tais apartados, teve-se a oportunidade de contrapor aos argumentos acima algumas posições divergentes, que representam propostas de leitura da Constituição de 1988 defendidas nesta tese. Dentre elas, destacam-se:

(a) a complexidade jurídica da categoria *direitos fundamentais*, dotada de características próprias que tornam desnecessário e inapropriado o recurso à noção tradicional de direito subjéctivo, uma vez que esses direitos exibem uma dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) e

<sup>974</sup> Parte I, Capítulo 1.

<sup>975</sup> Parte I, Capítulo 2, item 2.1 e Capítulo 3.

<sup>976</sup> Parte I, Capítulo 4.

<sup>977</sup> Parte I, Capítulo 2, item 2.2. e 2.3.

<sup>978</sup> Parte II, Capítulo 5, item 5.1.



enfeixam um plexo de posições jurídicas de naturezas distintas,<sup>979</sup> premissa que enseja outras duas conclusões: (a.i) há uma identidade entre as estruturas normativas dos chamados “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais”, por se tratarem indistintamente de direitos fundamentais, fato que submete todos eles a um regime jurídico comum; nesses termos, a aplicabilidade imediata desses direitos é rigorosamente a mesma, havendo variações somente em relação a cada uma das funções exercidas pelos direitos fundamentais (ligadas aos deveres de *respeito*, *proteção* e *promoção*);<sup>980</sup> (a.ii) os direitos fundamentais sociais gozam de uma dupla titularidade – individual e transindividual –, pois quando considerados *como um todo* (sentido amplo) observa-se que eles fazem espargir, cada qual, variadas *pretensões jurídicas jusfundamentais*, algumas titularizadas por indivíduos singulares e outras por agrupamentos (determináveis ou não);<sup>981</sup>

(b) a premissa de que o Estado brasileiro, notadamente por intermédio da Administração Pública, encontra-se juridicamente compelido a realizar integralmente o conteúdo dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos, não se limitando ao mínimo existencial, pois somente assim será possível atender aos objetivos constitucionais de construir uma sociedade justa, solidária e igualitária e de promover o desenvolvimento econômico e social, através da redução das desigualdades sociais;<sup>982</sup>

(c) a imperiosidade de se extrair consequências jurídicas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, verificando em que medida a sua incidência sobre a Administração Pública requer a criação de novas ferramentas, que possibilitem a satisfação de tais direitos por iniciativa da própria máquina administrativa e de maneira universalizada.<sup>983</sup>

O conjunto dos posicionamentos até aqui oferecidos conduz à necessidade de se identificar um mecanismo apto a viabilizar a materialização das ideias antes lançadas. Chega-se, então, ao capítulo central desta investigação.

A principal proposição formulada na presente tese consiste em sustentar a existência, na ordem constitucional pátria, de um *direito fundamental à tutela administrativa efetiva*, visando dele extrair implicações jurídicas concretas em relação aos deveres da Administração Pública de implementar os direitos fundamentais sociais de forma *espontânea, integral e igualitária*. Cuida-se de um intento de contribuir, modestamente, para a redução de alguns entraves tradicionalmente impostos pelo Direito Público na seara da concretização desses direitos e que obstaculizam a consecução desse desiderato.

Para tanto, o capítulo se desdobrará em dois momentos: (6.1.) primeiramente, será elaborada uma fundamentação jurídica que confira sustentáculo à afirmação de que é possível deduzir do ordenamento constitucional brasileiro o direito fundamental à tutela administrativa efetiva, apresentando-se o significado e o conteúdo jurídico desse direito; (6.2.) em seguida, serão exploradas suas consequências jurídicas e a relevância prática do seu reconhecimento no sistema normativo nacional.

---

<sup>979</sup> Parte I, Capítulo 1.

<sup>980</sup> Parte I, Capítulo 2, item 2.1 e Capítulo 3.

<sup>981</sup> Parte I, Capítulo 4.

<sup>982</sup> Parte I, Capítulo 2, item 2.2. e 2.3.

<sup>983</sup> Parte II, Capítulo 5, item 5.2.

## 6.1. Fundamentação jurídica do direito à tutela administrativa efetiva

A identificação de um novo direito fundamental, ainda não mencionado pela doutrina e jurisprudência no Brasil, demanda a confecção de um embasamento jurídico sólido, que seja capaz de demonstrar que ele se encontra arrimado no Direito pátrio. É o que se pretende empreender nas próximas páginas. Preambularmente, serão exibidos elementos teóricos e jurisprudenciais sobre os quais é possível se apoiar para traçar uma configuração jurídica do direito fundamental à tutela administrativa efetiva (6.1.1.). Logo após, será alinhavada uma tentativa de formulação conceitual do direito em epígrafe, expondo as bases normativas que lhe oferecem supedâneo no bloco de constitucionalidade brasileiro e suas principais características jurídicas (6.1.2.).

### 6.1.1. Elementos para a formação de um conceito: direito à boa Administração Pública, direito à tutela judicial efetiva e reconhecimento jurisprudencial argentino

A afirmação do direito fundamental à tutela administrativa efetiva como componente material do bloco de constitucionalidade brasileiro, que doravante será realizada, não provém de mera conjectura abstrata, desgarrada de qualquer construção doutrinária ou jurisprudencial. Ela parte de teorizações profícuas a respeito da atuação estatal em favor da cidadania, formuladas em solo nacional e estrangeiro, e que neste estudo servirão como matéria-prima para a edificação de um conceito próprio de *tutela administrativa efetiva*.

Esses elementos, cuja convergência permitirá no próximo tópico delinear a arquitetura jurídica peculiar do mencionado direito no sistema normativo vigente, são: **(a)** o *direito à boa Administração Pública*, consagrado pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e pela Carta Iberoamericana dos Direitos e Deveres do Cidadão em Relação com a Administração Pública (2013); **(b)** o *direito à tutela judicial efetiva*, já amplamente desenvolvido no campo do processo judicial em diversos países; e **(c)** o próprio *direito à tutela administrativa efetiva*, enunciado pioneiramente pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina.

**(a)** O primeiro ingrediente que fornece subsídios ao delineamento do direito à tutela administrativa efetiva no cenário jurídico brasileiro é o *direito fundamental à boa Administração Pública*, nascido no ambiente do Direito Comunitário europeu e posteriormente aperfeiçoado e robustecido pelo Direito Administrativo Iberoamericano.

Registre-se, desde logo, que a existência de um *dever de boa administração*, decorrente de um *princípio* jurídico homônimo, não é algo novo. Trata-se de imposição que de há muito se reconhece como incidente sobre a atividade administrativa dos Estados permeados por uma racionalidade republicana.<sup>984</sup> A Constituição Italiana, desde 1947, apregoa na parte inicial de seu art. 97 que “As repartições públicas são organizadas conforme disposição de lei, de modo a que sejam assegurados *o bom andamento* e a imparcialidade *da administração*”. Desse dispositivo os juristas daquele país passaram a deduzir o “princípio constitucional de bom andamento da

<sup>984</sup> A Constituição uruguaia de 1952 já previa, no segundo inciso de seu art. 311, que a inobservância das regras de boa administração consiste em fundamento para declarar a nulidade dos atos administrativos. O dispositivo previa que “*Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos*”. O significado jurídico de tal previsão constitucional é elucidado por Augusto Durán Martínez, em: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La buena administración. Estudios de Derecho Administrativo*, nº 1, Montevideo, La Ley, p. 173-194, 2010. p. 173-174; e DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007. p. 300 *et seq.*

Administração Pública”,<sup>985</sup> ao qual corresponde a obrigação jurídica de desempenhar a função administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”.<sup>986</sup> A boa administração, nessa formulação *principiológica* (de norma que impõe padrões de conduta às instituições públicas), era também invocada pela jurisprudência dos tribunais europeus, como é o caso do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,<sup>987</sup> que já aplicava o sobredito princípio desde 1984.<sup>988</sup>

No entanto, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em Nice no ano 2000, inovou ao converter o *princípio* – até então encarado somente sob o viés objetivo – em *direito humano*, outorgando-lhe também uma dimensão subjetiva passível de exigibilidade.<sup>989</sup> É nesse ponto que os autores enxergam o seu pioneirismo, reputando-a como primeiro documento jurídico a alçar a boa administração ao *status* de genuíno direito fundamental do cidadão.<sup>990</sup> Cabe sublinhar, a esse respeito, que o *direito* em questão veio abarcar sob essa rubrica outras faculdades e garantias procedimentais que se diferenciam do *princípio* da boa administração, e que já haviam ganhado autonomia e substantividade próprias,<sup>991</sup> conforme se verá adiante. Como se percebe, a fórmula utilizada não se limitou a reiterar a figura que há tempos já era conhecida, tendo aportado uma categoria com feições peculiares e contornos a serem explorados.

A proclamação da Carta foi fruto da necessidade que se observou de acompanhar, no âmbito do Direito Comunitário, a forte tendência dos Estados-membros de assegurar a tutela de direitos do ser humano em suas Constituições internas e em tratados internacionais.<sup>992</sup> Até porque, o respeito aos direitos e liberdades fundamentais consiste em um dos alicerces sobre o qual se apoia tal entidade supranacional.<sup>993</sup> Prova disso é o art. 7º do Tratado da União Europeia, segundo o qual a constatação de uma “violação grave e persistente” desses direitos autoriza o Conselho Europeu a deliberar por suspender “alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos

<sup>985</sup> ANDREANI, Antonio. **Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione**. Padova: CEDAM, 1979.

<sup>986</sup> FALZONE, Guido. **Il dovere di buona amministrazione**. Milan: Giuffrè, 1953. p. 64.

<sup>987</sup> Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1º.12.2009, a Corte foi rebatizada como “Tribunal de Justiça da União Europeia”.

<sup>988</sup> Referências das aplicações mais significativas do princípio da boa administração pelo Tribunal de Justiça podem ser encontradas em: PAREJO ALFONSO, Luciano *et alli*. **Manual de Derecho Administrativo Comunitário**. Madrid: CEURA, 2000. p. 85.

<sup>989</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. **Revista de Derecho de la Unión Europea**, nº 15, Madrid, Colex, p. 137-153, jun/dez. 2008. p. 137.

<sup>990</sup> SÖDERMAN, Jacob. El derecho fundamental a la buena administración. **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**, nº 214, Madrid, EINSA Multimedia, p. 8-14, jul/ago. 2001. p. 11; FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio. **La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**. Valencia: Tirant lo blanch, 2001. p. 103.

<sup>991</sup> GALERA RODRIGO, Susana. El derecho a una buena administración. In: ALVAREZ CONDE, Enrique; GARRIDO MAYOL, Vicente (Dir.). **Comentarios a la Constitución Europea**. Libro II: Los derechos y libertades. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 1442.

<sup>992</sup> O Tratado de Lisboa assinado em 13.12.2007, cuja vigência iniciou-se em 1º.12.2009, incorporou por meio de seu art. 6º, 1, a Carta de Direitos Fundamentais de Nice ao conjunto normativo regente da União Europeia, conferindo-lhe explicitamente o mesmo valor jurídico dos tratados estruturantes do ente comunitário. Veja-se: “**Art. 6º, 1.** A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

<sup>993</sup> RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos. In: FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coord.). **Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional**. Madrid: Dykinson, 2004. p. 11.

Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho”.

A inserção do direito a uma boa administração no aludido documento derivou, basicamente, de dois fenômenos. O primeiro foi a atuação do *Ombudsman* Europeu, ao qual se atribuiu, entre outras, a tarefa de conduzir investigações quanto à má administração dos órgãos e instituições comunitários, fornecendo ao Parlamento Europeu informes anuais e recomendações a esse respeito.<sup>994</sup> Os informes de 1995 a 1999 foram paulatinamente lapidando o conceito de *má administração* a ser combatida, aos quais respondeu o órgão parlamentar com resoluções que culminaram com a recomendação de enunciação de um direito à boa Administração Pública, a ser titularizado pelos cidadãos comunitários. O segundo fator de influência foi a construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,<sup>995</sup> em cujas decisões foram sendo reconhecidos diversos direitos dos cidadãos em face do próprio ente supranacional e das Administrações Públicas dos Estados-membros.<sup>996</sup>

Essa atividade da Corte, chamada a se posicionar sobre as contendas relativas aos direitos que os cidadãos da União Europeia possuem frente à Administração Pública (nacional e comunitária), demonstrou que se fazia imperiosa uma sistematização dos parâmetros mínimos a serem obrigatoriamente obedecidos pelas instituições públicas dos países-membros e do ente supraestatal. Vale dizer: tornou-se imperativa a definição de um conjunto elementar de direitos fundamentais de observância compulsória, imprescindíveis para a garantia de uma administração idônea. Foi com esse intuito que no ano 2000 se recolheu, no art. 41 da Carta de Nice, o “direito a uma boa administração”, nos seguintes termos:

**Artigo 41º**  
**Direito a uma boa administração**

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
  - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,
  - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
  - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

<sup>994</sup> Entre 1º de setembro de 1995 e o ano 2000, o Defensor do Povo Europeu recebeu mais de 7.000 reclamações, tendo-se instruído mais de 1000 investigações sobre casos de alegada má administração. As queixas envolviam, entre outros temas, situações de morosidade administrativa, demora em efetuar pagamentos, falta de transparência, litígios acerca de procedimentos de licitações e contratos e de seleção de pessoal para os organismos comunitários. SÖDERMAN, Jacob. El derecho fundamental a la buena administración... *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>995</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. **Revista de Estudios Locales (CUNAL)**, nº 100, Madrid, Thomson-Aranzadi, p. 39-47, abr. 2007. p. 44.

<sup>996</sup> Uma análise detalhada do papel do *Ombudsman* na tutela da boa administração, e das diversas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que constituíram precedentes à enunciação do direito ora em discussão, é realizada por VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-75.

Como se depreende da leitura do artigo, os direitos nele enumerados são conferidos a todas as pessoas que, por algum motivo, relacionem-se com os órgãos administrativos da União Europeia, de modo que sua titularidade não se restringe aos portadores da cidadania comunitária.<sup>997</sup> Há quem sustente, inclusive, tratar-se do único direito da Carta cujo exercício não se afigura condicionado pelo requisito de nacionalidade ou residência em algum dos Estados-membros.<sup>998</sup>

A primeira questão que se coloca após a análise do dispositivo é saber se esse direito brinda alguma garantia jurídica inovadora, isto é, se ele agrega algum conteúdo protetivo ainda não assegurado pelo sistema normativo da União Europeia. A resposta aparentemente consensual na doutrina é a de que os subdireitos abrangidos pelo art. 41 já estavam em grande parte contemplados pelo Direito Comunitário e pela jurisprudência comunitária.<sup>999</sup> Nesse influxo, o direito à boa administração não inaugura nada de inédito em matéria de direitos em solo europeu, já que a Carta restringe-se a reunir sob o mesmo rótulo um plexo de direitos instrumentais ou procedimentais já consagrados pelas decisões dos tribunais europeus e, em alguns casos, pelos próprios tratados constitutivos da União Europeia.<sup>1000</sup> Essa é uma característica geral do documento em apreço: embora tenha veiculado algumas novidades, acrescentando e sistematizando os direitos do cidadão europeu, a Carta de Nice consiste, em grande medida, no resultado da uniformização de diversos elementos que já existiam, sendo que muitos deles já desfrutavam de vigência jurídica inquestionável.<sup>1001</sup>

O direito fundamental à boa Administração Pública, nesses termos, apresenta-se como um direito guarda-chuva<sup>1002</sup> ou um direito-síntese,<sup>1003</sup> que abriga um feixe de direitos fundamentais cujo destinatário é o Estado-Administrador. No caso europeu, da forma como está redigido no art. 41, ele exhibe um resumo dos direitos mais relevantes que as pessoas têm em suas relações com a Administração,<sup>1004</sup> dirigindo-se tanto às instituições e órgãos que integram a União Europeia quanto às Administrações Públicas nacionais quando estiverem aplicando o Direito Comunitário.<sup>1005</sup> Ele funciona, desse modo, como um epicentro aglutinador dessas múltiplas posições jurídicas da cidadania que nele encontram uma fonte normativo-axiológica

<sup>997</sup> BIFULCO, Raffaele. Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione. In: \_\_\_\_\_; CARTABIA, Marta; CELOTTO, Alfonso (Coord.). **L'Europa dei diritti**: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2001. p. 293.

<sup>998</sup> GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. Artículo 41: Derecho a una buena administración. In: MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. (Coord.). **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**: comentario artículo por artículo. Bilbao: Fundación BBVA, 2008. p. 668.

<sup>999</sup> TOMÁS MALLÉN, Beatriz. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: INAP, 2004. p. 45.

<sup>1000</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración... *Op. Cit.*, p. 144; GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. Artículo 41: Derecho a una buena administración... *Op. Cit.*, p. 665.

<sup>1001</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Dos notas sobre la Carta. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Dir.); ALONSO GARCÍA, Ricardo (Subdir.). **La encrucijada constitucional de la Unión Europea**. Madrid: Civitas, 2002. p. 184.

<sup>1002</sup> Utilizam a expressão: GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. Artículo 41: Derecho a una buena administración... *Op. Cit.*, p. 671 e FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración... *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>1003</sup> FREITAS, Juares. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 15.

<sup>1004</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. **Revista de Estudios Locales (CUNAL)**, nº 100, Madrid, Thomson-Aranzadi, p. 39-47, abr. 2007. p. 45.

<sup>1005</sup> Para uma apreciação detalhada dos diversos órgãos que figuram como sujeitos passivos do direito fundamental à boa Administração Pública, ver TOMÁS MALLÉN, Beatriz. **El derecho fundamental a una buena administración**... *Op. Cit.*, p. 51-57.

comum – assim como o direito à tutela judicial efetiva, cuja configuração será explorada a seguir, que reúne em seu entorno os direitos de caráter processual do jurisdicionado, direcionados ao Estado-Juiz.

Portanto, cuida-se de um direito-garantia, de índole instrumental,<sup>1006</sup> visto que tem por função propiciar a defesa de direitos de caráter fundamental. Daí porque ser, ele próprio, elevado à categoria de direito fundamental, haja vista revelar-se como uma condição, um mecanismo para assegurar que outros direitos de igual natureza sejam adequadamente protegidos. A Carta de Nice, como se viu, faz expressa enumeração de alguns deles, tais como a imparcialidade, equidade e razoável duração dos processos administrativos, a motivação das decisões, a oitiva prévia frente a atos que possam atingir desfavoravelmente a esfera jurídica do indivíduo, etc. Contudo, impende destacar que o elenco arrolado pelo art. 41 não é exaustivo, mas meramente exemplificativo.<sup>1007</sup> Consiste em uma pauta mínima que não exclui a vasta gama de outros direitos que o cidadão titulariza em face da Administração Pública, muitos dos quais já eram, de longa data, protegidos pelos tribunais comunitários mesmo à ausência de enunciação normativa textual.<sup>1008</sup>

Por ser um direito de perfil aberto e contornos fluidos, carente de um conteúdo jurídico completamente autônomo, determinado e diferenciado (já que sua essência é preenchida concretamente por outras posições jusfundamentais), não há como negar o risco de que a sua proclamação possa vir a se tornar um “recurso meramente simbólico/retórico, que pouco ou nada acrescente ao desenho constitucional”.<sup>1009</sup> Essa ausência de um objeto preciso chega a ser considerada, por alguns, como um entrave à qualificação da boa Administração Pública como autêntico direito fundamental, suscetível de reclamação.<sup>1010</sup> Outros autores, diversamente, veem esse caráter vago não como um problema, mas sim como uma vantagem, pois possuir um teor cambiante, evolutivo, permite facilitar a conformação do conceito às mudanças que possam ocorrer no âmbito administrativo.<sup>1011</sup>

Qual seria, então, a finalidade de se afirmar a boa Administração Pública como um direito fundamental autônomo? No contexto europeu, a formulação desse direito teve como escopo pôr em relevo a posição do ser humano e de seus direitos em sua relação com os organismos comunitários, produzindo um importante valor simbólico e político ao realçar o lugar que deve ser ocupado pela cidadania no processo de construção europeia.<sup>1012</sup> Assim, um dos objetivos da inclusão desse direito na Carta de 2000 foi o de fortalecer a condição do cidadão europeu em face das instituições públicas comunitárias e nacionais (quando aplicam o Direito Comunitário), exigindo para tanto uma reforma do modo de funcionamento da Administração Pública. Ademais, ele teve o condão de conferir unidade a uma multiplicidade de direitos

<sup>1006</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração...** *Op. Cit.*, p. 81; TOMÁS MALLÉN, Beatriz. **El derecho fundamental a una buena administración...** *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>1007</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración... *Op. Cit.*, p. 143; GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. Artículo 41: Derecho a una buena administración... *Op. Cit.*, p. 666 e 671.

<sup>1008</sup> Juan B. Lorenzo de Membiola trata de dezessete direitos diretamente relacionados com o direito fundamental à boa Administração Pública que foram reconhecidos em distintas decisões dos tribunais europeus, transcrevendo trechos dos julgados: LORENZO DE MEMBIOLA, Juan B. La buena administración en la Administración General del Estado. **Actualidad Administrativa**, nº 4, Madrid, La Ley, p. 405-414, feb. 2007. p. 407-414.

<sup>1009</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração...** *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>1010</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad. **Revista de Estudios Políticos**, n. 119, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 165-190, ene./mar. 2003. p. 182.

<sup>1011</sup> GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. Artículo 41: Derecho a una buena administración... *Op. Cit.*, p. 670.

<sup>1012</sup> TOMÁS MALLÉN, Beatriz. **El derecho fundamental a una buena administración...** *Op. Cit.*, p. 45.

acolhidos de maneira dispersa das ordens nacionais dos Estados-membros (seja nas Constituições, seja nas legislações infraconstitucionais) e no ordenamento comunitário (englobando tanto as normas dos tratados que estruturam a União Europeia, quanto os direitos assinalados pelos próprios órgãos comunitários, tais como o Defensor do Povo e o Tribunal de Justiça da União Europeia).<sup>1013</sup> Logo, o propósito da sua consignação na Carta de Nice, em última análise, consiste em arrolar um conjunto básico de direitos instrumentais que sirvam de parâmetro para o posterior controle da Administração europeia.<sup>1014</sup>

Releva notar que além desse fato, ligado à problemática de ter sido positivado como um direito cujo conteúdo se manifesta a partir de outros, a própria noção de “boa administração” pode ensejar questionamentos quanto ao seu significado. Por que incumbiria ao Poder Público um dever de “boa” administração, e não “ótima”? Diante de várias opções razoáveis e inseridas na margem de atuação conferida ao administrador pela norma jurídica, o dever de “boa administração” não restaria cumprido ainda que o agente escolhesse um meio idôneo, mas menos eficiente ou eficaz? Não se estaria com isso admitindo a possibilidade de escolha de um mecanismo *bom* em detrimento de um *ótimo* para a consecução da finalidade do ato? A imposição de um dever de *eficiência* à Administração Pública não seria mais apropriada no sentido de dirigir a atividade administrativa ao alcance efetivo da finalidade pública, diminuindo de forma mais substancial o raio de discricionariedade do administrador? A não ser que se entenda o “bom” como se “ótimo” fosse – intelecção que, ao que tudo indica, parece estar por trás da concepção em apreço. Todavia, tal opção científica não deixa de ser no mínimo estranha, para não dizer paradoxal. Afinal, o *bom* é o apenas *razoável*, ou seja, o mínimo satisfatório em face de um objetivo determinado. Mas afora essa questão semântica, parece ser exatamente outro o sentido que se visa a imprimir ao conceito de “boa Administração Pública”: um dever de administração *otimizada* das instituições públicas, que abrange não só a ideia de eficiência, mas também a de ética, transparência, imparcialidade, equidade, entre tantas outras.

Nessa linha, convém pontuar que quando se fala em “boa administração” não se está referindo a um juízo de valor, relacionado à “bondade ou maldade intrínseca desse ou daquele modelo administrativo”, pois o significado da expressão diz respeito à adequação do modo de administrar aos fins que o ordenamento jurídico destina ao Estado.<sup>1015</sup> Assim, será *boa* a Administração Pública – e, portanto, cumpridora do direito fundamental sob exame – que obedecer plenamente, de forma *ótima*, aos princípios e regras que lhe são endereçados pelo sistema constitucional (e comunitário, no caso europeu).

Mas a grande potencialidade do direito em discussão está, sem dúvida, no protagonismo que ele empresta ao ser humano no palco do Direito Público. Sua virtude não repousa sobre a modesta listagem, feita no art. 41 da Carta de Nice, de alguns poucos direitos que o indivíduo possui em face dos entes públicos nacionais e comunitários. O direito à boa Administração só adquire real importância quando transcende a literalidade de sua positivação e passa a ser concebido como um norte para a atuação estatal e para a atribuição de sentido ao Direito Administrativo e aos seus institutos. Nas palavras de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, o “argumento medular” para a compreensão desse direito consiste na consideração central do

<sup>1013</sup> TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *Idem*, p. 42-44.

<sup>1014</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración... *Op. Cit.*, p. 152.

<sup>1015</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração...** *Op. Cit.*, p. 24.

cidadão nas teorizações contemporâneas do Direito Administrativo.<sup>1016</sup> Segundo o autor, há um fundamento para declarar a boa administração como um direito fundamental. Ele reside no fato de que, num cenário democrático, as instituições públicas não são de propriedade dos políticos ou dos altos funcionários, mas sim dos cidadãos, “das pessoas concretas de carne e osso que, dia a dia, com seu esforço por incorporar os valores cívicos e as qualidades democráticas, dão conta do espírito democrático no cotidiano”.<sup>1017</sup> E por esse motivo, “se as instituições públicas são da soberania popular, de onde procedem todos os poderes do Estado, é claro que devem estar voltadas ao serviço geral, e objetivo, das necessidades coletivas”.<sup>1018</sup> Dessa premissa deflui, por lógica consequência, a premência de se reconhecer um direito dos indivíduos a que os interesses públicos sejam gerenciados em consonância com o livre desenvolvimento solidário das pessoas. Por essa razão é que se trata de um direito fundamental: “porque a pessoa enquanto tal exige que o público, que o espaço do geral, esteja atendido de forma que lhe permita realizar-se, em sua dimensão de liberdade solidária, como pessoa humana a partir de diferentes dimensões”.<sup>1019</sup>

A principal contribuição do direito fundamental à boa Administração Pública está em reconectar a organização estatal com o ser humano, reaproximando-a do objetivo para o qual foi criada. Sua afirmação demonstra a inadequação de se pensar o aparato administrativo de maneira fetichizada, autorreferencial e autopoiética, voltada exclusivamente aos seus aspectos estruturais e organizacionais. Ele funcionaliza o Poder Público em favor do cidadão, destacando o seu caráter instrumental em relação à finalidade que justifica a sua existência: a promoção do bem-estar do povo, através de uma atuação responsável, eficaz e direcionada à consecução dos interesses da coletividade estampados no ordenamento jurídico-constitucional, cujo cerne é composto pelos direitos fundamentais. Com isso, o referido direito impõe que se enxergue a Administração Pública pela óptica da sua função serviente, isto é, de serviço à sociedade. Não como algo próprio de uma relação fornecedor-cliente, mas sim, diversamente, um serviço que convida o cidadão à participação social.<sup>1020</sup> Como bem afirma Rodríguez-Arana Muñoz, o indivíduo deixa de ser “um sujeito inerte, desarmado e indefeso frente a um poder que tentava controlá-lo, que prescrevia o que era bom ou mal para ele, ao qual estava submetido”,<sup>1021</sup> para se tornar “um sujeito ativo, protagonista, pessoa em sua mais cabal expressão, e, por isso, aspira a ter uma participação destacada na configuração dos interesses gerais”.<sup>1022</sup> Em última análise: deixa de ser *administrado* e passa a ser, verdadeiramente, *cidadão*.

<sup>1016</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. **Revista de Estudios Locales (CUNAL)**, nº 100, Madrid, Thomson-Aranzadi, p. 39-47, abr. 2007. p. 39.

<sup>1017</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 156.

<sup>1018</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 47, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-50, jan./mar. 2012. p. 30.

<sup>1019</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 117-149, abr./jun. 2010. p. 135.

<sup>1020</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 48, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-40, abr./jun. 2012. p. 16.

<sup>1021</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública... Op. Cit.**, p. 133-134.

<sup>1022</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 47, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-50, jan./mar. 2012. p. 30.



Essa forma de se pensar a máquina estatal projeta luzes sobre o modo de encarar todo o Direito Administrativo e suas categorias elementares. Ela implica o abandono do estudo desse ramo jurídico centrado excessiva e unicamente na perspectiva da organização da Administração Pública, analisada em sua estrutura sob diferentes ângulos, em abordagens fechadas, desvinculadas de sua dimensão social e despreocupadas com a sua verdadeira razão de ser: o atendimento às necessidades da cidadania.<sup>1023</sup> A viragem na compreensão desse ramo jurídico, que se pretende levar a efeito pela consagração de um direito fundamental à boa Administração, manifesta-se no reposicionamento das prerrogativas e privilégios especiais tradicionalmente conferidos ao Estado, relativos aos poderes de impor unilateralmente condutas aos particulares no âmbito dos atos, contratos e procedimentos administrativos. Opera-se uma reinterpretação das potestades públicas a partir dos alicerces erigidos pela roupagem constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, em prol da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.<sup>1024</sup>

É com base nessa lógica que o direito à boa Administração Pública é introduzido no contexto do Direito Público brasileiro, ganhando a aceitação da doutrina<sup>1025</sup> e da jurisprudência<sup>1026</sup> nacionais. Sua porta de entrada foi a monografia publicada por Juarez Freitas em 2007, na qual sustentou o autor que “o direito fundamental à boa administração pública (...) é norma implícita de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional”.<sup>1027</sup> Posteriormente, seu desenvolvimento em território nacional foi impulsionado pela contribuição

<sup>1023</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 117-149, abr./jun. 2010. p. 121.

<sup>1024</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 49-73, jan./mar. 2013. p. 66 e 68.

<sup>1025</sup> Além das obras citadas nas próximas notas, reconhecem o direito à boa administração, entre outros: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 126; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90; FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. **Interesse Público**, nº 58, Belo Horizonte, Fórum, p. 133-143, nov./dez. 2009; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo**, nº 95, Belo Horizonte, Fórum, p. 23-34, jan. 2009; PIRES, Luís Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 717-738; FREITAS, Rafael Veras de. O dever de planejamento como corolário ao direito fundamental à boa Administração Pública. In: VILLELA SOUTO, Marcos Juruena (Coord.). **Direito Administrativo: estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; GRANDO, Felipe Esteves. O direito fundamental à boa administração pública e seu diálogo com o Direito Tributário. **Interesse Público**, nº 59, Belo Horizonte, Fórum, p. 215-225, jan./fev. 2010.

<sup>1026</sup> Apenas para citar algumas decisões recentes que fazem expressa alusão ao direito fundamental à boa Administração Pública, confirmam-se, a título de exemplo, os seguintes acórdãos: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação e Reexame Necessário nº 5025299-96.2011.404.7100. Sexta Turma. Relator p/ Acórdão Celso Kipper. D.E. 16.09.2013; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5017280-90.2013.404.0000. Terceira Turma. Relator Nicolau Konkel Júnior. D.E. 05.08.2013; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5013872-90.2011.404.7201. Terceira Turma. Relatora Maria Lúcia Luz Leiria. D.E. 25.11.2012; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5039808-95.2012.404.7100. Terceira Turma. Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D.E. 14.06.2013.

<sup>1027</sup> FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública...** *Op. Cit.*, p. 7.

da obra de Vanice Lírio do Valle sobre o tema.<sup>1028</sup> A inexistência de previsão constitucional específica que albergue o direito à boa Administração Pública de forma expressa nada obsta ao seu reconhecimento como pretensão jurídica dotada de fundamentalidade, dado o caráter aberto do catálogo de direitos fundamentais na Constituição brasileira, franqueado pelo art. 5º, §2º.<sup>1029</sup> Esse direito decorre dos princípios fundamentais do Título I da Lei Maior, tais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos (art. 3º, II e IV), além de relacionar-se intimamente com os princípios regentes da Administração Pública, expostos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência).

É evidente que, no tocante à sua compostura jurídica, o direito à boa Administração encartado implicitamente no sistema normativo brasileiro ganha delineamentos próprios, sendo inadequada qualquer tentativa de associá-lo ou fundamentá-lo na redação do art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia com o fito de a ela restringir o seu significado. A leitura do dispositivo citado leva, de imediato, à inferência de que ele não veicula, em absoluto, qualquer novidade para o Direito Administrativo pátrio.<sup>1030</sup> De uma breve passada de olhos se pode asseverar, sem medo de errar, que caso o direito a uma boa Administração Pública se limitasse a salvaguardar os desdobramentos apontados no art. 41 do documento europeu, estar-se-ia diante de uma figura que nada acrescentaria ao patrimônio jurídico do cidadão brasileiro.<sup>1031</sup> É certo que, por se tratar de uma declaração de direitos internacional, que envolvia vários países, a Carta de Nice teve de pautar-se por um núcleo reduzido, que lograsse a aceitação do maior número possível de Estados-membros. Entretanto, se comparada a disciplina jurídica que a Constituição brasileira de 1988 dispensou à Administração Pública com o elenco de direitos fixado no art. 41 da Carta Europeia, não há dúvidas de que a tratativa nacional foi muito além no que tange ao estabelecimento de parâmetros e deveres de atuação administrativa e das respectivas garantias do cidadão para assegurar a sua observância pelo aparelhamento estatal.<sup>1032</sup>

<sup>1028</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>1029</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 5º. (...) §2º.** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>1030</sup> A essa mesma conclusão chegou Graciela Ruocco ao comparar o conteúdo descrito no art. 41 da Carta de Nice com o ordenamento jurídico uruguaio, apontando em seguida que a virtude da criação do direito fundamental à boa Administração Pública reside, por outro lado, em “resumir nesta expressão a formulação da nova forma de conceber a relação da Administração com os cidadãos e de construir esta relação como um direito destes”. RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 49, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-45, jul./set. 2012. p. 35.

<sup>1031</sup> O dever de tratamento imparcial, equitativo e em prazo razoável, do art. 41.1, já se encontra previsto no art. 37, *caput* (princípio da impessoalidade) e no art. 5º, LXXVIII (direito fundamental à razoável duração do processo administrativo) da CF. Das previsões do art. 41.2: (i) o direito de ser ouvido antes de ser afetado por uma medida administrativa desfavorável encontra-se no art. 5º, LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa) da CF; (ii) o direito de ter acesso aos processos de seu interesse particular é garantido pelo art. 5º, XXXIII (acesso à informação) da CF; (iii) a obrigação de motivação das decisões deriva do art. 37, *caput* (princípio da publicidade) da CF e do art. 50 da Lei nº 9.784/99, que a prevê expressamente. O direito à reparação de danos é assegurado pelo art. 37, §6º (responsabilidade civil do Estado) da CF. E por fim, o direito do art. 41.4, de se dirigir à Administração em qualquer das línguas oficiais dos tratados e receber resposta no mesmo idioma, não se aplica ao caso brasileiro, em que o idioma oficial é a língua portuguesa (art. 13 da CF).

<sup>1032</sup> Nessa linha: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os direitos fundamentais**. Aula proferida na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (transcrição). Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/ingowolfgang-sarlet.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang-sarlet.pdf)>. Acesso em 12.10.2013. p. 2.

Nesse passo, concebendo-o também como uma síntese de direitos que a pessoa ostenta em suas relações com a Administração Pública, Juarez Freitas realiza uma fusão entre os mais importantes princípios constitucionais incidentes sobre a função administrativa para forjar a sua definição, à brasileira, do direito fundamental em referência. O autor o conceitua como um direito à “*administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*”, ao qual corresponde “*o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem*”.<sup>1033</sup> Sem pretensão de esgotar a sua essência, Freitas extrai desse direito, a título exemplificativo, os seguintes desdobramentos: (i) direito a uma administração transparente, respeitadora do princípio da publicidade; (ii) direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo (com duração razoável); (iii) direito à motivação e a decisões proporcionais; (iv) direito a uma administração imparcial; (v) direito a uma administração proba e ética; (vi) direito à legalidade temperada, que pressupõe o respeito à lei sem uma aplicação cega das regras jurídicas; (vii) direito à participação social; (viii) direito a uma administração eficiente e eficaz; (ix) direito à reparação dos danos causados pela Administração.<sup>1034</sup>

Perceba-se que grande parte desses direitos já possui assento constitucional explícito. Dessa constatação poderiam surgir – agora no contexto brasileiro – dúvidas a propósito da jusfundamentalidade de um direito à boa Administração Pública, e mesmo da sua existência, como direito dotado de conteúdo próprio. Se ele nada mais é do que o conjunto de direitos fundamentais específicos e autônomos que se dirigem à Administração Pública, qual seria a sua relevância jurídica? No que ele se distinguiria dos demais direitos? Por que, afinal, faria sentido sustentar a sua vigência no Direito brasileiro? Sua função não seria meramente retórica? Tais indagações, a uma primeira vista, poderiam conduzir à conclusão de que o direito em discussão não ostenta suficiente importância para ser alçado à condição de autêntico direito fundamental. Mas não parece ser essa a resposta mais acertada. A justificativa para o reconhecimento do direito à boa Administração Pública na tessitura constitucional brasileira encontra-se ao menos em três fatores.

O primeiro deles, de natureza *simbólica*, já foi explicitado acima. O sobredito direito altera o foco da análise jurídico-política da relação entre cidadão e Administração, deslocando-o desta para aquele e acentuando com isso o caráter serviente do Poder Público para com a pessoa humana. O cerne do Direito Administrativo deixa de ser simplesmente a disciplina jurídica da estrutura e funcionamento da Administração Pública, passando a consistir na forma de regular o aparato administrativo com vistas à realização plena e eficaz dos direitos fundamentais e do interesse geral, titularizado pela coletividade. E isso produz impactos significativos na interpretação de diversas figuras desse ramo do Direito. É o que se observa na obra de Juarez Freitas, quando propõe a releitura de institutos como o controle judicial dos atos administrativos, a responsabilidade do Estado, a autorização de serviço público, a convalidação do ato administrativo, o poder de polícia administrativa e as carreiras de Estado. Passam agora a ser

<sup>1033</sup> FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública...** *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>1034</sup> FREITAS, Juarez. *Idem*, p. 20-21.

vistos essencialmente sob o viés da proteção do ser humano, e não mais sob a perspectiva exclusiva dos poderes e potestades da Administração.<sup>1035</sup>

O segundo motivo que demonstra a relevância da identificação do direito à boa Administração Pública é de cunho *jurídico*, e reside no fato de que dele podem ser deduzidas pretensões jusfundamentais que não se encontram explicitamente enunciadas no texto da Constituição. Uma vez consideradas como decorrências desse direito mais abrangente e revestido de *status* de direito fundamental, é possível erigir tais posições jurídicas ao patamar constitucional, estendendo-lhes também o regime jusfundamental. É o caso, apenas para citar um exemplo, dos direitos à proteção da confiança legítima e da boa-fé, que atualmente encontram ampla aceitação doutrinária no Brasil<sup>1036</sup> e em outros países,<sup>1037</sup> notadamente como barreira à prerrogativa da Administração de anular atos viciados dos quais decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários.<sup>1038</sup> Eles não estão formalmente enunciados na Constituição de 1988, mas devem ser reputados como genuínos direitos fundamentais, dada a sua similitude em termos de conteúdo e importância com os direitos catalogados no rol do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), e sua derivação direta do regime democrático adotado pela Lei Fundamental. Admitir a existência de um direito fundamental à boa Administração Pública, sustentando que dele procedem os direitos à proteção da confiança legítima e da boa-fé do indivíduo, implica

<sup>1035</sup> Vide as propostas lançadas pelo autor em sua obra: FREITAS, Juarez. *Idem*, p. 28-122.

<sup>1036</sup> SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público**, nº 6, Belo Horizonte, Fórum, p. 7-59, jul./set. 2004; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante atos estatais. In: \_\_\_\_\_. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 168-180; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Direito Público Atual: Estudos em homenagem ao Professor Nelson Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 295-316; MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 111-130; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 47-63.

<sup>1037</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 131-148; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2009; CASTILLO BLANCO, Federico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998; SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford, 2000; CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001; GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002; COVIELLO, Pedro. **La protección de la confianza del administrado: Derecho Argentino y Derecho Comparado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

<sup>1038</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 291-313, abr./jun. 2010; FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público – Fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 307-346; LEAL, Rogério Gesta. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos: reflexões para o Brasil. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; BENAVIDES PINILLA, Victor Leonel; SCHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Orgs.). **El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en IberoAmérica**. Panamá: Congrex, 2009. p. 119-135.

aceitar a inclusão desses últimos no conjunto de direitos materialmente fundamentais. Aliás, essa correlação entre os mencionados direitos e o direito à boa Administração já foi realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, com o fito de salvaguardar a segurança jurídica do cidadão.<sup>1039</sup>

O terceiro elemento que atesta a virtude de se afirmar a autonomia de um direito à boa Administração Pública, também de caráter *jurídico*, é a possibilidade que ele enseja de tornar exigível – seja pelo cidadão, seja por agrupamentos determinados ou indetermináveis – o cumprimento dos princípios constitucionais que regem a função administrativa. Por exemplo: o atendimento aos princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição – apenas para citar alguns dos que se encontram expressos no enunciado normativo – deixa de ser concebido somente como um dever objetivo a ser perseguido pelos agentes públicos. Ele passa a ser visto, agora, como um *direito fundamental* dos cidadãos, de assento constitucional, que independe de concretização legal ou regulamentar do seu conteúdo específico para autorizar a sua invocação. Direito esse que poderá se apresentar como uma pretensão jurídica de titularidade individual ou transindividual. No primeiro caso, pode-se citar a situação de um servidor que é sancionado em um processo disciplinar, conduzido por comissão formada por membros pessoalmente interessados no resultado negativo do julgamento, violando-se o direito a uma Administração *impessoal*. E isso independentemente da existência ou não, na esfera federativa em que se situe a repartição pública em questão, de uma lei de processo administrativo (estadual, municipal...) que fixe as hipóteses de impedimento. O direito à imparcialidade no processo descenderá diretamente do art. 37, *caput* da Constituição. Por outro lado, o direito à boa Administração poderá, também, revelar-se como uma posição jurídica de titularidade transindividual, tal como nas situações de gestão desonesta e fraudulenta do patrimônio público, ofensiva ao direito a uma Administração *proba e ética*.

O teor específico desse direito em cada Estado poderá ser identificado mais facilmente a partir da apreciação em concreto de sua respectiva ordem jurídica constitucional e infraconstitucional. Há, no entanto, autores que buscam traçar um panorama de diversos direitos do cidadão em suas relações com as instituições públicas, cuja tutela se julga recomendável para que se garanta plenamente o direito fundamental a uma boa Administração. São pretensões jurídico-subjetivas que, em princípio, por mais que não estejam previstas textualmente, podem ser extraídas implicitamente desse direito fundamental, desde que não se mostrem incompatíveis com o sistema normativo no qual o indivíduo estiver inserido. Trata-se de uma forma de inspirar os países que acolhem o princípio do Estado Democrático de Direito, sugerindo-lhes a inclusão de uma série de direitos e garantias em seus ordenamentos jurídicos.

O maior exemplo dessa iniciativa é a Carta Iberoamericana dos Direitos e Deveres do Cidadão em Relação com a Administração Pública, aprovada em 10 de outubro de 2013 pelo *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* (CLAD), cuja redação foi

---

<sup>1039</sup> Observe-se trecho da ementa: “ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – TERCEIRO ADQUIRENTE DE AUTOMÓVEL – CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO EMITIDO SEM ANOTAÇÃO DE NENHUM GRAVAME – ULTERIOR IMPORTAÇÃO DE RESTRIÇÕES PRETÉRITAS – VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. 1. O recorrente adquiriu um automóvel, sobre o qual não havia qualquer gravame registrado no órgão de trânsito, e na emissão do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo também não constava qualquer observação. Posteriormente, quando a autarquia passou a integrar o Sistema Nacional de Gravame, houve a importação de restrições pretéritas. 2. *A situação descrita no acórdão recorrido malfez o princípio segundo o qual se deve proteger terceiros de boa-fé. Abala também a confiança que deve existir entre os administrados e o Poder Público, em última análise, viola o direito fundamental à boa administração pública. (...)*” (grifou-se). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1139486/DF. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 24.11.2009. DJe 07.12.2009.

confiada pelo Conselho Diretivo da entidade ao Professor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.<sup>1040</sup> De acordo com seu Capítulo Primeiro, item 1, a Carta anuncia ter como finalidade “o reconhecimento do direito fundamental da pessoa à boa Administração Pública e de seus direitos e deveres componentes”, possibilitando que os cidadãos iberoamericanos possam “assumir uma maior consciência de sua posição central no sistema administrativo e, desta forma, poder exigir das autoridades, funcionários, agentes, servidores e demais pessoas a serviço da Administração Pública, atuações caracterizadas sempre pelo serviço objetivo ao interesse geral e consequente promoção da dignidade humana”.<sup>1041</sup> A Declaração fornece uma explicação sobre o significado desse direito, dispondo no item 25 de seu Capítulo Terceiro que “Os cidadãos são titulares do direito fundamental à boa Administração Pública, que consiste em que os assuntos de natureza pública sejam tratados com equidade, justiça, objetividade, imparcialidade, sendo resolvidos em prazo razoável a serviço da dignidade humana”. O mesmo dispositivo estabelece que o seu conteúdo, em concreto, “se compõe, entre outros, dos direitos assinalados nos artigos seguintes, que poderão ser exercidos de acordo com o previsto pela legislação de cada país”. O documento logrou destrinchar a composição jurídica desse direito geral nos itens subsequentes do mesmo capítulo.

Em obra monográfica sobre o tema, anterior à elaboração da declaração, Rodríguez-Arana Muñoz – redator do projeto – já arrolava vinte e quatro princípios jurídicos que reputava como corolários do direito fundamental à boa Administração Pública, cuja obediência seria necessária para que este último se considerasse respeitado.<sup>1042</sup> Elencava, ademais, trinta e um direitos específicos que brotavam desse direito-síntese, sem prejuízo de outros, demonstrando com isso a amplitude da proteção por ele conferida ao cidadão em seu trato com os Poderes Públicos.<sup>1043</sup> A vastíssima maioria dos *principios* e *derechos* derivados do direito fundamental à

<sup>1040</sup> LA ADMINISTRACIÓN AL DÍA. **El catedrático Rodríguez-Arana redactará la Carta de Derechos Ciudadanos de Iberoamérica**. 14.02.2013. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Disponível em: <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1500246>>. Acesso em: 08.05.2013.

<sup>1041</sup> CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. **Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública**. Caracas, 2013. Disponível em: <<http://www.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>>. Acesso em: 15.11.2013.

<sup>1042</sup> O autor alude aos seguintes princípios, explicando em seguida o conteúdo e significado de cada um deles: 1. Princípio da juridicidade; 2. Princípio do serviço objetivo aos cidadãos; 3. Princípio promocional; 4. Princípio da racionalidade; 5. Princípio da igualdade de trato; 6. Princípio da eficácia; 7. Princípio da publicidade das normas, dos procedimentos e da inteira atividade administrativa no marco do respeito à intimidade e às reservas que por razões acreditadas de confidencialidade ou interesse geral sejam pertinentes em cada caso, nos procedimentos para a expedição de atos administrativos; 8. Princípios da segurança jurídica, da previsibilidade e da certeza normativa; 9. Princípio da proporcionalidade; 10. Princípio do exercício normativo do poder; 11. Princípio da imparcialidade e independência; 12. Princípio da relevância; 13. Princípio da coerência; 14. Princípio da boa fé; 15. Princípio da confiança legítima; 16. Princípio do assessoramento; 17. Princípio da responsabilidade; 18. Princípio da facilitação; 19. Princípio da celeridade; 20. Princípio da transparência e acesso à informação de interesse geral; 21. Princípio da proteção da intimidade; 22. Princípio da ética; 23. Princípio do devido processo; 24. Princípio da cooperação. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública...** *Op. Cit.*, p. 169-172.

<sup>1043</sup> “O direito geral fundamental dos cidadãos a uma boa Administração Pública, finalmente, pode se concretizar, entre outros, nos seguintes direitos subjetivos de ordem administrativa: 1. Direito à motivação das atuações administrativas; 2. Direito à tutela administrativa efetiva; 3. Direito a uma resolução administrativa em prazo razoável; 4. Direito a uma resolução justa das atuações administrativas; 5. Direito a apresentar por escrito ou oralmente petições, de acordo com o que se estabeleça nas normas, nos registros físicos ou informáticos; 6. Direito a uma resposta oportuna e eficaz das autoridades administrativas; 7. Direito a não apresentar documentos que já estejam em poder da administração pública; 8. Direito a ser ouvido sempre antes de serem adotadas medidas que lhes possam afetar desfavoravelmente; 9. Direito de participação nas atuações administrativas em que tenham

boa Administração Pública propostos em seu livro foram incorporados à Carta Iberoamericana, respectivamente, em seus Capítulos Segundo (itens 2 a 24) e Terceiro (26 a 46). Como se vê, o documento recentemente aprovado aporta grandes avanços no que concerne ao direito em debate, progredindo muito além da tímida relação de direitos inicialmente proposta pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Entre os direitos pronunciados no terceiro capítulo da Carta Iberoamericana, encontra-se no item 27 o direito à *tutela administrativa efetiva*, objeto central desta tese, acolhido com a seguinte redação: “Direito à tutela administrativa efetiva: durante a tramitação do procedimento administrativo a Administração estará submetida plenamente à Lei e ao Direito e procurará evitar que o cidadão interessado possa encontrar-se em situação de desamparo”. É nesse contexto que se buscará, no próximo tópico, deduzir este último do direito fundamental à boa Administração Pública, propondo os contornos próprios que a tutela administrativa efetiva assume como direito implícito no sistema constitucional brasileiro.

(b) Afora o direito até aqui analisado, arquitetado originariamente pelo Direito Comunitário Europeu e desenvolvido pelo Direito Administrativo Iberoamericano, um segundo fator que contribui para a formação da noção de tutela administrativa efetiva e lhe serve de inspiração é o direito à *tutela judicial efetiva*. A necessidade de assegurar o respeito aos princípios constitucionais, direitos humanos dos tratados internacionais e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados tornou imprescindível uma ampliação da possibilidade de intervenção judicial na atividade administrativa. Não seria viável salvaguardar o princípio da juridicidade de forma plena sem a existência de um controle jurisdicional do agir administrativo capaz de garantir a observância dos limites correspondentes.<sup>1044</sup>

Nessa conjuntura, o reconhecimento do direito fundamental à tutela judicial efetiva suscitou uma verdadeira revolução no tema das ações judiciais contra a Administração.<sup>1045</sup> Sua

---

interesse, especialmente através de audiências e de informações públicas; 10. Direito a uma indenização justa nos casos de lesões de bens ou direitos como consequência do funcionamento dos serviços de responsabilidade pública; 11. Direito a serviços públicos e de interesse geral de qualidade; 12. Direito a escolher os serviços de interesse geral de sua preferência; 13. Direito a opinar sobre o funcionamento dos serviços de responsabilidade administrativa; 14. Direito a conhecer as obrigações e compromissos dos serviços de responsabilidade administrativa; 15. Direito a formular alegações em qualquer momento do procedimento administrativo; 16. Direito a apresentar queixas, reclamações e recursos perante a administração; 17. Direito a interpor recursos perante a autoridade judicial sem necessidade de esgotar a via administrativa prévia, de acordo com o estabelecido nas leis; 18. Direito a conhecer as avaliações dos entes públicos e a propor medidas para sua melhora permanente; 19. Direito de acesso aos expedientes administrativos que lhes afetem, no marco do respeito ao direito à intimidade e às declarações motivadas de reserva, que em todo caso deverão concretizar o interesse geral no caso concreto; 20. Direito a uma ordenação racional e eficaz dos arquivos públicos; 21. Direito de acesso à informação de interesse geral; 22. Direito a cópia autenticada dos documentos que apresentem à administração pública; 23. Direito a ser informado e assessorado em assuntos de interesse geral; 24. Direito a ser tratado com cortesia e cordialidade; 25. Direito a conhecer o responsável pela tramitação do procedimento administrativo; 26. Direito a conhecer o estado dos procedimentos administrativos que lhes afetem; 27. Direito a ser notificado por escrito ou através das novas tecnologias sobre as resoluções que lhes afetem no mais breve prazo de tempo possível, que não excederá cinco dias; 28. Direito a participar em associações ou instituições de usuários de serviços públicos ou de interesse geral; 29. Direito a atuar nos procedimentos administrativos através de representante; 30. Direito a exigir o cumprimento das responsabilidades do pessoal a serviço da administração pública e dos particulares que cumpram funções administrativas; 31. Direito a receber atenção especial e preferencial se se tratar de pessoas em situação de deficiência, crianças, adolescentes, mulheres gestantes ou adultos idosos, e em geral de pessoas em estado de desamparo ou de fragilidade manifesta”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública...** *Op. Cit.*, p. 172-174.

<sup>1044</sup> SESÍN, Domingo Juan. El derecho a la tutela judicial efectiva. Alcance e intensidad en el proceso administrativo actual. **Actualidad en el Derecho Público**, nº 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 167-202, ene./dic. 2002. p. 168.

<sup>1045</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; BENAVIDES PINILLA, Victor Leonel; SCHEFFER

relevância se manifesta a ponto de se identificar a tutela judicial efetiva como “princípio reitor” nessa matéria.<sup>1046</sup> Tal direito pode ser atualmente definido como *o direito que atribui ao seu titular um feixe posições jurídico-subjetivas que lhe permitem exigir do juiz a adoção de todas as técnicas processuais adequadas à proteção célere e efetiva de seu direito material, ainda que não previstas na legislação.*

Embora ele já esteja expressamente positivado em alguns ordenamentos,<sup>1047</sup> a identificação da existência implícita deste direito pode ser inferida de uma fundamentação teórica, mesmo nos sistemas jurídicos que não o enunciam expressamente. A realização da justiça, desde o momento em que o Estado adquiriu a força necessária para definir normas jurídicas e impor o seu cumprimento, deixou de ser promovida pelo próprio particular que possuía um interesse e o protegia através da “justiça do mais forte sobre o mais fraco”.<sup>1048</sup> O Poder Público assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a chamada autotutela<sup>1049</sup> e oferecendo, em contrapartida, o direito de recorrer à justiça promovida pelo Estado, também denominado “direito de ação”.<sup>1050</sup>

Sob tal perspectiva, sempre que o titular de um direito deparar-se com uma situação de ofensa a seu direito material, poderá ele socorrer-se do aparelho estatal para obter a proteção jurisdicional adequada. Para tanto, justamente por vedar a utilização de qualquer forma privada de resolução judicial de conflitos,<sup>1051</sup> a organização estatal deverá em compensação prever todas as técnicas processuais idôneas à real satisfação dos direitos violados, de maneira a corresponder à realização da justiça privada que foi proibida ao particular, titular do direito.<sup>1052</sup> Significa dizer que sobre o Estado passa a recair o *dever* de prestar a tutela judicial efetiva ao direito material, ao qual corresponde o *direito* fundamental do cidadão à efetividade da tutela jurisdicional.

Ocorre que a tutela prestada pela jurisdição, no âmbito processual, somente poderá lograr efetividade quando estiver atenta às necessidades do Direito substancial. O processo não pode ser concebido como algo completamente autônomo em relação ao Direito material, pois

TUÑÓN, Javier Ernesto; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (eds.). **Derecho Administrativo Iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)**. v. II. Panamá: Congrex, 2009. p. 436.

<sup>1046</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo. Algunas consideraciones sobre la tutela judicial efectiva y sus implicaciones. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVIII, nº 329, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 167-182, 2006. p. 170.

<sup>1047</sup> Juan Pablo Cajarville Peluffo aponta a previsão constitucional deste direito na Alemanha (art. 19, 4 da Lei Fundamental de Bonn de 1949), Itália (art. 24, inc. 1º e art. 113, inc. 1º e 2º da Constituição da República Italiana de 1947) e Espanha (art. 24 e art. 106.1 da Constituição do Reino da Espanha de 1978). CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 113-130, out./dez. 2012. p. 121, nota 25.

<sup>1048</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 31.

<sup>1049</sup> Expressão aqui compreendida como a busca pela justiça realizada pelo próprio particular interessado, mediante a força ou o poder, sem a tutela prestada pelo Estado.

<sup>1050</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo... Op. Cit.**, p. 31. Segundo os autores, a consolidação da “justiça pública” e a proibição da autotutela ocorreu no Direito Romano no período denominado *cognitio extra ordinem*.

<sup>1051</sup> É pertinente registrar que a arbitragem não constitui forma de resolução *jurisdicional* de conflitos. O exercício da jurisdição é exclusivo do Estado, de modo que a arbitragem configura mero exercício de uma faculdade que está nas mãos das partes como corolário do princípio da autonomia da vontade. Consoante assinala Luiz Guilherme Marinoni, “a Lei da Arbitragem teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e da arbitragem” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 147). A ideia é desenvolvida pelo autor nas páginas 147 a 153 da obra citada.

<sup>1052</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R. **Tratado de lo contencioso administrativo**. t. 1, Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 72-73.



assim acabaria por afastar-se das exigências que as situações jurídico-substanciais demandam. Daí porque afirmar-se ser “fundamental conhecer as necessidades do direito material, que nada mais são que os resultados jurídico-substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos. Tais resultados constituem as chamadas ‘tutelas dos direitos’”.<sup>1053</sup>

Tendo em conta que o processo deve ser estruturado de modo a promover as tutelas dos direitos, os contornos dos instrumentos processuais previstos pelo ordenamento devem sempre ser interpretados no sentido de satisfazer de modo mais efetivo a proteção das pretensões jurídicas, sem preocupação com rigorosos formalismos que se apresentem excessivos ou inúteis. Com isso se quer dizer que o processo não possui qualquer utilidade se compreendido como algo indiferente ao Direito material, devendo, ao revés, ser entendido como “técnica processual destinada à efetividade dos direitos”.<sup>1054</sup>

No âmbito do Direito Internacional, a positivação do direito à tutela judicial efetiva é realizada em alguns tratados de direitos humanos, como, por exemplo, nos artigos 8º e 25 do Pacto Internacional de São José da Costa Rica. Na Argentina, em virtude da recepção da convenção com hierarquia constitucional, as garantias previstas nesses dispositivos são diretamente aplicáveis, completando outras estabelecidas na Constituição Nacional (como no art. 18), em um conjunto do qual também se pode deduzir o direito analisado, como o fez a Corte Suprema da Nação no caso “Ekmekdjiam, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”<sup>1055</sup>.

No Brasil, o art. 5º, XXXV da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse princípio é o corolário do direito examinado,<sup>1056</sup> por entender-se que tal norma garante a todos os cidadãos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, sem qualquer exclusão quanto à possibilidade de revisão, por parte do juiz, da conformidade das condutas públicas ou privadas com o ordenamento jurídico.<sup>1057</sup> Sob esse ponto de vista, pode-se considerar o direito à tutela jurisdicional efetiva como um direito materialmente fundamental,<sup>1058</sup> pois embora não esteja explícito no enunciado normativo, deriva diretamente do princípio que proíbe a exclusão da apreciação do Poder Judiciário.

O direito à efetividade da prestação jurisdicional é inerente à própria existência dos direitos, pois sua proteção e aplicabilidade só poderá ser levada a efeito se houver uma atuação adequada da jurisdição, a qual, como se disse, impende sobre o Estado como contrapartida da proibição da justiça privada<sup>1059</sup>.<sup>1060</sup> Ademais, esse direito encomenda ao legislador o dever de

<sup>1053</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

<sup>1054</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 28.

<sup>1055</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Ekmekdjiam, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”. Fallos 315:1492 (1992).

<sup>1056</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo...** *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>1057</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual...** *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>1058</sup> A Constituição brasileira reconhece expressamente a existência de outros direitos fundamentais situados fora do catálogo do “Título II – Dos direitos e garantias fundamentais” (arts. 5º a 17), que derivem dos princípios ou do regime por ela adotados, ou dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Estado brasileiro seja signatário. A previsão está na chamada “cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais”, prevista no art. 5º, §2º da Constituição Federal, que ostenta a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>1059</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 68; FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à

criar técnicas processuais e procedimentos que possibilitem a concretização das tutelas previstas pelo Direito material. Da mesma forma, institui ao juiz a obrigação de, com base na regra processual, chegar à técnica adequada para proteger as necessidades do Direito substancial.

De tais premissas se pode inferir que o direito fundamental à tutela judicial fixa ao Estado-Legislator, mediante a instituição de normas legais, e ao Estado-Juiz, por meio da atuação no caso concreto, a incumbência de estabelecer, de acordo com as peculiaridades da situação de Direito material: (i) técnicas processuais e procedimentos adequados (como as medidas antecipatórias nos casos de ameaça a direito<sup>1061</sup> e o procedimento simplificado dos Juizados Especiais Cíveis<sup>1062</sup>); (ii) provimentos adequados à efetiva prestação da tutela (como o provimento mandamental e o executivo, não contemplados pela classificação trinária das sentenças<sup>1063</sup>); e (iii) meios executivos adequados<sup>1064</sup> (como a imposição de multa diária para o réu cumprir a sua obrigação e quaisquer outros meios<sup>1065</sup> necessários para tanto<sup>1066</sup>).

No Estado Constitucional, mesmo que o legislador tenha se omitido em prever no âmbito legislativo qualquer dessas técnicas, instrumentos ou procedimentos, o juiz deverá utilizá-los todas as vezes que eles sejam necessários à prestação de uma proteção apropriada, sempre à luz dos mandamentos constitucionais, em atenção ao direito fundamental à tutela judicial efetiva. Aliás, o simples fato de tal direito ser dotado de fundamentalidade já seria suficiente – com base no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) – para autorizar o juiz a concretizá-lo pela via interpretativa quando da omissão ou insuficiência de lei.<sup>1067</sup>

Se, como os demais direitos fundamentais, o direito à efetividade da prestação jurisdicional incide diretamente sobre o juiz, dele deriva a obrigação de o magistrado conformar

Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 8, Curitiba, Juruá, p. 13-35, 2002. p. 23.

<sup>1060</sup> “Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 184-185.

<sup>1061</sup> A propósito do tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>1062</sup> No Brasil, a Lei nº 9.099/95 determinou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, destinados a processar e julgar as causas de pequeno valor e menor complexidade.

<sup>1063</sup> Sobre a superação da classificação trinária das sentenças, e a proposta contemporânea de classificação das sentenças de procedência, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 414-431.

<sup>1064</sup> A respeito dos meios executivos, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>1065</sup> Um exemplo é a intervenção judicial, caso em que o juiz utiliza técnicas interventivas na pessoa jurídica demandada para fazê-la cumprir determinada obrigação, inclusive nomeando, em casos extremos, um interventor para substituir o dirigente da empresa. Sobre o tema, ver: PETHECHUST, Eloi. A intervenção judicial em hospitais e estabelecimentos congêneres de saúde. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, n. 17, Curitiba, UniBrasil, 2012.

<sup>1066</sup> O legislador brasileiro investiu o juiz de amplos poderes de natureza executiva, especialmente nos arts. 461, 461-A do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõem, respectivamente: “**Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

“**Art. 461-A.** Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”

“**Art. 84.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

<sup>1067</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 221.

o procedimento, adequando-o às necessidades do caso concreto. É evidente que não se quer com isso dizer que o juiz deva conceber o processo civil segundo os seus próprios critérios. O que se está aqui a afirmar é que o processo civil constitui também uma forma de proteção dos direitos fundamentais, o que gera ao magistrado o dever de construir o procedimento com fundamento na legislação processual e, acima de tudo, na Constituição Federal,<sup>1068</sup> mesmo que para tanto seja necessária certa dose de criatividade.<sup>1069</sup>

O conteúdo jurídico do direito fundamental à tutela judicial efetiva, segundo Jesús González Pérez, manifesta-se em três momentos distintos: (i) para aceder à Justiça; (ii) para tornar possível a defesa e a obtenção de uma resolução dentro de um prazo razoável; (iii) para assegurar a efetividade plena dos pronunciamentos da sentença.<sup>1070</sup> Cabe agregar, ademais, a exigência de uma justiça independente e imparcial,<sup>1071</sup> com a fixação de um juízo prévio e a intervenção do juiz natural,<sup>1072</sup> como pressuposto essencial de uma prestação judicial idônea.

No campo específico das ações judiciais contra a Administração Pública, a incidência do direito à tutela judicial efetiva implicou significativos avanços e mudanças, mormente nos países que possuem uma justiça especializada em Direito Administrativo (integrada ao Poder Executivo ou ao Judiciário), dotada de um conjunto normativo específico para reger as demandas relativas à matéria. Nas palavras de Juan González Moras, o chamado processo contencioso-administrativo passa a ser concebido como “um instrumento ou meio eficaz para mitigar ou compensar as desigualdades jurídicas, econômicas e de outra índole, presentes nas relações jurídicas entabuladas entre o poder público (...) e os particulares”.<sup>1073</sup> As alterações do regime do processo judicial contra o Estado derivam do rechaço a determinados privilégios conferidos no âmbito processual à Administração, que se converteram em verdadeiros obstáculos que beneficiavam o Poder Público e dificultavam o acesso do cidadão à jurisdição, e que nos tempos presentes não encontram mais justificativa. Trata-se de “dogmas enraizados por influências estrangeiras”,<sup>1074</sup> incompatíveis com muitos dos atuais sistemas constitucionais. Por isso, nos três aspectos a que faz referência Jesús González Pérez – “acesso à jurisdição, devido processo e eficácia da sentença”<sup>1075</sup> – as consequências deste direito nas ações propostas contra o Estado são muito consideráveis.

<sup>1068</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 225.

<sup>1069</sup> Ver, sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, nº 10, Lima, Communitas, p. 453-469, 2008.

<sup>1070</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 57.

<sup>1071</sup> ISABELLA, Diego P. El rol institucional de la tutela judicial efectiva frente a la reticencia del poder político. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Provincia de Buenos Aires**, nº 87-88, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 49-62, 2010. p. 51.

<sup>1072</sup> ACEA, Raquel. El derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva: Una acertada y ejemplificadora sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVII, nº 327, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 95-101, 2005. p. 99.

<sup>1073</sup> GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del Derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVIII, nº 336, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 115-146, 2006. p. 124.

<sup>1074</sup> ÁVALOS, Eduardo. **El proceso contencioso administrativo federal**. Un análisis crítico de cara a la garantía de tutela judicial efectiva. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009. p. 65.

<sup>1075</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 57.

No primeiro momento, a tutela judicial efetiva importa a necessidade de eliminar “as travas que obstaculizam o acesso ao processo”.<sup>1076</sup> Assim, um dos efeitos mais visíveis desse direito está na etapa de admissibilidade da ação,<sup>1077</sup> com uma mudança e uma flexibilização de seus requisitos objetivos, subjetivos, materiais e temporais tradicionais. Esses impactos são claramente notáveis nos países que adotam uma jurisdição administrativa propriamente dita ou gozam de um ramo judiciário especializado na temática. Atualmente se observa uma forte corrente nos distintos ordenamentos no sentido do abandono<sup>1078</sup> – ou ao menos relativização<sup>1079</sup> – do esgotamento da via administrativa como exigência para o acesso à jurisdição.<sup>1080</sup> O mesmo se pode dizer em relação ao requisito de uma reclamação administrativa prévia: segundo Pablo Gallegos Fedriani, “este mito do direito administrativo é ainda mais difícil de entender e justificar que o anterior”.<sup>1081</sup> Outro exemplo é a tendência à eliminação do requisito do pagamento prévio de multas como condição para sua impugnação judicial, o qual significa um estorvo inexplicável quando é imposto nos casos de matéria sancionatória.<sup>1082</sup>

No segundo momento, a prestação jurisdicional há que assegurar ao autor da ação os instrumentos hábeis à obtenção de uma decisão útil, tempestiva, que brinde proteção adequada ao seu direito material, e ao demandado os elementos imprescindíveis a uma defesa efetivamente ampla, com todos os meios e recursos a ela inerentes para influir na formação da convicção de um magistrado imparcial. Um exemplo claro neste sentido é a aceitação da utilização de medidas antecipatórias e cautelares contra a Administração,<sup>1083</sup> em virtude da matização dos atributos da imperatividade e auto-executoriedade do ato administrativo frente aos direitos fundamentais do cidadão. Ditas prerrogativas, atualmente, são consideradas constitucionalmente válidas somente se for admitido seu controle pela jurisdição, pois como explica Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “do contrario, a tutela em vez de efetiva se tornará ineficaz, ilusória, uma quimera, algo contrário

<sup>1076</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa. In: AAVV. **Congreso Internacional de Derecho Administrativo**. San Salvador: Corte Suprema de Justicia – Sección de Publicaciones, 2011. p. 9.

<sup>1077</sup> SESÍN, Domingo Juan. Acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva. In: AAVV. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 58.

<sup>1078</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa. In: AAVV. **Congreso Internacional de Derecho Administrativo**. San Salvador: Corte Suprema de Justicia – Sección de Publicaciones, 2011. p. 17 *et seq.*

<sup>1079</sup> Sustentando a atenuação, mas não o abandono desse requisito: ANDRADA, Alejandro. Tutela judicial efectiva: elementos y condiciones. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, nº 381, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 229-237, 2010. p. 232-233.

<sup>1080</sup> Contudo, parcela da doutrina o considera compatível com o direito à tutela judicial efetiva, em sistemas que prevejam mecanismos que permitam a proteção dos direitos fundamentais até que se logre esgotar a instância administrativa, como o amparo e as medidas cautelares autônomas no caso argentino. Parece ser essa a posição de GARCÍA PULLÉS, Fernando R. ¿Es el agotamiento de la vía administrativa inconciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva? **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXIX, nº 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 105-123, 2007. p. 120-121.

<sup>1081</sup> GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Los mitos en el proceso contencioso administrativo. **A&C – Revista de Derecho Administrativo & Constitucional**, nº 41, Belo Horizonte, Fórum, p. 29-42, jul./set. 2010. p. 32.

<sup>1082</sup> ÁVALOS, Eduardo. **El proceso contencioso administrativo federal**. Un análisis crítico de cara a la garantía de tutela judicial efectiva. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009. p. 322.

<sup>1083</sup> De acordo com as lições de Pablo Gallegos Fedriani: “Consideradas genericamente, pode-se afirmar que as medidas cautelares são atos processuais do órgão judicial adotados no curso de um processo – no caso, administrativo – ou previamente a ele, a pedido de um interessado, para assegurar bens ou provas e manter situações de fato; como uma antecipação da garantia judicial da defesa da pessoa e dos bens (Art. 18, CN) e para não tornar ilusórias as sentenças dos juízes”. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. **Las medidas cautelares contra la Administración Pública**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 25.

radicalmente ao que quer a Constituição”.<sup>1084</sup> Há casos de urgência em que, se o autor tiver de esperar a sentença final da jurisdição, ou necessitar cumprir determinados pressupostos para aceder a uma decisão judicial favorável à sua pretensão, seu direito material perecerá e a resolução do juiz será completamente inútil. É imprescindível, pois, que “a sentença favorável que eventualmente se obtenha sirva realmente às suas pretensões”.<sup>1085</sup>

No terceiro momento, uma vez prolatada a resolução judicial, o direito à tutela judicial efetiva impõe a existência de meios idôneos ao seu cumprimento por parte do Estado. Neste ponto, a superação da concepção rígida de separação dos poderes estatais do século XIX foi fundamental: as decisões do juiz nos casos que envolvem a Administração deixam de ser meramente declarativas.<sup>1086</sup> Hodiernamente, é quase uma obviedade dizer que rechaçar a possibilidade de utilização de mecanismos judiciais executivos contra o Poder Público, com lastro na divisão de poderes, é o mesmo que condenar a jurisdição ao fracasso e converter o direito à prestação jurisdicional em uma utopia. Mas nem sempre foi assim. Daí a relevância do reconhecimento do direito em apreço.

É inquestionável neste aspecto a conclusão a que chegou Pablo Gallegos Fedriani, quando assinalou que “se o poder jurisdicional (revisor da atividade administrativa) só pode declarar e não executar, resulta claro que um dos poderes (o executivo) prima sobre o outro (o judicial)”, pois “se quem decidiu não pode fazer cumprir aquilo que ordenou, seu poder e seu direito se encontram mutilados e sua atividade resulta, além de inútil, estéril”.<sup>1087</sup> Os ordenamentos, assim, incorporaram previsões expressas ou implícitas de instrumentos judiciais de força executiva contra o Estado, capazes de obrigar a Administração ao cumprimento de suas determinações, inclusive mediante a imposição de *astreintes*, aplicando multas diárias por inobservância da sentença.<sup>1088</sup> Uma vez refutados ditos mecanismos, não há como assegurar a fiel observância do sistema jurídico por parte da Administração, a ponto de se poder afirmar que “a inexecução das sentenças pelo Estado põe em crise o Estado de Direito”.<sup>1089</sup>

Outra viragem essencial neste setor foi a aceitação do controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários pela jurisdição.<sup>1090</sup> As competências de natureza discricionária

<sup>1084</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Ejecutividad y tutela judicial efectiva. Aproximaciones jurisprudenciales. In: AAVV. **Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo**. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2009. p. 852-853.

<sup>1085</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso. **Revista de Administración Pública**, n<sup>os</sup> 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 1609-1627, ene./dic. 1983. p. 1625.

<sup>1086</sup> GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del Derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVIII, n<sup>o</sup> 336, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 115-146, 2006. p. 141.

<sup>1087</sup> GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Los mitos en el proceso contencioso administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n<sup>o</sup> 41, Belo Horizonte, Fórum, p. 29-42, jul./set. 2010. p. 39.

<sup>1088</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; BENAVIDES PINILLA, Victor Leonel; SCHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (eds.). **Derecho Administrativo Iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)**. v. II. Panamá: Congrex, 2009. p. 448.

<sup>1089</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n<sup>o</sup> 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 113-130, out./dez. 2012. p. 129.

<sup>1090</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 360 *et seq.*

não podem ser um artifício para tornar imune o exercício do poder.<sup>1091</sup> A inexistência de atos discricionários infensos ao controle da jurisdição é uma consequência lógica do direito à tutela judicial efetiva.<sup>1092</sup> A subsistência de zonas de imunidade do poder político,<sup>1093</sup> onde não possa chegar o juiz para verificar a conformidade ou não das escolhas administrativas com o sistema jurídico, não é compatível com a ideia de tutela judicial efetiva, princípio norteador da atividade judicial controladora da Administração e corolário do Estado Democrático de Direito, nem tampouco com o princípio da juridicidade, ao qual o Poder Público está plenamente submetido.

Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, não existe verdadeiramente um “poder discricionário”, mas sim um “dever discricionário” da Administração de atender excelentemente à finalidade subjacente à norma a ela dirigida, dentro das possibilidades legalmente aceitáveis, situadas no espaço deixado pelo legislador para sua apreciação no caso concreto. Eventual poder ou prerrogativa que se lhe confira o ordenamento não será mais que um “*mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*”.<sup>1094</sup> Assim, no nível fático, se o administrador se depara com mais de uma opção possível dentro dos limites legais, não pode ele eleger entre qualquer delas: ao agente se impõe o “*dever jurídico de praticar não qualquer ato entre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*”.<sup>1095</sup> Uma vez obrigada pelo sistema jurídico, por força dos princípios da eficiência, eficácia e finalidade, a adotar a solução ótima entre as várias existentes para cumprir mais adequadamente os objetivos estampados na norma<sup>1096</sup> – ainda que as demais sejam igualmente razoáveis para cumpri-la – a opção da Administração por um caminho diverso será antijurídica. E revelando-se contrária ao ordenamento globalmente considerado, mesmo que conforme à lei formal, a conduta poderá ser revista judicialmente.

Nessa esteira, como bem adverte Domingo Juan Sesín, atualmente o controle judicial tem lugar não só quanto à “legalidade” do comportamento administrativo, mas também quanto à sua “juridicidade”, de maneira que não há mais sentido em sustentar a impossibilidade de controle dos atos chamados “discricionários”, nem dos “elementos discricionários” do ato. Isso é assim porque o que está sujeito à revisão não é este ou aquele “elemento” do ato, mas sim a juridicidade do ato. O controle, registra o autor, “deve operar sobre a totalidade de tal ato, mesmo quando ao final do processo se chegue à conclusão de que o juiz deve respeitar a valoração discricionária efetuada pela Administração, por não haver-se violentado a ordem jurídica”.<sup>1097</sup>

De tudo o quanto foi dito, verifica-se que a consagração do direito a uma *tutela jurisdicional efetiva* constituiu verdadeiro marco na reconstrução do processo judicial, maiormente em matéria de ações propostas em face do Poder Público. Significou,

<sup>1091</sup> SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. La discrecionalidad administrativa ¿zona de inmunidad del poder? **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, nº 238, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 1-6, jul. 1998. p. 6.

<sup>1092</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009. p. 203.

<sup>1093</sup> Sobre el tema, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

<sup>1094</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 15.

<sup>1095</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 33.

<sup>1096</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 130-135.

<sup>1097</sup> SESÍN, Domingo Juan. **Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. p. 441.

essencialmente, uma transformação paradigmática conducente à rejeição de diversos axiomas consolidados no âmbito do Direito Processual do século XIX, em especial o apego excessivo à letra de lei para autorizar a atuação do magistrado, que redundou na proclamação do princípio da tipicidade das formas processuais. Esse dogma, de que apenas os procedimentos e técnicas explicitamente previstos pela lei em sentido formal eram reputados como legítimos, sofreu drástica mitigação, admitindo-se em tempos presentes uma atuação do juiz mais consentânea com a realização do Direito material, inclusive mediante a enumeração legal de competências, formas e técnicas abertas, não taxativas.<sup>1098</sup>

Por força dos impactos produzidos pelo direito em exame, a configuração jurídica do processo judicial que envolve a Administração se desata das amarras que lhe eram impostas por sua concepção oitocentista, forjada com supedâneo nos privilégios administrativos que restringiam demasiadamente o acesso do cidadão à jurisdição e a posterior interferência judicial na esfera da máquina pública. E com isso o instituto se reedifica, incorporando técnicas e procedimentos judiciais mais adequados à salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais do cidadão, albergados nos tratados internacionais e na Constituição.

(c) É a partir de uma analogia inspirada nessas transformações do processo judicial em prol do cidadão, desencadeadas pela afirmação do direito à tutela *judicial* efetiva, que a jurisprudência argentina reconheceu a existência de um direito correlato na esfera administrativa: a tutela *administrativa* efetiva. Procurou-se com isso desamarrar a Administração Pública de alguns axiomas do século passado incompatíveis com a realidade atual, tal como se passou com o juiz na esfera do processo judicial.

A influência do paradigma do Estado Constitucional significou também uma mudança de perspectiva na seara do procedimento e do processo administrativo, passando-se a uma construção que, embora não abandone as prerrogativas administrativas, agora opõe a elas uma série de limitações e matizações descendidas da necessidade imperiosa de proteção da dignidade da pessoa. Se em sede administrativa, tanto quanto na judicial, os atos e decisões finais podem afetar as esferas jurídicas dos indivíduos, é imprescindível estender ao primeiro âmbito as garantias essenciais asseguradas no segundo.

Essa posição não significa fundir por completo os regimes jurídicos que incidem sobre o processo administrativo e o judicial, mas sim admitir, ao lume dos direitos humanos e fundamentais estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais, a existência inobjetable de um núcleo comum de princípios aplicáveis a toda e qualquer espécie de trâmite prévio à intervenção do Estado nos direitos das pessoas.<sup>1099</sup> Seguem existindo princípios específicos incidentes somente em sede administrativa ou no âmbito judicial, mas alguns deles se apresentam comuns a ambos.<sup>1100</sup>

<sup>1098</sup> Ver, sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>1099</sup> Tratando sobre a incidência dos direitos fundamentais como limites à potestade sancionadora da Administração, Graciela Ruocco destaca que no Estado Constitucional de Direito, caracterizado por traços como “democracia, supremacia constitucional e prioridade na proteção dos direitos fundamentais, o *ius puniendi* será a potestade atribuída a determinados órgãos do Estado com a finalidade de impor penas, em sentido amplo, a aqueles que após um processo concreto, contemplado previamente na lei, sejam responsáveis pelos delitos ou faltas que lhes sejam atribuíveis”. RUOCCO, Graciela. Principios de legalidad, tipicidad y de prescripción en materia de actividad sancionatoria de la Administración. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 2, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 121-165, 2010. p. 123.

<sup>1100</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento e processo administrativo a partir da experiência brasileira no plano global. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, nº 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 359-394, ago. 2010. p. 370-371.

Direitos fundamentais de natureza processual, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a duração razoável, a presunção de inocência (em matéria sancionatória), entre outros, são identificados como pertencentes a esse núcleo constitucional comum. E passam, assim, a reclamar observância nos processos administrativos, mesmo quando não forem expressamente garantidos pela lei formal, justamente porque dimanam do bloco de constitucionalidade – isto é, das próprias disposições da Constituição, explícita ou implicitamente, e dos tratados internacionais de direitos humanos com hierarquia constitucional. Ditos direitos produzem inúmeros desdobramentos específicos e imperativos, que hão de ser reconhecidos de ofício pela Administração e pelo juiz.

A compreensão do processo administrativo como uma ferramenta sobre a qual devem recair as diversas garantias necessárias a resguardar a dignidade do cidadão foi desenvolvida nos últimos anos, na doutrina e jurisprudência argentinas, em torno da noção de *derecho a tutela administrativa efectiva*, atualmente considerado como “novo paradigma da função administrativa”.<sup>1101</sup> Por força de previsões convencionais e constitucionais, passou-se a entender que em matéria de processo administrativo se pode reivindicar da Administração as mesmas exigências de efetividade que no processo judicial se demanda do juiz, derivadas – estas últimas – do direito à tutela judicial efetiva. Seu reconhecimento jurídico já havia sido realizado no plano doutrinário por Juan Carlos Cassagne em 1998, extraindo-o do art. 2º, inciso 3, apartados a) e b) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, ao sustentar que deles decorre um princípio, que “é o da tutela administrativa efetiva”. Afirma o jurista que tais dispositivos consagram “a tutela efetiva, não apenas no âmbito da justiça mas também (...) como uma garantia exigível à Administração”.<sup>1102</sup>

A ideia ganhou grande difusão especialmente a partir de sua enunciação jurisprudencial, no caso “*Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER*”,<sup>1103</sup> julgado pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. A questão chegou ao Tribunal por meio de um recurso extraordinário interposto pelo Comitê Federal de Radiodifusão (COMFER), questionando a decisão da Câmara Nacional de Apelações do Contencioso Administrativo Federal (Sala 2º), que manteve a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da Resolução nº 16/1999 do COMFER. O dispositivo previa que, para participar de uma licitação para a adjudicação de estações de radiodifusão de frequência modulada, os postulantes deveriam apresentar uma declaração atestando que desistiam de maneira incondicional de todos os recursos administrativos e judiciais interpostos contra as disposições legais ou regulamentares que disciplinavam o serviço de radiodifusão, ou contra atos do COMFER e da Comissão Nacional de Comunicações.

A Corte, negando provimento ao recurso e mantendo a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, fez alusão a uma série de normas convencionais e constitucionais<sup>1104</sup> para delas deduzir o “direito à tutela administrativa e judicial efetiva”, o qual

<sup>1101</sup> MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva. **La Ley**, Tomo 2012-B, Buenos Aires, p. 1-6, mar. 2012. p. 2.

<sup>1102</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Principios generales del procedimiento administrativo. In: AAVV. **Procedimiento Administrativo**. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativo, 1998. p. 19-20.

<sup>1103</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “*Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER*”. Fallos 327:4185 (2004).

<sup>1104</sup> Art. 18 da Constituição Nacional argentina; arts. XVIII e XXIV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; arts. 8º e 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos; arts. 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e arts. 2º, inc. 3º, apartados a) e b) e 14, inc. 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.



“supõe a possibilidade de recorrer aos tribunais de justiça – ao que cabe agregar, às autoridades administrativas competentes – e obter deles sentença ou decisão útil relativa aos direitos dos particulares ou litigantes e que requer, sobre todas as coisas, que não se prive ninguém arbitrariamente da adequada e oportuna tutela dos direitos que puderem, eventualmente, assistir-lhe, salvo por meio de um processo judicial – ou administrativo – conduzido na forma legal e que conclua com a prolação de uma sentença – ou decisão – fundada”.<sup>1105</sup> Fazendo analogia às garantias inerentes à tutela judicial efetiva, e equiparando “tribunais” a “autoridades administrativas”, “sentença” a “decisão”, “processo judicial” a “processo administrativo”, o Tribunal considerou então que a limitação imposta pela Resolução do COMFER afrontava também o direito à tutela *administrativa* efetiva, impedindo a possibilidade de se aceder a um processo administrativo legalmente conduzido, garantidor de uma decisão fundada, útil e eficaz.<sup>1106</sup>

A virtude do aresto está em dignificar o processo administrativo como instrumento de tutela dos direitos, compreendido a partir do cidadão e não mais à luz dos privilégios e prerrogativas da Administração, estendendo a ele princípios conquistados no plano do processo judicial. O Tribunal demonstra que a tutela efetiva dos direitos fundamentais não compete só ao juiz, mas também à Administração. O que não significa, sem embargo, nem uma absoluta identidade entre os direitos às tutelas *judicial* e *administrativa* efetivas, nem uma substituição do primeiro pelo segundo. De acordo com Pablo Gutiérrez Colantuono, este novo direito goza de autonomia conceitual e não exclui a aplicação do anterior; ao revés, ele se insere como mais um passo rumo à busca de eficácia prática dos instrumentos estatais de proteção aos direitos fundamentais, e se distingue em dois aspectos de seu similar *judicial*: (i) ostenta um *papel preventivo*, visando à finalidade de evitar o conflito que abre passo à intervenção do juiz, através de uma atuação de ofício da Administração na tutela dos direitos; (ii) desfruta do *lugar privilegiado da função administrativa* para a obtenção deste objetivo, uma vez que consiste na função estatal que apresenta as características de imediatidade e concreção, facilitando a realização universalizada dos direitos fundamentais.<sup>1107</sup>

Na formulação de Gutiérrez Colantuono, do direito à tutela administrativa efetiva resulta “*a possibilidade das pessoas de recorrer ante a autoridade administrativa e obter dela resolução relativa a seus direitos, evitando precisamente diferir ou postergar sua proteção à*

<sup>1105</sup> A tradução livre realizada no corpo do texto buscou adaptar os termos empregados à realidade jurídica brasileira, uma vez que no Direito argentino a expressão “*proceso*” é reservada ao processo *judicial*, ao passo que a expressão “*procedimiento*” engloba tanto o que no Brasil se chama de “procedimento *administrativo*”, quanto aquilo que aqui se denomina de “processo *administrativo*” (já que, para a corrente majoritária na Argentina, “processo” é um fenômeno que ocorre exclusivamente na esfera jurisdicional). Os trechos entre travessões, no julgado citado, visavam a destacar a equivalência que a Corte estava reconhecendo entre os direitos assegurados no processo *judicial* e aqueles incidentes no processo *administrativo*. A redação original do excerto traduzido é a seguinte: “*supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada*”. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “*Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER*”. Fallos 327:4185 (2004).

<sup>1106</sup> GUSMÁN, Alfredo. Los principios de eficacia y eficiencia en el procedimiento administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, n° 385, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 39-45, 2010, p. 43.

<sup>1107</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 99-100.

*instância judicial*".<sup>1108</sup> A consecução desse propósito pressupõe um extenso rol de desdobramentos que emanam do direito examinado, muitos deles já acolhidos expressamente pelas legislações nacionais, estaduais e locais, e tantos outros identificados pela doutrina como implícitos e derivados de normas constitucionais e convencionais, que se aplicam diretamente ao procedimento e ao processo administrativo, ainda que inexista previsão de leis específicas neste sentido.

Entre as inúmeras derivações do princípio da tutela administrativa efetiva, pode-se mencionar: (i) o direito de petição, com possibilidade de o requerente recorrer à autoridade administrativa competente e expor suas pretensões dentro do processo; (ii) o direito do cidadão de ser ouvido, em um processo administrativo prévio à prática de todo e qualquer ato que afete sua esfera jurídica,<sup>1109</sup> o qual não pode transformar-se em um mera formalidade rotineira ou em uma aparência formal de defesa, devendo, ao contrário, consistir na possibilidade de real participação útil do indivíduo no processo;<sup>1110</sup> (iii) o direito de publicidade e vistas do expediente de maneira ampla e irrestrita;<sup>1111</sup> (iv) o direito de oferecer e produzir provas;<sup>1112</sup> (v) o direito à autodefesa, compreendendo o direito de presença e o direito de audiência; (vi) o direito à defesa técnica por advogado, considerado imprescindível nos processos de cunho sancionador;<sup>1113</sup> (vii) o direito à tutela cautelar em sede administrativa, mesmo na falta de disposições legais específicas, em analogia ao poder geral de cautela conferido ao juiz, em casos de proteção urgente de direitos fundamentais no âmbito administrativo;<sup>1114</sup> (ix) o princípio do formalismo atenuado, sempre a favor do cidadão e jamais da Administração;<sup>1115</sup> (x) obrigação da Administração de resolver o requerimento administrativo, sem dilações indevidas e dentro de um prazo razoável;<sup>1116</sup> (xi) o direito a uma decisão fundada, na qual sejam efetivamente considerados os argumentos deduzidos pelos interessados; (xii) direito à interposição de recursos à autoridade hierárquica superior;<sup>1117</sup> (xiii) impossibilidade de condicionar a interposição de recursos ou impugnação de atos ao pagamento prévio de dívidas, multas ou constituição de cauções, sempre que isto possa impedir o exercício dos direitos.<sup>1118</sup>

<sup>1108</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). *Idem*, p. 100.

<sup>1109</sup> LISA, Federico. Procedimiento administrativo y participación ciudadana. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 111-127, sep. 2012. p. 115.

<sup>1110</sup> CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVII nº 323, Buenos Aires, RAP, p. 75-88, 2005. p. 78.

<sup>1111</sup> MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva... *Op. Cit.*, p. 5; CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva... *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>1112</sup> Destaca Augusto Durán Martínez que "o direito de oferecer e produzir provas é um conteúdo natural do devido processo, pois é a única forma que tem o imputado de acreditar seus direitos. Coadjuva, por outra parte, a averiguar a verdade. Sem prova, o ato resulta imprudente e temerário e, portanto, ilegítimo". DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 2, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 307-339, 2010. p. 322.

<sup>1113</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010. p. 35 *et seq.*

<sup>1114</sup> URRUTIGOITY, Javier. El principio de tutela administrativa efectiva. **Lexis**, nº 0003/012321, Buenos Aires, p. 1-11, 2005. p. 6.

<sup>1115</sup> SESÍN, Domingo Juan. El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIII, nº 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 17-48, sep. 2011. p. 44.

<sup>1116</sup> LISA, Federico José. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo. **A&C – Revista de Derecho Administrativo & Constitucional**, nº 44, Belo Horizonte, Fórum, p. 41-58, abr./jun. 2011. p. 49.

<sup>1117</sup> CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva... *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>1118</sup> URRUTIGOITY, Javier. El principio de tutela administrativa efectiva... *Op. Cit.*, p. 6.

Em suma, a identificação da tutela administrativa efetiva não só como um direito subjetivo, mas também como um princípio jurídico objetivo, torna-a um elemento “informante e estruturante de todo o conjunto de normas e atos que configuram o procedimento administrativo”, e que serve como “uma diretriz inarredável em sua interpretação e aplicação aos casos concretos”.<sup>1119</sup> Essa condição de princípio cardinal do processo e do procedimento administrativo outorgada à tutela administrativa efetiva a converte em um ímã atrativo de outros princípios e direitos fundamentais de natureza processual incidentes no processo judicial, permitindo sua aplicação analógica em sede administrativa, mesmo nos casos em que não haja expressa previsão legislativa nesse sentido.

É de se observar, contudo, que a construção jurídica levada a efeito pela doutrina e pela jurisprudência argentinas circunscreve a incidência do direito à tutela administrativa efetiva à seara do procedimento e do processo administrativo. E a produção teórica a seu respeito é, ainda, muito incipiente, apresentando-se muito aquém das potencialidades a ele inerentes e que demandam maiores desenvolvimentos. A proposta deste trabalho é aprimorar as dimensões desse direito, estendendo a sua aplicação a outras searas de atuação da Administração Pública e agregando-lhe um conteúdo mais substancial, tanto em relação ao seu significado e às consequências jurídicas por ele produzidas, quanto ao seu alcance e à sua extensão.

### *6.1.2. Uma proposta conceitual de “direito à tutela administrativa efetiva” e seu embasamento normativo no bloco de constitucionalidade brasileiro*

Os três elementos acima analisados – o direito à boa Administração Pública, o direito à tutela judicial efetiva e a afirmação de um direito à tutela administrativa efetiva na jurisprudência argentina – serão doravante utilizados como inspiração ora teórica, ora jurídico-normativa, para se propor a existência do direito fundamental à tutela administrativa efetiva no Direito brasileiro.

O direito à boa Administração Pública revela-se como um alicerce jurídico para a identificação do direito em epígrafe. Como se viu no tópico anterior (6.1.1.), a Carta Iberoamericana dos Direitos e Deveres do Cidadão em Relação com a Administração Pública, aprovada em outubro de 2013, enuncia o direito à tutela administrativa efetiva como componente do direito fundamental à boa Administração. E como também se demonstrou, com exemplos específicos, a doutrina e a jurisprudência brasileiras já reconhecem a boa Administração Pública como direito fundamental implícito no ordenamento constitucional pátrio. Logo, o direito objeto do presente estudo constitui parcela do conteúdo de outro direito mais amplo, recentemente acolhido pela comunidade jurídica nacional, e por isso deve também ser admitido como integrante deste sistema normativo. Trata-se, no entanto, de um desdobramento ainda não referido pelos juristas no Brasil, cujos delineamentos, conceituação, conteúdos e consequências jurídicas carecem de desenvolvimento.

O direito à tutela administrativa efetiva distingue-se do direito à boa Administração Pública por se tratar de uma relação de gênero e espécie. Aquele, de conteúdo mais específico, está englobado por este, dotado de traços mais alargados. Da leitura da Carta Iberoamericana é possível se observar que a noção de boa Administração abrange diversos outros princípios, muitos dos quais estão ligados à atividade administrativa interna, não diretamente relacionada à incumbência de proteção de direitos. É o caso do “princípio da avaliação permanente da

---

<sup>1119</sup> MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva... *Op. Cit.*, p. 1.

Administração Pública” (item 10), segundo o qual esta deverá “adequar sua estrutura, funcionamento e atividade, interna e externa, à identificação de oportunidades para sua melhora contínua, medindo de forma objetiva o desempenho de suas estruturas administrativas”. Outro exemplo é “princípio da economia” (item 8), que impõe a utilização racional dos recursos disponíveis e determina que o “gasto público se realizará atendendo a critérios de equidade, economia, eficiência e transparência”. A tutela administrativa efetiva, por sua vez, diz respeito somente ao exercício da função administrativa direcionada à satisfação de direitos do cidadão pela Administração Pública, que deverá ser desempenhada de maneira célere, integral, eficaz e igualitária.

Por sua vez, o direito à tutela judicial efetiva se presta como inspiração teórica à construção do direito à tutela administrativa efetiva. Aquele, consoante já se expôs, acarretou uma libertação do juiz das algemas que lhe atavam às técnicas processuais e procedimentos expressamente estipulados pela lei, permitindo-lhe então lançar mão de instrumentos não legalmente previstos, como forma de cumprir os comandos constitucionais que lhe ordenam a proteger adequadamente as necessidades do Direito material. Assim como o Direito Processual Civil precisou desse impulso para afastar-se de suas bases calcadas no pensamento do século XIX e alinhar-se aos postulados do Estado Constitucional, busca-se com o reconhecimento do direito em debate amoldar o Direito Administrativo – muitas vezes ainda apegado aos seus dogmas oitocentistas no que tange à tutela dos direitos – às mudanças experimentadas pelo Direito Constitucional contemporâneo. Em outras palavras, o direito à tutela *administrativa* efetiva está para a função *administrativa* assim como o direito à tutela *judicial* efetiva está para a função *jurisdicional*.

Logo, do mesmo modo que o seu correspondente na esfera judicial, o direito à tutela administrativa efetiva faz impender sobre a Administração Pública a tarefa de concretizar eficazmente as demandas do Direito substancial, afastando todos os obstáculos que possam prejudicar a realização idônea dos direitos do cidadão pela via administrativa. Isso implicará, em alguns casos, o dever das entidades e órgãos públicos de empregar soluções não contempladas no plano legislativo, sempre que isso for necessário para atender de maneira ótima à satisfação dos interesses dos indivíduos resguardados pela ordem jurídico-constitucional. Importará, ademais, a imposição de obrigações à Administração Pública de criar condições reais e efetivas para o exercício dos direitos fundamentais, oriundas da dimensão objetiva destes, bem como mecanismos de proteção contra a sua violação por parte de outros particulares.

Nesse ponto verifica-se também uma correlação de fundamentos entre os direitos à tutela *judicial* e *administrativa* efetivas. O dever da Administração Pública (que muitas vezes não se apresenta explícito na norma) de adotar medidas protetivas aos direitos fundamentais frente a agressões de sujeitos privados decorre do principal embasamento invocado no campo da proteção jurisdicional: a assunção, pelo Estado, da exclusividade do uso legítimo da força física.<sup>1120</sup> Se em princípio e como regra geral esse monopólio estatal veda aos particulares a defesa direta e pessoal dos seus direitos, reclamando a necessidade de recorrer ao Estado para

---

<sup>1120</sup> Essa característica é considerada por Max Weber como o traço que exhibe a essência do Estado moderno. Em suas palavras: “Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território (...), reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do ‘direito’ de exercer coação”. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 2. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 525-526.

persegui-los, a este incumbe como contrapartida o dever de assegurá-los de forma efetiva.<sup>1121</sup> E isso se dá não apenas no âmbito judicial, mas também na seara administrativa. Colhem-se aqui os ensinamentos de Robert Alexy, que se refere ao direito a procedimentos judiciais e ao direito a procedimentos administrativos como espécies do gênero “direitos a uma ‘tutela jurídica efetiva’”. A condição para que essa tutela jurídica – judicial ou administrativa – seja efetiva é que “o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular dos direitos processuais”.<sup>1122</sup> Portanto, embora o raciocínio seja mais usualmente utilizado para reconhecer o direito a uma *tutela judicial efetiva*, ele pode, ademais, ser aplicado para identificar o direito a uma *tutela administrativa efetiva*. À Administração também compete fornecer ferramentas de proteção aos titulares de direitos fundamentais em face de possíveis ofensas que venham a ser praticadas por outros particulares, já que a busca privada pela tutela dos próprios direitos é proibida pelo Estado.<sup>1123</sup> O objeto da tutela administrativa efetiva poderá ser, assim, não apenas posições jurídicas que envolvam a relação titular do direito *vs.* conduta estatal lesiva (omissiva ou comissiva), mas também pretensões de atuação estatal positiva voltada à salvaguarda da esfera jurídica do indivíduo em uma relação titular do direito *vs.* sujeito privado.

As mudanças provocadas pelo direito à tutela jurisdicional efetiva fizeram com que o processo judicial deixasse de ser estudado como algo autônomo, isolado e autorreferencial,<sup>1124</sup> para ser encarado como um instituto absolutamente *instrumental* em relação ao Direito material: uma ferramenta para a *tutela dos direitos*.<sup>1125</sup> Aproveitando as transformações que têm sido operadas no Direito Administrativo pelo direito à boa Administração, cuja proclamação objetivou realçar a posição do cidadão em suas relações com o Poder Público, o reconhecimento do direito à tutela administrativa efetiva visa a proporcionar algo similar: a aceitação de que a Administração Pública ostenta uma função *instrumental*, consistindo em um aparato para a *tutela dos direitos fundamentais do cidadão*. Eles é que compõem o âmago do interesse público, o seu núcleo central,<sup>1126</sup> o que suscita a necessidade de extrair do direito a uma tutela administrativa efetiva a proibição de que o Estado persiga interesses secundários que colidam com os direitos humanos. Essa nova construção logrou matizar no processo civil as teorias de matriz legalista que propugnavam formalismos inúteis e prejudiciais aos jurisdicionados. Do mesmo modo pretende-se, com a noção de tutela administrativa efetiva, rechaçar as posturas ensejadoras de obstáculos à realização dos direitos pela Administração Pública, que se apoiam em formulações centradas exclusivamente na estrutura, organização e funcionamento da máquina administrativa em vez de se focarem na pessoa humana e em sua dignidade.

<sup>1121</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 88.

<sup>1122</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 433.

<sup>1123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 149.

<sup>1124</sup> Concepção difundida na fase da dogmática processual civil, do século XIX, que conferiu demasiada importância à técnica e às formalidades, impermeabilizando o processo contra os valores que influenciam as relações jurídicas de Direito material. CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

<sup>1125</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 403.

<sup>1126</sup> MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010. p. 180 e 196; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 148.

Quanto à consagração do direito à tutela administrativa efetiva pela jurisprudência argentina, ela serve de embrião para a construção que se objetiva desenvolver nesta pesquisa. De um lado, funciona como um impulso e um apoio à afirmação desse direito no cenário jurídico brasileiro, por se tratar de uma figura já consignada em decisões judiciais de um importante Estado latinoamericano como é a República Argentina. De outra parte, porém, cuida-se ainda de uma semente a ser cultivada e desenvolvida em solo nacional para que possa render novos frutos, já que no Direito argentino a tutela administrativa efetiva tem sido reconhecida apenas no campo do processo administrativo. A categoria não foi, até o presente momento, utilizada em outros âmbitos da atividade da Administração Pública, aos quais ele poderia aportar contribuições interessantes. Assim, ampliando a concepção argentina, propõe-se aqui a traçar o conteúdo e os efeitos jurídicos do direito fundamental à tutela administrativa efetiva na esfera de outros institutos do Direito Administrativo, com especial atenção àqueles que o Poder Público mais utiliza para promover os direitos fundamentais sociais. Importa, nessa linha, identificar os deveres que emanam desse direito em matéria de serviços públicos, políticas públicas, regulamento e ato administrativo, responsabilidade civil do Estado e do próprio processo administrativo, sempre que eles forem manejados para a satisfação de direitos fundamentais sociais.

À luz de tudo o quanto foi dito, cabe agora apresentar: **(a)** uma *proposta conceitual* de “direito à tutela administrativa efetiva”; **(b)** o *embasamento normativo* do direito em referência no bloco de constitucionalidade brasileiro; e uma menção sucinta **(c)** à sua *relevância prática*; **(d)** aos seus *efeitos jurídicos*; **(e)** às suas *consequências em matéria de direitos fundamentais sociais* – temas, esses três últimos, que serão objeto de maior atenção nos próximos tópicos e capítulos.

**(a)** Cumpre, inicialmente, apresentar uma *proposta conceitual* do direito em apreço, como ponto de partida para delinear, em seguida, os seus contornos jurídicos e as repercussões suscitadas pelo seu reconhecimento no Direito brasileiro.

A tutela administrativa efetiva consiste no direito fundamental do cidadão: (1) *de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos*; (2) *que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (praeter legem) ou contrariamente à lei (contra legem)*; (3) *e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais*.

Os três elementos que integram essa definição serão elucidados e destrinchados com maior detalhamento adiante.<sup>1127</sup>

**(b)** O *embasamento normativo* do direito fundamental à tutela administrativa efetiva resulta de uma interpretação sistemática dos seguintes dispositivos: **(b.1)** art. 5º, §2º da CF; **(b.2)** arts. 5º, §1º e 37, *caput*, da CF; **(b.3)** arts. 1º, incisos II e III, e 3º, incisos I a IV da CF; **(b.4)** arts. 2º, inciso 3º, “a” e “b” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

**(b.1)** O primeiro fundamento jurídico a ser referido é o art. 5º, §2º da Constituição Federal, haja vista que esse direito não foi incluído de maneira explícita no rol de direitos

<sup>1127</sup> Sobre o elemento (1), ver Parte II, Capítulo 6, item 6.1, subitem 6.1.2, ponto (b.2) e item 6.2, subitem 6.2.1. A propósito do elemento (2), conferir Parte II, Capítulo 7, itens 7.1. e 7.2. e respectivos subitens. Acerca do elemento (3), ver Parte II, Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.2. e Capítulo 7, item 7.1, subitem 7.1.1., ponto (a).

fundamentais do Título II. O dispositivo estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Essa determinação é conhecida como uma cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, pelo fato de autorizar o reconhecimento de outros direitos com *status* materialmente fundamental. Em virtude dessa previsão, para além daqueles direitos incluídos no Título II, a Lei Maior admitiu a existência de direitos fundamentais concebidos em sentido *material*, cujo conteúdo e importância, por ligarem-se à estrutura básica do Estado e da sociedade,<sup>1128</sup> podem ser equiparados aos direitos formalmente fundamentais.

Por força do art. 5º, §2º, portanto, a ordem constitucional reconhece como posições jurídicas *fundamentais* determinados direitos de diferentes origens: (i) os expressamente positivados na enumeração do Título II da CF; (ii) os implícitos e subentendidos nos enunciados normativos desse mesmo apartado da Constituição; (iii) os proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional que se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iv) os previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (v) os que não estejam anunciados em texto normativo algum, mas que decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados.<sup>1129</sup>

A tutela administrativa efetiva, conquanto não esteja (i) expressamente positivada no Título II da CF, nem (iii) proclamada explicitamente em outras partes do texto constitucional, enquadra-se na condição de direito *materialmente* fundamental, por se encaixar simultaneamente nos outros três critérios acima expostos – (ii), (iv) e (v) – nos termos a seguir alinhavados.

**(b.2)** O principal alicerce que avaliza a dedução do direito à tutela administrativa efetiva do sistema constitucional brasileiro é a combinação do art. 5º, §1º com o art. 37, *caput*. O primeiro deles estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E o segundo dispõe que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, *impressoalidade*, moralidade, publicidade e *eficiência* (...)”.

A interpretação conjunta desses dois dispositivos tem como resultado a produção de uma *norma de direito fundamental*,<sup>1130</sup> que impõe à Administração Pública o dever de tutelar de modo *eficiente* e *impressoal/isonômico* (art. 37, *caput*) os direitos fundamentais do cidadão, que incidem *imediatamente* sobre a máquina administrativa (art. 5º, §1º), de sorte que a sua tutela por essa via não pode ficar na dependência de uma regulamentação legislativa, nem ser bloqueada por leis inconstitucionais. Veja-se que desses fundamentos normativos é possível extrair os dois primeiros elementos que compõem o conceito de tutela administrativa efetiva proposto no ponto (a).

O primeiro deles – que registra tratar-se do direito (1) *de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos* – é derivação dos princípios constitucionais da eficiência e da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF). *Eficiência* pelo fato de que esse princípio obriga o

<sup>1128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>1129</sup> Quanto a essa última espécie, deixando-se de lado neste momento as divergências a propósito dos requisitos necessários para a sua identificação, toma-se aqui a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem o constituinte, ao aludir a regime e princípios constitucionais, está se referindo aos princípios fundamentais do Título I (art. 1º a 4º) da CF. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>1130</sup> Lembre-se, conforme exposto na Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.1., que a *norma de direito fundamental* consiste no produto da interpretação dos *enunciados normativos* constitucionais.

administrador público a utilizar os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo Direito positivo,<sup>1131</sup> que traduzem o conteúdo do interesse público, conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico.<sup>1132</sup> Destarte, vincula a Administração ao dever de tutelar os direitos do cidadão de maneira efetiva, célere e eficaz. E *impessoalidade* porque essa proteção administrativa deve ser promovida de forma igualitária, sem criar privilégios para pessoas determinadas, o que gera aos órgãos e entidades públicas a incumbência de universalizar o tratamento dos indivíduos em matéria de satisfação de direitos fundamentais.<sup>1133</sup>

O segundo desdobramento do direito à tutela administrativa efetiva – segundo o qual ele (2) *autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para a tutela efetiva dos direitos, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (praeter legem) ou contrariamente à lei (contra legem)* – deflui do art. 5º, §1º da CF. Isso porque, a incidência direta dos direitos fundamentais anunciada por essa disposição *não tem como destinatários apenas o juiz e o legislador. Ela se destina, também, à Administração Pública.*<sup>1134</sup> Logo, a vinculação administrativa a esses direitos não está subordinada à existência prévia de uma mediação legislativa ou condenação judicial. O administrador público, para que se encontre juridicamente obrigado a empregar os instrumentos necessários à garantia dos direitos fundamentais, não precisa ser compelido pela lei ou por uma ordem do juiz. Se assim o fosse, a aplicabilidade desses direitos não poderia ser reputada como imediata – ao menos não em relação à Administração. Ela seria mediata e indireta, sempre dependente de uma interposição a ser realizada pelo exercício das funções legislativa ou jurisdicional. E evidentemente não é esse o desenho institucional traçado na Constituição de 1988, que pressupõe uma atuação de ofício dos agentes públicos em prol da efetivação dos direitos humanos.

Em síntese: o direito à tutela administrativa efetiva nada mais é do que a contrapartida da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais incidente sobre a Administração Pública, e dos princípios constitucionais da eficiência e da impessoalidade administrativa. Nesse sentido, cuida-se de um direito *materialmente* fundamental porque, consoante o segundo (ii) critério tratado no ponto (b.1), ele se encontra implícito em um enunciado normativo do Título II da Constituição: o art. 5º, §1º. Este, ao determinar que as normas definidoras de direitos e garantias

<sup>1131</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 128 *et seq.*

<sup>1132</sup> Em definição formulada em coautoria com Emerson Gabardo, teve-se a oportunidade de sustentar que “o conteúdo jurídico do princípio constitucional da eficiência administrativa pode ser traduzido como o *dever imposto constitucionalmente à Administração Pública de (i) exercitar a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade, (ii) atuando de modo a concretizar fielmente a finalidade pública subjacente às normas jurídicas às quais está submetida, (iii) utilizando os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo direito positivo (interesse público), (iv) conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico, (v) sempre em consonância com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa*”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245.

<sup>1133</sup> Sobre as relações entre o princípio da igualdade e o princípio da impessoalidade administrativa, ver: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 151-154.

<sup>1134</sup> E é por isso que o presente capítulo se intitula: “Tutela administrativa efetiva: a Administração Pública como destinatária da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”.



fundamentais ostentam aplicação imediata, traduz-se em um comando normativo que pode ser examinado sob dois vieses distintos: um *objetivo*, do Poder Público, que se depara com o dever de cumprir imediatamente as obrigações oriundas desses direitos; e outro *subjetivo*, do cidadão, que titulariza um direito a que as disposições jusfundamentais sejam prontamente cumpridas pelos Poderes Públicos. Um direito, por conseguinte, subentendido em uma previsão do catálogo de direitos fundamentais. No campo do Poder Judiciário, esse aspecto *subjetivo* se volta ao Estado-Juiz e se afigura como o direito à tutela *judicial* efetiva. Na esfera da Administração Pública, ele se dirige ao Estado-Administração e se apresenta como o direito à tutela *administrativa* efetiva.

**(b.3)** Mas não é só. O direito em questão também pode ser identificado a partir do quinto (v) critério assinalado no ponto (b.1): ele decorre do regime e dos princípios fundamentais adotados pela Constituição em seu Título I, notadamente dos arts. 1º, II e III, e 3º, I a IV.

O art. 1º enuncia, em seus incisos II e III, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil. Isso significa que os poderes constituídos – nos quais se insere a Administração Pública – têm como base, como razão de ser, o fornecimento de condições dignas de existência às pessoas, que lhes possibilitem desenvolver livremente sua personalidade e exercer de forma participativa sua condição de cidadãos, é dizer, de membros ativos de uma coletividade politicamente organizada. Para que esse escopo seja atingido, a atuação administrativa deve se pautar pelo respeito e pela promoção do princípio da dignidade humana.

Tal norma principiológica, de acordo com Luís Roberto Barroso, é dotada de um conteúdo mínimo formado por três dimensões, que permitem ver a dignidade como: *valor intrínseco*, *autonomia* e *valor comunitário*.<sup>1135</sup> O direito à tutela administrativa efetiva decorre desse princípio fundamental da República por ser imprescindível à salvaguarda de elementos ínsitos às duas primeiras facetas sublinhadas pelo autor. A dignidade como *valor intrínseco*, consoante a explicação ofertada por Barroso, diz respeito aos caracteres inatos a todos os seres humanos, que atribuem a eles uma condição especial, singular, formada por atributos como a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação. Seu resguardo pressupõe a proteção de diversos direitos, entre os quais o jurista citado inclui a *igualdade perante a lei e na lei*.<sup>1136</sup> A tutela administrativa efetiva, nesse passo, visa a impelir a Administração Pública a satisfazer *igualmente* os direitos fundamentais sociais dos cidadãos, evitando com isso uma afronta a essa parcela do princípio ora examinado.

Além disso, a dignidade tem como elemento constitutivo nuclear a ideia de *autonomia*, que “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”.<sup>1137</sup> Isso pressupõe, do ponto de vista jurídico, a garantia dos direitos às liberdades individuais (autonomia privada), à participação política (autonomia pública) e às condições mínimas de vida (mínimo existencial). Este último guarda relação direta com a noção de tutela administrativa efetiva, afinal, é à Administração Pública que compete prioritariamente promover ações econômicas e sociais, através da prestação de serviços públicos e implementação de políticas públicas, com vistas a atender às necessidades essenciais da população, proporcionando-lhes meios para viver

<sup>1135</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72.

<sup>1136</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 76-78.

<sup>1137</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 82.

dignamente. Sem uma tutela administrativa *efetiva, integral e em prazo razoável* não há como supor que os indivíduos terão o seu direito ao mínimo existencial plenamente assegurado, pois a falha do Poder Executivo nesse mister implicará a necessidade de se buscar a proteção do Judiciário, ao qual só se recorre quando o Direito não se cumpriu espontaneamente.

É também por esse motivo que o direito à tutela administrativa efetiva decorre do art. 3º, incisos I a III da Constituição. Não há como imaginar que o Poder Público irá atender aos objetivos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” sem que a Administração promova de forma efetiva e integral os direitos fundamentais sociais albergados na ordem jurídico-constitucional. O instrumento primordial de que dispõe o Estado para alcançar essas metas fixadas já no início do documento constitucional pátrio é, justamente, a Administração Pública. Daí porque se sustenta neste estudo que o direito à tutela administrativa efetiva, nos termos antes expostos, constitui decorrência direta desses preceitos fundamentais.

E o inciso IV do mesmo art. 3º, que institui como um dos fins da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, representa a fonte do terceiro componente do conceito de tutela administrativa efetiva. Na proposição conceitual elaborada, pontuou-se que esse direito (3) *proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais*. Essa vedação deriva da previsão constitucional supratranscrita, que prende o Estado ao propósito de promover o bem de todos, vale dizer, o interesse público.<sup>1138</sup> Por lógica consequência, à Administração é interdita a persecução de interesses que não sejam aqueles titularizados pela coletividade, entre os quais pairam sobranceiros os direitos fundamentais. Para que estes últimos sejam tutelados de maneira efetiva no exercício da função administrativa, assegurando assim a promoção do bem de todos, a busca das aspirações fazendárias que com eles colidam deve ser coibida. O tema será desenrolado no item 6.2., subitem 6.2.2.

**(b.4)** Finalmente, a jusfundamentalidade do direito à tutela administrativa efetiva pode ser extraída da quarta (iv) hipótese de direito materialmente fundamental mencionada no ponto (b.1): previsão em tratado internacional de direitos humanos.

Nesse ponto, vale-se aqui parcialmente da fundamentação utilizada pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina no caso *Astorga Bracht*, bem como da doutrina de Juan Carlos Cassagne,<sup>1139</sup> que apontam o art. 2º, inciso 3º, apartados “a” e “b” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos como assento normativo convencional do direito a uma tutela administrativa efetiva. Esse tratado de direitos humanos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e incorporado ao Direito brasileiro pelo Decreto Presidencial nº 592/1992, assim dispõe:

<sup>1138</sup> A afirmação de que o art. 3º, IV, ao indicar como objetivo da República a promoção do *bem de todos*, está a consagrar um princípio jurídico que determina ao Estado o dever de outorgar prevalência ao *interesse público*, foi desenvolvida em: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 120-123 e 222-225.

<sup>1139</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Principios generales del procedimiento administrativo. In: AAVV. **Procedimiento Administrativo**. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativo, 1998. p. 19-20.

## Artigo 2º

(...)

3. Os Estados-Partes do presente pacto comprometem-se a:

a) *garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo*, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) *garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial*;

Nesses dispositivos fica claro que o cidadão tem o direito de postular perante a Administração Pública, mediante mecanismos eficazes, a proteção efetiva de seus direitos humanos, que deve ser garantida pelo Estado-administrador. Com isso, nota-se que a tutela dos direitos não pode ficar restrita ao âmbito judicial, recaindo também sobre os órgãos administrativos o dever de assegurá-los em sua máxima medida. A esse respeito, calha ressaltar que a Recomendação Geral n. 31 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de 2004, põe em relevo esse entendimento ao interpretar o alcance do art. 2º do Pacto. No item 4 desse documento, restou consignado que as obrigações descritas em tal enunciado devem ser cumpridas por “todas as esferas do governo (executivo, legislativo e judiciário), e outras autoridades públicas ou governamentais, em qualquer nível – nacional, regional ou local”. Em seguida, sublinha que “a esfera executiva (...) não pode apontar o fato de que uma ação incompatível com as disposições do Pacto tenha sido realizada por uma outra esfera do governo como forma de dispensar o Estado-parte da responsabilidade da ação e a conseqüente incompatibilidade”.<sup>1140</sup> Daí se pode extrair, também, o segundo elemento do direito à tutela administrativa proposto anteriormente, consoante o qual a Administração não pode alegar ausência de norma legal ou existência de lei contrária aos direitos fundamentais como argumento para escusar-se de satisfazê-los eficazmente. A Recomendação Geral nº 31 do Comitê é clara ao frisar que as condutas das outras esferas governamentais (legislativa e judiciária) que conflitem com as determinações do tratado não podem justificar o seu descumprimento.

(c) A identificação do direito fundamental à tutela administrativa nas malhas do tecido constitucional brasileiro – ou em qualquer outro sistema normativo – desfruta de *relevância jurídica prática*. Convém acentuar neste momento ao menos dois aspectos.

Em primeiro lugar, ele evidencia a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais, dela exigindo a assunção de uma postura pró-ativa na sua proteção, ainda que a lei: (i) não determine com precisão o seu conteúdo ou as técnicas e procedimentos administrativos que devem ser empregados para a sua efetivação plena e integral; ou (ii) interponha obstáculos para tanto. Com isso, evita-se transportar o conflito para posterior apreciação do Poder Judiciário, solucionando-o preventivamente e em benefício do cidadão no espaço administrativo, local adequado para a resolução consensual desse tipo de contenda. A fundamentação que autorizou a ampliação dos poderes do juiz para essa finalidade, gerando um “ativismo judicial”, agora passa a se aplicar também à seara administrativa, admitindo que o administrador público possa se desprender das amarras legais quando isso for necessário para uma tutela adequada dos direitos fundamentais.

A constatação de que a Administração deve implementar os direitos fundamentais na máxima medida, ainda que sem previsão legal específica, embora possa parecer demasiadamente

<sup>1140</sup> A informação foi extraída da Recomendação Geral citada, reproduzida na obra: PIOVESAN, Flávia (Coord. geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008. p. 28.

elementar, parece ainda não ter surtido o efeito necessário na realidade prática. A impressão que se tem é que, para a mentalidade jurídica dominante, as leituras mais complexas do ordenamento jurídico, que resultam no reconhecimento de direitos fundamentais não identificáveis a partir de uma interpretação literal dos enunciados normativos, só podem ser feitas pelo juiz. Em tais casos, costuma-se entender, na prática, que a Administração só poderia atender à pretensão jurídica postulada pelo cidadão após ter sido expedida uma ordem judicial, pois aí não haveria o risco de se alegar posteriormente, em uma investigação disciplinar ou de improbidade administrativa, que o agente descumpriu o princípio da *legalidade estrita*, concedendo algo que não estava textualmente previsto na disposição legal ou constitucional. Mas se a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais incide também sobre a Administração Pública e não apenas ao Judiciário, ela tem o mesmo dever-poder do juiz de aplicar diretamente a Constituição, ainda que à margem da lei ou contra a lei.

Esse é um dos principais focos do reconhecimento do direito fundamental à tutela administrativa efetiva: trazer para o âmbito do Direito Administrativo uma postura já defendida há muito pelo Direito Constitucional e que logrou alcance no Judiciário, mas não no Executivo. Há uma força simbólica significativa na identificação jurídica de um *direito* que autorize essas posturas ativistas da Administração. Assim como se experimentou um *ativismo judicial*, é preciso agora caminhar rumo a uma *pró-atividade administrativa*. Esse reconhecimento facilita as ações da Administração, pois os agentes não terão medo de serem acusados de contrariar a lei, de incorrer em improbidade administrativa, já que estarão acompanhados por um *direito* inscrito no ordenamento jurídico, e não apenas em uma linha teórica defendida por parcela da doutrina. As garantias judiciais facilitam que os juízes, mediante um *ativismo judicial*, implementem as teorias constitucionalistas contemporâneas sem maiores receios. O mesmo não ocorre com os administradores públicos em geral.

Em segundo lugar, esse direito autoriza – ou, melhor dizendo, *obriga* – que os agentes públicos e os advogados de Estado reconheçam de maneira espontânea, administrativa ou judicialmente, os direitos fundamentais reivindicados pelos cidadãos quando o pleito for realmente procedente, desonerando-os da paradoxal obrigação de defender a todo custo os interesses fazendários da pessoa jurídica estatal. Tal repercussão reveste-se de notável importância, pois contribui para desafogar o abarrotamento de ações contra o Poder Público que emperram o Judiciário<sup>1141</sup> e para elevar o nível de satisfação dos direitos fundamentais (e, por consequência, do índice de desenvolvimento humano no país). A existência de um direito desse jaez, do qual derive essa imposição aos agentes públicos, facilita o reconhecimento consensual dos direitos fundamentais, pois nele poderão se fundamentar juridicamente os administradores e advogados de Estado, afastando-se com isso o natural receio de sofrer processo administrativo disciplinar ou ação de improbidade administrativa por não terem defendido os interesses econômicos da máquina estatal.

A explanação mais detida acerca desses dois impactos do direito à tutela administrativa efetiva será retomada no próximo tópico (6.2.), destinado especificamente a essa temática.

---

<sup>1141</sup> O Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2011, investigou quais eram os 100 maiores litigantes da justiça brasileira. Dos processos em que figuram tais litigantes, 51% envolvem o Poder Público (federal – 38%, estadual – 8%, e municipal – 5%), não tendo sido inseridas nessas categorias as ações que envolvem instituições financeiras públicas. Se acrescidos os processos em que litigam a Caixa Econômica Federal (8,5%) e o Banco do Brasil (5,61%), o total seria 65,11%. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. Brasília, março de 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2013.

(d) No que tange aos *efeitos jurídicos* do direito em apreço, entre os quais se incluem as consequências acima mencionadas, é possível sintetizá-los como: (d.1) *efeitos negativos*; e (d.2) *efeitos positivos*.

(d.1) Os *efeitos negativos* estabelecem proibições à ação administrativa decorrentes da incidência direta dos direitos fundamentais e abrangem: (i) a vedação de atuação da Administração Pública contrária aos direitos fundamentais; (ii) a necessidade de recusa de aplicação de lei atentatória aos direitos fundamentais, que se manifesta na excepcional hipótese de ação administrativa *contra legem*.

(d.2) Os *efeitos positivos* fixam imposições de atuação administrativa emanadas da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e englobam: (i) a redução da discricionariedade administrativa em matéria de direitos fundamentais (muitas vezes ao grau zero, tornando vinculada a competência da Administração); (ii) o dever de realização dos direitos fundamentais pelo administrador público independentemente de regulamentação legislativa, que se traduz em uma atuação administrativa *praeter legem*.

A tratativa do assunto será levada a efeito no Capítulo 7, dedicado inteiramente à perquirição desses efeitos.

(e) Por último, importa pincelar brevemente algumas das *consequências jurídicas* produzidas pelo direito à tutela administrativa efetiva *em termos de direitos fundamentais sociais*, foco central desta pesquisa.

Com apoio na conceituação geral desse direito até agora desenvolvida, passível de utilização para a reivindicação de qualquer pretensão jurídica, a tese aqui sustentada é a de que, em matéria específica de direitos fundamentais sociais, o direito à tutela administrativa efetiva: (i) *impõe à Administração Pública o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazê-los em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação praeter legem ou contra legem para não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social*; e (ii) *obriga-a a atender de forma igualitária todos os titulares de idênticas posições subjetivas jusfundamentais, adotando de ofício medidas aptas a universalizar prestações concedidas individualmente por requerimentos administrativos ou condenações judiciais, sob pena de responsabilização estatal objetiva individual ou coletiva, a depender da natureza da pretensão jurídica em questão*.

Dessa proposição defluem diversas repercussões sobre a configuração jurídica de institutos do Direito Administrativo utilizados para a materialização dos direitos fundamentais sociais, tais como: (i) o processo administrativo; (ii) os atos administrativos normativos; (iii) os serviços públicos; (iv) as políticas públicas; e (v) a responsabilidade civil do Estado. Elas serão apresentadas nos apartados subsequentes, especialmente no Capítulo 8.

## **6.2. Relevância prática e consequências jurídicas do direito à tutela administrativa efetiva**

Seria inútil sugerir a existência de um novo direito fundamental na ordem constitucional brasileira se dele não fosse possível retirar consequências jurídicas dotadas de relevância prática. Por esse motivo, este tópico destina-se a demonstrar que o direito à tutela administrativa efetiva produz repercussões concretas no âmbito do Direito Público, de significativa importância para a aplicação direta e plena dos direitos fundamentais pela Administração Pública.

Os principais efeitos jurídicos emanados do direito à tutela administrativa efetiva derivam do fato de que a norma constitucional que determina a incidência *imediate* dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º CF) dirige-se não apenas ao Estado-Legislador e ao Estado-Juiz, mas também ao Estado-Administrador. Em face disso, embora a Administração Pública esteja sujeita ao princípio da legalidade, em matéria de direitos fundamentais recai sobre ela o dever de adotar todas as técnicas e meios administrativos adequados para a satisfação integral desses direitos, ainda que na ausência de previsão legal ou contrariamente à lei, desde que observados certos requisitos.

Partindo desse raciocínio, dois fatores de relevância merecem análise, os quais constituem implicações jurídicas do direito em exame: (6.2.1.) o dever, imposto à Administração Pública, de realizar espontaneamente e na máxima medida toda a potencialidade dos direitos fundamentais, para além das disposições textualmente veiculadas pela lei em sentido formal; (6.2.2.) a interdição, que passa a atingir os agentes públicos e advogados de Estado, de perseguir de interesses secundários (fazendários) da máquina estatal colidentes com os direitos fundamentais, que impeçam a sua promoção voluntária pela Administração.

### *6.2.1. A pró-atividade administrativa e seu papel preventivo: dever de promoção espontânea e integral dos direitos fundamentais, pela Administração Pública, para além da lei*

O primeiro fator que atesta a relevância prática de se sustentar a normatividade de um direito à tutela administrativa efetiva no Brasil consiste no *dever*, dele decorrente, *de que a Administração Pública promova espontânea e integralmente os direitos fundamentais, independentemente de disposições legais específicas*. Isso permite, consoante se explicará nas próximas linhas, retomar o papel prioritário que incumbe à esfera administrativa na satisfação desses direitos (especialmente os sociais), reservando ao campo judiciário a função que lhe é atribuída pelo desenho institucional delineado constitucionalmente: a de *ultima ratio* para a proteção das pretensões juridicamente tuteladas, invocável somente quando estas não forem atendidas naturalmente ou estiverem sob ameaça de serem inobservadas. A função administrativa desfruta, pois, de um papel preventivo, de evitar ao máximo a produção de conflitos entre o indivíduo e o Estado que careçam de resolução pelo Poder Judiciário.<sup>1142</sup>

Muito se repisou, nos tópicos do item anterior (6.1.), a íntima relação existente entre as noções de tutelas *administrativa* e *judicial* efetivas. Demonstrou-se que esta segunda foi responsável por ampliar o espectro de legitimidade da atuação do magistrado para o fim de salvaguardar adequadamente, pela via processual, os direitos albergados no plano material. Deixou-se para trás o tradicional axioma francês que encarava o juiz como “boca da lei”,<sup>1143</sup>

<sup>1142</sup> Afinal, assim como “ao particular, via de regra, não interessa ver-se envolvido em litígios judiciais”, tampouco interessa ao Poder Público figurar “no pólo passivo de processos judiciais em que é acusado de uma ação ou omissão ilegal”, notadamente quando se leva em consideração que “*os custos de uma condenação são sempre superiores aos do cumprimento espontâneo das normas jurídicas*”. SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008. p. 143.

<sup>1143</sup> Em sua clássica obra *Do espírito das leis*, Montesquieu, ao tratar da função jurisdicional, assevera que “Os juízes da nação (...) são somente a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. MONTESQUIEU. *De l’esprit des lois* (Livre XI, Chap. 6). In: **Oeuvres Complètes**. Paris: Seuil, 1964. p. 589.

exatamente pelo fato de que hodiernamente incide sobre ele a obrigação de proporcionar ao jurisdicionado uma tutela judicial efetiva, o que exige o manejo de mecanismos processuais que podem ainda não ter sido criados expressamente pelo legislador ordinário. Alguns autores passaram a se referir a esse fenômeno como “ativismo judicial”,<sup>1144</sup> sobretudo no exercício da jurisdição constitucional, nos casos em que a atividade do juiz culmina com a revisão de decisões políticas (de agir ou de se abster) dos Poderes Legislativo e Executivo, deixando de prestar deferência a essas instituições para fazer prevalecer, contramajoritariamente, a sua própria interpretação do sistema jurídico-constitucional.

De acordo Luís Roberto Barroso, a ideia de “ativismo judicial” exprime a intensificação da atuação do Poder Judiciário na “concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Entre as atitudes que podem ser adjetivadas por essa expressão, o autor menciona “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”. Segundo sua explicação, portanto, “ativismo” se trata de “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, que se configura geralmente nos casos “de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.<sup>1145</sup>

Independentemente do juízo que se faça dessa postura do Poder Judiciário,<sup>1146</sup> a proposta de identificação de um direito à tutela *administrativa* efetiva busca trazer para o âmbito da Administração Pública essa posição de pró-atividade: também a ela, no exercício de suas competências, impõe-se o dever de aplicar diretamente as normas constitucionais e extrair de forma maximizada suas potencialidades, inclusive – e especialmente – nos casos de inatividade do legislador. E isso produz uma implicação concreta, que se revela como uma clara amostra da relevância prática do direito fundamental em apreço: passa-se a rejeitar a feição de inércia assumida pelo aparato administrativo no paradigma do século XIX, no qual as ações da Administração eram temidas, para admitir que hoje *o administrador público, tanto quanto o juiz, tem o dever-poder de interpretar sistematicamente o ordenamento constitucional para dele deduzir, ainda que implicitamente, as soluções mais adequadas à proteção integral dos direitos fundamentais do cidadão*. Os impactos são ainda mais notórios em matéria de direitos sociais, tema que faz parte do núcleo central desta investigação.

Para tornar mais clara a explicação, serão analisados separadamente os dois ingredientes que integram esse dever: **(a)** a *promoção espontânea e integral* dos direitos fundamentais; **(b)** a atuação administrativa *para além de lei*, como forma de cumprir exitosamente essa atribuição.

**(a)** A realização plena dos direitos fundamentais declarados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos reclama que a Administração Pública tome todas as providências necessárias para promovê-los de forma *espontânea* e *integral*. Isso porque, tais documentos normativos têm como destinatários todos os poderes constituídos. Ainda que a Lei Fundamental de 1988 não tenha incorporado textualmente a fórmula prevista nas Constituições

<sup>1144</sup> O tema é tratado no Brasil, entre outros, por: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>1145</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 246-247.

<sup>1146</sup> Silvio Luis Ferreira da Rocha sintetiza de modo sistematizado os principais argumentos depreciativos desferidos contra o ativismo judicial, em seu artigo: ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Ativismo judicial. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 58, São Paulo, Malheiros, p. 64-69, 2013. p. 64-65.

portuguesa,<sup>1147</sup> espanhola<sup>1148</sup> ou alemã,<sup>1149</sup> é evidente que do seu art. 5º, §1º se desprende uma eficácia vertical dirigida à totalidade das instituições públicas, estejam elas organicamente inseridas no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Todos os agentes, órgãos e entidades públicas encontram-se, portanto, vinculados às normas de direitos fundamentais, em suas dimensões subjetiva e objetiva.

Mas essa inteligência, quando aplicada à seara administrativa, não pode ser vista como uma mera recomendação. Não é apenas o magistrado que se vê obrigado a satisfazer, por meio de provimentos jurisdicionais, as demandas de tutela de direitos que lhe são apresentadas. À Administração Pública também incumbe fazê-lo no desempenho de suas competências, agindo *sponte propria*, sem a necessidade de ter sido previamente provocada pelo Poder Judiciário. E a identificação de um direito à tutela administrativa efetiva que lhe obrigue a atuar de ofício em matéria de proteção de direitos fundamentais legitima essa postura pró-ativa – que, embora seja uma redundância no plano do dever ser,<sup>1150</sup> não tem se verificado com frequência no mundo dos fatos, mormente em relação aos direitos econômicos e sociais. Trata-se de uma forma de pôr em relevo a ideia de que as funções endereçadas à Administração pelo sistema normativo são *deveres-poderes* – isto é: *deveres* antes de *poderes* – na feliz inversão da locução “poder-dever” efetuada por Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>1151</sup>

Destarte, um dos pontos positivos da consagração do direito fundamental à tutela administrativa efetiva no Direito brasileiro é o relevo que ele imprime ao aprimoramento do manejo da função administrativa, como via mais apropriada para a concretização dos direitos fundamentais sociais. Afinal, é a essa função estatal – e não à judicial – que compete primária e imediatamente a efetivação integral desses direitos, mediante ações coletivizadas de alcance universal. Nessa senda, pôr em destaque a existência de um direito dos cidadãos à atuação adequada e eficaz da Administração Pública em prol da tutela de seus demais direitos fundamentais é de extrema importância, para enfatizar que a busca pela proteção jurisdicional deve ser a última alternativa, acionável apenas quando houve, de fato, descumprimento do dever de boa administração.<sup>1152</sup>

A consequência jurídica ora analisada está umbilicalmente ligada à dimensão objetiva das normas jusfundamentais. Dela decorre a obrigação de que a Administração Pública crie condições para tornar real e efetivo o exercício dos direitos fundamentais, removendo os entraves que possam impedir ou dificultar sua plena fruição pelos indivíduos, tal como prevê o

<sup>1147</sup> Constituição da República Portuguesa (1976): “**Artigo 18º. 1.** Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

<sup>1148</sup> Constituição do Reino da Espanha (1978): “**Artículo 53. 1.** *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. (...)*”.

<sup>1149</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949): “**Artigo 1. (...) 3.** Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos directamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.

<sup>1150</sup> Nesse sentido a correta observação de Vanice Lírio do Valle: “Afirmar que a função administrativa – lugar de concretização das deliberações políticas dos demais poderes – deva receber adjetivações de conteúdo positivo constitui verdadeiro truismo”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57.

<sup>1151</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 23.

<sup>1152</sup> Esse realce à priorização da atuação administrativa para evitar a centralização do debate na arena do Judiciário é pontuado por Vanice Lírio do Valle, referindo-se ao direito fundamental à boa Administração Pública, do qual se deduz, aqui, o direito à tutela administrativa efetiva. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração...** *Op. Cit.*, p. 76.



art. 9.2. da Constituição Espanhola.<sup>1153</sup> Assim, independentemente de ter sido ou não instada nesse sentido por um cidadão determinado ou pela jurisdição, a Administração está incumbida de instituir estruturas organizacionais e procedimentos que permitam aos titulares dos direitos fundamentais gozá-los em sua máxima medida. O reconhecimento do direito à tutela administrativa efetiva permite, assim, uma transformação do modo de se compreender esses deveres administrativos, que deixam de ser encarados como meras faculdades, sujeitas a um juízo amplamente discricionário dos agentes públicos. Eles se tornam a contrapartida de um direito fundamental de cunho instrumental, cuja titularidade poderá se manifestar individual ou transindividualmente, a depender da pretensão jurídica que estiver em jogo.

A importância dessa repercussão avulta no terreno dos direitos sociais. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atesta que a atribuição primária para agir nesse setor é destinada pela Constituição aos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>1154</sup> E isso se dá porque, além da legitimação democrática de que gozam esses dois ramos do aparelho estatal, os órgãos executivos em particular situam-se em uma posição muito mais próxima da sociedade, podendo verificar no dia-a-dia quais são as suas principais demandas que estão a merecer priorização, entre todas as inúmeras necessidades de que padece a população. Entretanto, ainda que a formulação e a execução de políticas públicas voltadas à materialização dos direitos fundamentais sociais estejam associadas à competência administrativa, observa-se contemporaneamente um crescente deslocamento do debate a propósito desses temas para o campo do Poder Judiciário. E o resultado disso acaba sendo a “secundarização da função administrativa, substituída pelas escolhas judiciais, numa prática que, em última análise, milita contra o próprio ideal democrático, que pretende a valorização de cada função do poder e não a ação corretivo-substitutiva entre eles como prática cotidiana”.<sup>1155</sup>

Nessa conjuntura percebe-se mais nitidamente a contribuição do direito à tutela administrativa efetiva: *ele impinge à Administração a imposição de adotar uma postura pró-ativa, lançando mão de mecanismos que satisfaçam os direitos fundamentais do cidadão, eliminando previamente o nascimento de um conflito que venha a depender de resolução pela jurisdição.* A promoção voluntária dessas medidas, sem a necessidade de qualquer tipo de provocação ou coação, exhibe o papel preventivo conferido à função administrativa pelo direito ora examinado.<sup>1156</sup> Acolhe-se aqui a posição de Romeu Felipe Bacellar Filho, segundo o qual “o ideal seria que, em todas as áreas, o Direito se realizasse espontaneamente”.<sup>1157</sup>

Mas além de espontânea, essa promoção dos direitos fundamentais sociais pela Administração deve ser *integral*. Há um fundamento constitucional para isso. Conforme a

<sup>1153</sup> Constituição do Reino da Espanha (1978): “**Artículo 9.** (...) **2.** *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

<sup>1154</sup> Conforme trecho já citado na Parte I, Capítulo 1, item 1.3., em uma de suas decisões o Ministro Celso de Mello registrou ser “inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23/08/2011. DJe-177 divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.

<sup>1155</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração...** *Op. Cit.*, p. 23-24.

<sup>1156</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 263.

<sup>1157</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Editorial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 9-12, jan./mar. 2013. p. 9.

premissa lançada anteriormente,<sup>1158</sup> a Constituição de 1988 adotou a cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, arrolando entre os seus princípios fundamentais, como objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do desenvolvimento nacional e do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, I a IV). Os princípios do *desenvolvimento* e da *igualdade* ali enunciados precisam ser lidos conjuntamente: o crescimento econômico deve ser alcançado simultaneamente com a elevação da qualidade de vida do povo, e esta última há que ser implementada de forma igualitária. Para que isso seja possível, a promoção dos direitos fundamentais sociais não pode ser efetuada apenas através de ações judiciais, sobretudo as de cunho individual. A Administração Pública tem a obrigação de, por meio do planejamento, prestar serviços públicos e executar políticas públicas que assegurem não apenas o mínimo existencial (“erradicar a pobreza e a marginalização” – art. 3º, III, parte inicial), mas também a integralidade do conteúdo dos direitos sociais (“reduzir as desigualdades sociais e regionais” – art. 3º, III, parte final). Por isso, uma tutela administrativa efetiva desses direitos não pode ser parcial. Ela tem de ser *integral*. Do contrário, não há como se admitir que as distâncias entre as posições existentes na sociedade serão de fato diminuídas, a ponto de permitir que indivíduos nascidos em condições financeiras baixíssimas ascendam aos estratos sociais e laborais mais elevados. A igualdade de oportunidades que se busca apenas com a garantia do mínimo existencial não basta: para alcançar a justiça social, é necessário proporcionar também uma igualdade de posições.<sup>1159</sup>

Logo, a tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais diz respeito não somente ao seu núcleo essencial, limitado às parcelas desses direitos que se mostram imprescindíveis para propiciar condições mínimas de existência digna. Ela abrange a satisfação desses direitos em sua totalidade. Tal entendimento torna necessário verificar as múltiplas ferramentas de que dispõe a Administração Pública para proteger globalmente cada direito social, que não se resumem ao serviço público e às políticas públicas. Além destes, outros institutos de Direito Administrativo devem ser pensados à luz do paradigma da tutela administrativa efetiva, tais como o processo administrativo, o regulamento e a responsabilidade civil do Estado. Em diferentes momentos, esses instrumentos servem também à finalidade de implementar os direitos fundamentais sociais em sua integralidade, de forma ora preventiva, ora ressarcitória.

O mapeamento do conteúdo dos deveres derivados do direito a uma tutela administrativa efetiva permite observar com mais clareza quando é que deve ser autorizada a interferência judicial. Os desdobramentos impositivos que dele decorrem reduzem a margem de discricionariedade administrativa, pois fixam limitações maiores ao espaço de atuação discricionária do administrador.<sup>1160</sup> Só será admissível a ingerência judicial quando as obrigações inerentes à tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais tiverem sido violadas. Ou seja: antes de se preocupar com o remédio (meios de controle jurisdicional) é preciso diagnosticar a patologia (falhas no cumprimento dos deveres administrativos). Não faz sentido clamar pela amplitude da extensão da legitimidade dos juízes para a satisfação dos direitos fundamentais sociais, sem que se definam, anteriormente, as balizas que devem ser

<sup>1158</sup> Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem 1.3.2.; Capítulo 2, item 2.2., subitem 2.2.2. e item 2.3., subitem 2.3.3.

<sup>1159</sup> A explanação a respeito desse entendimento foi alinhavada na Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem 2.2.2, com fundamento na obra: DUBET, François. **Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

<sup>1160</sup> Ver Parte II, Capítulo 7, item 7.2, subitem 7.2.1.

seguidas pelo Poder Executivo em tal seara, e que, uma vez transgredidas, autorizarão o controle pelo Poder Judiciário. É preciso traçar anteriormente os parâmetros que devem pautar a atividade administrativa em relação à proteção e promoção desses direitos, para somente num segundo momento se pensar em ferramentas para solucionar a sua inobservância. No tocante às obrigações administrativas relativas à tutela efetiva dos direitos fundamentais sociais, alguns desses parâmetros serão sugeridos no Capítulo 8.

Nesses termos, a tutela administrativa efetiva se torna o *locus jurídico* para verificar se havia discricionariedade da Administração para agir ou não em prol da concretização dos direitos fundamentais – isto é, se ela tinha ou não o *dever específico* de promover espontaneamente o direito, através da adoção de determinada medida. Retome-se aqui o que já foi dito anteriormente:<sup>1161</sup> a Constituição fixa uma gama enorme de programas políticos a serem implementados pelos Poderes Públicos. E aos órgãos políticos compete eleger quais são as prioridades de atuação, dentro das fronteiras demarcadas pelo constituinte. Inclusive, mesmo se forem analisadas apenas as atribuições estatais relativas aos direitos fundamentais sociais, há opções distintas que podem ser igualmente legítimas (v.g., criar uma política de acesso à moradia ou promover uma campanha de vacinação). Mas há um limite à discricionariedade política. E ele se encontra justamente no direito à tutela administrativa efetiva, especialmente nos casos em que o legislador já fez a escolha política, assegurando o direito mediante a definição de contornos jurídicos mais precisos. Daí a relevância de se reconhecer o direito em tela: se a Administração Pública não agiu espontaneamente ou a requerimento do sujeito interessado, gerando com a sua inação uma proteção enfraquecida ou nula aos direitos sociais, ela esbarrará no limite negativo da sua competência discricionária. O tema será aprofundado em outro momento.<sup>1162</sup>

Mais uma nota deve ser acrescentada para completar o sentido atribuído à ideia de *integralidade* da tutela administrativa dos direitos fundamentais. Para que esta seja considerada realmente *efetiva*, em consonância com a acepção proposta nesta tese, faz-se imperioso que a Administração proteja *globalmente* as posições jurídicas jusfundamentais, atendendo a todos os requisitos estipulados pelo *bloco de constitucionalidade* para a sua adequada concretização. Isso significa que além de ser insuficiente a tutela apenas do núcleo essencial de cada direito, conforme dito acima, também não basta assegurar somente o que dispõem expressamente as normas constitucionais. A tutela administrativa dos direitos fundamentais só será *efetiva* se ela resguardar tudo aquilo que o conjunto de normas de direitos formal e materialmente fundamentais garante ao cidadão. É imprescindível, para tanto, implementar também: (i) o conteúdo implícito das disposições constitucionais; (ii) as determinações que decorrem dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, independentemente do grau de hierarquia com o qual eles tenham sido incorporados ao Direito interno (seja constitucional, seja infraconstitucional e supralegal).<sup>1163</sup> A explicação a respeito desse dever será desenvolvida mais à frente.<sup>1164</sup>

<sup>1161</sup> Parte I, Capítulo 1, item 1.3, subitem 1.3.1, ponto (a).

<sup>1162</sup> Parte II, Capítulo 7, item 7.2, subitem 7.2.1. e Capítulo 8, item 8.2, subitem 8.2.2.

<sup>1163</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o §3º no art. 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. O dispositivo gerou uma divergência interpretativa em relação aos tratados de direitos humanos que já haviam sido incorporados ao Direito brasileiro antes da edição da emenda, e que portanto não haviam tramitado pelo procedimento nele indicado. O Supremo Tribunal Federal concluiu que: (i) as convenções de direitos humanos aprovadas nos termos do art. 5º, §3º da CF gozam de hierarquia constitucional; (ii) os tratados de direitos humanos que foram internalizados sem observar os requisitos previstos por esse parágrafo situam-se em um patamar

(b) O segundo elemento da consequência jurídica em análise consiste no dever de *atuação pró-ativa* da Administração *para além da lei* em matéria de tutela de direitos fundamentais. Cuida-se de uma decorrência que precisa ser elucidada com cuidado, para que se entenda bem o seu sentido, afastando qualquer compreensão que possa enxergar nessa afirmação a atribuição de um cheque em branco para o administrador público, que supostamente lhe permitisse ignorar a lei formal e agir a seu bel-prazer.

Um dos fundamentos jurídicos identificados neste estudo como base normativa do direito à tutela administrativa efetiva é o art. 5º, §1º da Constituição. Ele significa que os direitos fundamentais incidem imediatamente sobre a Administração Pública, vinculando-a diretamente, independentemente da necessidade de previsão legal. Isso não quer dizer que ela poderá sempre agir *praeter legem* ou *contra legem*. É lógico que, para o exercício de algumas competências – de natureza sancionatória, por exemplo – será imprescindível a existência de lei formal outorgando aos agentes, órgãos e entidades públicas prerrogativas específicas. Mas para proteger direitos fundamentais do cidadão, ampliando (e não restringido) a sua esfera jurídica, a disposição de lei em sentido estrito não será imprescindível para habilitar o agente público a adotar medidas necessárias ao atendimento do comando constitucional.

Essa consequência deriva do próprio princípio da supremacia da Constituição,<sup>1165</sup> que a situa hierarquicamente no topo das fontes do Direito, e portanto acima da lei em acepção formal. A Administração deve obediência antes às normas constitucionais do que às regras legais. E no que se refere aos direitos fundamentais, essa vinculação direta à Lei Maior é reforçada pela determinação de aplicabilidade imediata das normas que definem posições jurídicas jusfundamentais. Quando a realização desses direitos for obstada pela ausência de regulamentação legislativa ou pela vigência de diploma legal contrário ao seu teor axiológico-normativo, a tutela administrativa efetiva reclamará uma atuação administrativa *para além da lei*.

Afora o já indicado art. 5º, §1º da Constituição Federal, outros dois alicerces jurídicos embasam essa intelecção. Um deles é o item 27 da Carta Iberoamericana dos Direitos e Deveres do Cidadão em Relação com a Administração Pública, que ao tratar do direito à tutela administrativa efetiva dispõe que “durante a tramitação do procedimento administrativo a Administração estará submetida plenamente à Lei e ao Direito e procurará evitar que o cidadão

---

inferior à Constituição (infraconstitucional), não podendo modificá-la, mas superior às leis (supralegal), revogando as disposições legais que lhe forem contrárias. Em relação a essa segunda modalidade de tratados, entendeu o STF que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009). Independentemente de se concordar ou não com a solução a que chegou a Suprema Corte, o fato é que ambas as espécies de tratados veiculam direitos considerados *materialmente* fundamentais pelo §2º do art. 5º, de sorte que todos eles integram o chamado bloco de constitucionalidade.

<sup>1164</sup> Parte II, Capítulo 7, item 7.1, subitem 7.1.1, ponto (b).

<sup>1165</sup> A respeito do significado do princípio da supremacia constitucional, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32 *et seq*; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53-55; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 71, 165 *et seq*; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 49-50; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 296.

*interessado possa encontrar-se em situação de desamparo*”. Ainda que subordinada à lei, a Carta enfatiza que a Administração está também sujeita ao *Direito*, no qual despontam sobranceiros a Constituição e os direitos fundamentais. E lhe obriga, ainda, a evitar que o cidadão possa quedar desamparado, o que logicamente ocorreria nas hipóteses em que o seu direito fundamental fosse malferido pela ausência de lei necessária ao seu exercício ou pela existência de lei atentatória ao seu conteúdo. O outro fundamento é o art. 2º, parágrafo 3º, “a” e “b” do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Conforme já se disse, a Recomendação Geral n. 31 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de 2004, registra em seu item 4 que os comportamentos das outras esferas do governo (legislativa e judiciária) que colidam com as previsões da convenção não podem servir de escusa à esfera executiva para o seu descumprimento. Assim, ações ou omissões do legislador não podem ser evocadas pela Administração para justificar a sua inércia na proteção dos direitos humanos.

Essa espécie de postura pró-ativa frente à legislação ordinária pode se dar, basicamente, de duas maneiras: (i) interpretação, pela Administração Pública, de conteúdos implícitos nas normas de direitos fundamentais, ainda não revelados pela lei (atuação *praeter legem*); (ii) recusa na aplicação de leis colidentes com os direitos fundamentais (ação *contra legem*). Isso significa que o direito à tutela administrativa efetiva permite reconhecer que a Administração Pública deve agir em prol da defesa dos direitos dos cidadãos mesmo nos casos em que: (i) a lei não tenha previsto expressamente o *modus operandi* da Administração, gerando-se uma omissão inviabilizadora da atividade administrativa, afrontosa à realização plena dos direitos fundamentais; (ii) a lei disponha de forma contrária, ofendendo com isso mandamentos constitucionais jusfundamentais. No Capítulo 7 (subitens 7.1.2. e 7.2.2.) serão discutidos os requisitos para essa espécie de atuação da Administração, à luz de alguns exemplos concretos.

### *6.2.2. A proibição de persecução, pela Administração Pública e pela advocacia de Estado, de interesses secundários contrários aos direitos fundamentais: fundamento para uma atuação destemida dos agentes públicos em favor da cidadania*

A segunda consequência jurídica que demonstra a relevância prática do direito fundamental à tutela administrativa efetiva consiste na *vedação, por ele imposta aos agentes e advogados públicos, de persecução dos interesses secundários da pessoa jurídica estatal nos casos em que esses conflitam com os direitos fundamentais*.

Para que a Administração Pública tutele efetivamente esses direitos, é imprescindível que no desenvolvimento de suas competências eles sejam reconhecidos e protegidos sem carecer de coerção, em sede administrativa ou jurisdicional. Com isso, evita-se a necessidade de propositura de demandas judiciais para reivindicar a sua realização, ou de dar prosseguimento àquelas que já foram ajuizadas, aumentando o índice de satisfação dos direitos fundamentais e desobstruindo o Poder Judiciário de processos despiciendos, que têm como origem a recusa estatal de adimplir voluntariamente os seus deveres constitucionais e legais para com os cidadãos. Ou seja: o Estado “jamais deveria buscar a vitória em juízo quando sabe (ou deveria saber) que falhou no desempenho de sua função, vindo a violar direitos daqueles que o sustentam e que justificam a sua existência”.<sup>1166</sup>

<sup>1166</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008. p. 143.

Nesse influxo, Romeu Felipe Bacellar Filho constata que a “verdadeira avalanche de processos que inunda os tribunais brasileiros” é composta em sua maioria por ações que versam sobre matéria administrativa, e aponta como uma das principais causas desse problema o fato de que “na maior parte das vezes, o cidadão, ainda que com a certeza do direito, é obrigado a procurar o amparo judicial em face da omissão do agente público (desídia, falta de segurança ou coragem) em prolarar uma decisão que lhe outorgue o provimento desejado”.<sup>1167</sup> Essa carência de “segurança ou coragem” de que padecem muitos administradores públicos, sobretudo quando se trata de conceder espontaneamente o pleito formulado pelo particular, justifica-se pelo receio que lhes acomete de sofrer um processo administrativo disciplinar ou uma ação de improbidade administrativa. Algo extremamente natural em um momento como o que se vive atualmente no Brasil, no qual se nota na mídia uma verdadeira “cultura da suspeita”,<sup>1168</sup> e na sociedade civil uma forte mobilização popular<sup>1169</sup> que levanta vigorosamente a bandeira do combate à corrupção.<sup>1170</sup>

Esse clima de suspeição, proveniente de uma abominável tradição brasileira de imoralidade na gestão da coisa pública, acaba tornando necessário identificar no sistema normativo pátrio um fundamento jurídico no qual possam se apoiar os agentes públicos para que os seus atos de reconhecimento de direitos fundamentais, em desfavor dos interesses fazendários da máquina estatal, não sejam tidos como práticas ímprobas ou corruptas. E o direito à tutela administrativa vem servir a esse objetivo: munir o administrador público de um respaldo jurídico que lhe permita implementar consensualmente os direitos do cidadão, sem medo de ser sancionado por isso. Assim, rasga-se a fantasia comumente propalada – mas que dificilmente sai da teoria – de que a Administração só pode perseguir os interesses secundários quando coincidentes com o interesse público (da coletividade), convertendo essa afirmação abstrata, de uma vez por todas, em uma concreta realidade.

Uma leitura apressada desse raciocínio poderia render ensejo a eventuais dúvidas sobre sua procedência, quando consideradas as duas pedras de toque que presidem e norteiam o regime jurídico-administrativo: os princípios da *supremacia* e da *indisponibilidade* do interesse público. Todavia, a adequada compreensão desses dois pilares da disciplina que rege a Administração Pública espanca qualquer questionamento que se possa opor à explicação acima esboçada. E isso pode ser demonstrado com amparo na obra do autor que edificou a teoria brasileira sobre o regime jurídico-administrativo com lastro nesses dois alicerces: o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>1171</sup>

<sup>1167</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Editorial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 9-12, jan./mar. 2013. p. 9.

<sup>1168</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 37, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-55, jul./set. 2009. p. 50.

<sup>1169</sup> Uma análise da grande mobilização popular ocorrida no mês de junho de 2013 no Brasil, que teve como uma de suas molas propulsoras a difusão propagada nas redes sociais, pode ser encontrada em: GOBBI, Rodolfo Francisco Spagnol. **A revolução do jogo da velha: a ameaça das redes sociais ao (não tão) perpétuo domínio das elites midiáticas**. Curitiba, 2013. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. f. 23-29 e 38-44.

<sup>1170</sup> Ver, a respeito do tema da corrupção: BUTELER, Alfonso. Corrupción y derecho administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 48, Belo Horizonte, Fórum, p. 97-118, abr./jun. 2012. O autor desenvolve o tema em uma perspectiva de Direito Comparado no artigo: BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 53, Belo Horizonte, Fórum, p. 23-43, jul./set. 2013.

<sup>1171</sup> A proposta foi formulada originariamente pelo autor em artigo publicado no ano de 1967: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito**

Para embasar em fundamentos de Direito positivo – e não apenas teóricos, como comumente se fazia na doutrina do Direito Administrativo – o feixe de prerrogativas e sujeições especiais que caracteriza o conjunto normativo incidente sobre a função administrativa estatal, o autor identifica os dois princípios jurídicos supracitados como normas implícitas na Constituição. De um lado, o da *supremacia do interesse público* oferece supedâneo às potestades públicas, dando suporte constitucional para que as previsões legais que habilitam a Administração Pública a impor condutas e alterar relações jurídicas de forma unilateral não sejam consideradas ofensivas ao princípio da igualdade. De outro, o da *indisponibilidade do interesse público* põe às claras o fato de que o interesse gerido pelos administradores não está dentro de sua esfera de disponibilidade, por não pertencer a eles, mas sim à coletividade. E por tal motivo, dele descendem inúmeras restrições à liberdade do agente público, que lhe impõem sujeições a mais sem equivalentes no Direito Privado, tais como o dever de licitar para celebrar contratos administrativos e o de instaurar concurso público para recrutar servidores.<sup>1172</sup> Ambos os princípios, que se afiguram como duas faces da mesma moeda, derivam de uma essência comum: o *interesse público*.<sup>1173</sup>

Mas essa teorização só faz sentido quando se entende com precisão o significado jurídico que Celso Antônio Bandeira de Mello empresta à noção de interesse público. Sem a perfeita apreensão dessa categoria nos termos em que é delineada pelo jurista, poder-se-ia cogitar – inadvertidamente – que a proposta aventada neste tópico seria afrontosa a essas duas normas principiológicas. Diria um leitor menos atento que, ao conferir ao particular prestações atinentes aos seus direitos fundamentais que impactassem financeiramente nos cofres públicos, seja deferindo um requerimento administrativo ou deixando de contestar uma ação judicial, o administrador estaria abrindo mão do interesse “público” (fazendário), como se este lhe fosse *disponível*, atribuindo *supremacia* ao interesse pretensamente “privado” do indivíduo. A conclusão, contudo, seria nitidamente equivocada, pois nesse caso o interesse fazendário não é *público*, nem é *privado* o interesse do cidadão. Interesse público não é sinônimo de “interesse do Estado” e interesse privado não é o mesmo que “interesse do particular” (ou “interesse individual”).<sup>1174</sup> A pessoa jurídica estatal possui também interesses privados, assim como o sujeito privado titulariza interesses públicos. Daí a imprescindibilidade de se observar a carga semântica que carregam tais locuções no pensamento do autor supramencionado, cuja concepção é amplamente consagrada pela doutrina nacional e estrangeira.<sup>1175</sup>

---

**Público**, nº 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 44-61, out./dez. 1967. Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, o jurista desenvolveu sua teorização sobre o tema, cuja versão mais completa se encontra atualmente na obra: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 53-97.

<sup>1172</sup> Entre tantos outros, tais como os princípios da legalidade em sentido estrito, da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da motivação, etc.

<sup>1173</sup> O tema é desenvolvido com maior profundidade no item “1.3.1 A dupla função do interesse público no regime jurídico-administrativo: legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições”, do livro HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 109-119.

<sup>1174</sup> A explicação a respeito das distinções desses conceitos, inclusive com o oferecimento de exemplos concretos, é alinhavada no item 4.2. da obra HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 290-300.

<sup>1175</sup> Apenas para demonstrar pontualmente a difusão do conceito de interesse público de Celso Antônio Bandeira de Mello pela doutrina estrangeira, vale conferir as considerações tecidas por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “*Son bien conocidas, también en Europa, las lecciones del profesor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca del concepto de interés público. Concepto que para él es central en su entendimiento del Derecho Administrativo. Como bien sabemos y él explica admirablemente, mientras que el interés particular o individual, ordinariamente se refiere a lo que es más conveniente para cada persona, el interés público, que Bandeira de Mello identifica con el*

Para chegar à sua definição, Bandeira de Mello tece um raciocínio prévio, alertando sobre as confusões que podem ser acarretadas por uma interpretação açodada do conceito ora discutido. Acentua que a ausência de aprofundamento acerca dos exatos contornos jurídicos do interesse público conduz a “*um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo*”, proporcionando “a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo*”. Frisa então o equívoco presente na tentativa de outorgar a essa noção “o *status* de algo que existe por si mesmo, *dotado de consistência autônoma*, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”. O correto, no seu sentir, seria acentuar “*que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”.<sup>1176</sup>

O jurista então refuta a possibilidade de se conceber como *público* um interesse discordante de todo e cada um dos membros da sociedade, já que, se assim o fosse, ter-se-ia um interesse de todo que seria conflitante com o interesse dos elementos que o compõem. Esse ponto é crucial, como se verá, em matéria de direitos fundamentais. Assevera o autor que, conquanto se possa aceitar a existência de um interesse público contrário a um determinado interesse individual, não pode haver um interesse público avesso aos interesses de cada uma das partes que formam o corpo social. Com base nesse quadro, Bandeira de Mello atesta “*a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais*”, haja vista que “o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*”.<sup>1177</sup> E logicamente que os direitos fundamentais fazem parte dessa dimensão pública dos interesses individuais.

Ingressando nessa seara, o administrativista promove uma diferenciação entre: (i) “o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou de um grupo de pessoas *singularmente consideradas*”, e (ii) “o interesse *igualmente pessoal* destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*”.<sup>1178</sup> O exemplo sugerido para aclarar essa distinção é o da desapropriação: um indivíduo pode ter o evidente interesse de não ter o seu imóvel expropriado (interesse exclusivamente particular, do sujeito *singularmente considerado*), mas ostentará, concomitantemente, o interesse de que exista o instituto da desapropriação, ainda que ele possa ser manejado contra si (dimensão pública do interesse do cidadão, enquanto membro do corpo social).

---

*interés general, se refiere al interés de la colectividad, del todo, del cuerpo social*”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 34. O acolhimento da proposta conceitual de Bandeira de Mello pelo citado autor espanhol pode ser verificada também na obra: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 32-38.

<sup>1176</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 60.

<sup>1177</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 60-61.

<sup>1178</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.



Celso Antônio Bandeira de Mello deixa claro a todas as luzes que é esse segundo interesse o que deve ser considerado como público. O conceito jurídico de interesse público, portanto, não se radica na desconsideração dos interesses dos indivíduos, “pois, em fim das contas, ele nada mais é que uma *faceta* dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – *comparecem em tal qualidade*”. Resta inequívoca em seu pensamento a posição segundo a qual o interesse público “*só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro*”. Feitas todas essas considerações, o autor expõe o seu conceito de interesse público: “*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.<sup>1179</sup>

Explica o publicista que uma importante decorrência de sua noção jurídica de interesse público é o desfazimento do equívoco de se pensar que “todo e qualquer interesse do Estado (e das demais pessoas de Direito Público) seria *ipso facto* um interesse público”. Diante da conceituação apresentada, torna-se compreensível o fato de que a pessoa jurídica estatal pode incorporar interesses próprios, *secundários*, não coincidentes com o verdadeiro interesse público (interesse *primário*), correspondente ao interesse da coletividade. Por conseguinte, “*não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público*”. O Estado, por encarnar uma pessoa jurídica, é também dotado de interesses que lhe são particulares, muito embora lhe incumba o dever de curar somente os interesses públicos. Esses interesses próprios da entidade estatal “*não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico) aos interesses de qualquer outro sujeito*”.<sup>1180</sup>

Invocando as lições de Renato Alessi, lastreadas na doutrina de Carnelutti e Picardi, Bandeira de Mello lança mão da distinção entre interesse público ou *interesse coletivo primário*, “que são os interesses da coletividade como um todo”, e *interesses secundários*, representados por aqueles referentes à pessoa jurídica do Estado, os quais este poderia ter como qualquer outro sujeito, “independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: o da coletividade”. Utilizando exemplos oferecidos por Alessi, o administrativista brasileiro aponta como possíveis *interesses secundários* do Estado o de se negar ao pagamento de uma indenização devida, ou o de cobrar tributos em valores exagerados.<sup>1181</sup> Esses *interesses secundários*, fazendários, atinentes à máquina estatal, por serem interesses pessoais da entidade pública, podem conflitar com o interesse da coletividade. Por isso, eles só poderão ser perseguidos pela Administração Pública nas hipóteses em que coincidirem com o *interesse primário*, que representa o *interesse público*, da coletividade, dotado de supremacia sobre os interesses privados (*interesses secundários*, sejam do Estado, sejam dos particulares).

Logo, só será realmente *público*<sup>1182</sup> e passível de atendimento pelo Estado o interesse “que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica

<sup>1179</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 183 (grifos no original).

<sup>1180</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 65-66.

<sup>1181</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 67.

<sup>1182</sup> Registre-se que nem a doutrina italiana, nem Celso Antônio Bandeira de Mello aludem a “interesse público primário” e “interesse público secundário”. O único interesse realmente público é o interesse primário, inerente à coletividade. Trata-se de um deslize da doutrina (aliás, bastante comum) a referência à locução “interesse público secundário”. Em outro estudo, teve-se a oportunidade de apontar “o equívoco terminológico daqueles que

estabelecida a título de bem curar os interesses de todos”.<sup>1183</sup> Em vista disso, eventuais *interesses secundários* do Estado, como o de tributar exageradamente os cidadãos com o fito de enriquecer o Erário, ou de pagar remunerações pífias aos seus servidores (que lhe garantissem tão-somente a subsistência, para abarrotar os cofres públicos), jamais poderiam ser considerados como *interesse público*. Sua satisfação nesses casos, por conseguinte, estaria vedada.<sup>1184</sup>

Após expender tais ilações, o autor esclarece que todas essas observações dizem respeito à *estrutura* da categoria denominada de *interesse público*. A identificação concreta do seu *conteúdo*, no entanto, “só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo”. O que vem a ser *interesse público* – esse interesse deduzido do conjunto dos interesses dos indivíduos enquanto membros do corpo social – dependerá daquilo que o sistema normativo qualificou como interesses juridicamente protegidos. Assim, “não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo”, mas sim “aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo”. Com isso, conclui que quem proporciona essa qualificação, de quais interesses devem ser considerados públicos, é a Constituição, e, com base nela, “o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”.<sup>1185</sup>

A explanação detalhada dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello a propósito da significação da expressão “interesse público” para o Direito – os quais contam com amplíssima aceitação na comunidade jurídica nacional e internacional – teve o intuito de supedanear o aspecto da tese defendido no presente tópico. De suas lições se extrai uma importantíssima conclusão: o interesse público que goza de supremacia e de indisponibilidade é o *interesse primário*, referente ao conjunto de interesses que os indivíduos possuem quando considerados como membros da sociedade, o qual se encontra estampado no Direito positivo, estabelecido primariamente pela Constituição. Ali estão incluídos os direitos fundamentais (de titularidade individual ou transindividual), porque tutelados pelo ordenamento jurídico, devendo prevalecer, portanto, sobre: (i) os *interesses secundários* da pessoa jurídica estatal, quando não coincidentes com o da coletividade; (ii) os interesses pessoais do agente público; (iii) os interesses exclusivamente privados dos indivíduos, singularmente considerados. Sempre que os interesses fazendários se chocarem com a proteção dos direitos fundamentais, estes últimos é que

---

empregam a expressão ‘interesse público secundário’ para se referir àquilo que a doutrina italiana chama de ‘interesses secundários’. Estes últimos consistem em todo e qualquer interesse – dos particulares ou da Administração Pública – que diga respeito a aspirações e necessidades eminentemente pessoais – seja de pessoas físicas ou jurídicas. Havendo coincidência entre um interesse secundário da máquina estatal com o interesse da coletividade (ou de um indivíduo enquanto membro da sociedade), aí sim ele será *interesse público*, porque convergente com o *interesse primário*. O erro, portanto, está em chamar de ‘interesse público secundário’ uma categoria de interesses que pode ser reconduzida tanto à Administração Pública quanto a um particular. Por exemplo, o interesse pessoal de um comerciante em explorar atividade econômica de venda de explosivos sem adotar todas as medidas de segurança legalmente exigidas para reduzir os custos é um *interesse secundário*, mas pertence a um particular. Ele terá a mesma natureza que o interesse de um Estado da Federação de elevar ao máximo a carga tributária para arrecadar recursos, acima das capacidades dos contribuintes: será *secundário*, mas titularizado pelo Poder Público. Aí está a importância de não se utilizar o termo ‘público’ ao se falar em ‘interesses secundários’: demonstrar que tais interesses do aparato administrativo são tão secundários quanto qualquer outro interesse eminentemente pessoal de um sujeito privado”. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 158-159.

<sup>1183</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 24.

<sup>1184</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 64.

<sup>1185</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 190.

deverão desfrutar de primazia, pois são eles que representarão o autêntico *interesse público* nessa colisão. Os interesses secundários da máquina administrativa se revelarão, em tal circunstância, como interesses privados.

Nenhum espanto pode haver, por conseguinte, quanto à afirmativa lançada páginas atrás, de que os agentes públicos e os advogados de Estado estão compelidos pelo direito à tutela administrativa efetiva a reconhecer os direitos fundamentais dos cidadãos, seja deferindo pleitos administrativos, seja admitindo a procedência dos pedidos deduzidos em juízo (ou deixando de recorrer contra sentenças favoráveis ao titular do direito). Não há em tais práticas qualquer violação aos princípios da indisponibilidade ou da supremacia do interesse público, uma vez que os direitos fundamentais encontram-se inseridos no núcleo desse conceito. Satisfazê-los importa, necessariamente, dar concretude ao interesse público.

Não resta qualquer dúvida, diante do exposto, de que o interesse público a ser tutelado pela Administração está consubstanciado primordialmente nas normas constitucionais, dentre as quais se encontram a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão. É precisamente pelo fato de tais valores retratarem relevantíssimos interesses da coletividade que o constituinte os protegeu, inclusive, contra maiorias eventuais no Poder Legislativo, outorgando-lhes uma suprarrigidez ao blindá-los contra tentativas de abolição decorrentes de emendas constitucionais (art. 60, §4º, IV da CF).<sup>1186</sup> Os direitos fundamentais, consoante conhecida formulação de Robert Alexy, traduzem posições jurídicas que, desde o prisma do Direito Constitucional, ostentam tamanha importância que o seu reconhecimento ou denegação não podem ficar à livre disposição do legislador ordinário, nas mãos da maioria parlamentar simples.<sup>1187</sup> Essa definição bem ilustra a estreita conexão de tais direitos com a noção de interesse público: a proteção dos direitos fundamentais contra investidas de maiorias eventuais no Parlamento indica que eles são tão caros para a coletividade que devem ser resguardados até mesmo contra decisões majoritárias. São, por isso, considerados por Ronald Dworkin como trunfos contra a maioria.<sup>1188</sup>

Uma breve incursão na doutrina é suficiente para demonstrar a íntima vinculação existente entre essas duas noções. De acordo com José Luis Meilán Gil, o conteúdo do interesse público irá depender do que o órgão de representação popular defina como tal, em cada momento histórico. Consiste em uma decisão variável, correspondente às escolhas democráticas da população. Contudo, há um núcleo objetivo do interesse geral que não pode ser relativizado nem mesmo pelos legítimos titulares do poder político, composto pelos direitos e liberdades fundamentais da pessoa, que traduzem o cerne desse conceito. E é exatamente por isso que jamais se poderá invocar o interesse geral para eliminar tais direitos.<sup>1189</sup> Nos dizeres do autor, “*os direitos fundamentais formam parte dos interesses gerais, constituem seu ‘núcleo duro’ que*

<sup>1186</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 60.** (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) **IV** - os direitos e garantias individuais”.

<sup>1187</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 395.

<sup>1188</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XV e 283 *et seq.* Desenvolvendo raciocínio inspirado em Dworkin, ver: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 17-67.

<sup>1189</sup> MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coords.). **Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 102.

os poderes públicos e, em concreto a Administração, hão de servir”,<sup>1190</sup> não apenas respeitando-os, mas também utilizando-os como norte de sua atuação.

Por sua vez, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ressalta que o mais relevante interesse público repousa na promoção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, a ser perseguido em qualquer atividade administrativa, revelando-se como “a principal luz que projeta a funcionalidade dos direitos fundamentais sobre o sentido (...) do Estado e de todas as suas instituições, sejam de fomento, de serviço público ou de polícia”.<sup>1191</sup> O jurista acentua que a essência do interesse público como tarefa suprema do Estado deriva da centralidade da dignidade do ser humano, visto que a função básica do Poder Público consiste na melhora das condições de vida da população, notadamente no que se refere ao pleno desfrute dos direitos fundamentais por cada um dos cidadãos.<sup>1192</sup> Em razão disso, conclui que “a promoção dos direitos fundamentais da pessoa é um dos principais conteúdos que caracterizam o interesse público na Constituição espanhola”.<sup>1193</sup>

No Direito argentino, Jorge Luis Salomoni aponta como decorrência do conceito de interesse público a “obrigação constitucional do Estado de promover o bem-estar geral e a prosperidade do país e das províncias”.<sup>1194</sup> O autor propõe uma interessante concepção de interesse público fundada na realização dos direitos fundamentais e, muito especialmente, dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais.<sup>1195</sup> Para ele, a finalidade da noção de interesse geral reside na “proteção dos direitos essenciais do homem, e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade”. É possível, segundo o professor argentino, compreender o bem comum dentro do contexto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como “um conceito referente às condições da vida social, que permite aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos”.<sup>1196</sup>

Frente a essa ordem de considerações, Bertrand Mathieu explica que uma determinação do interesse público dessa natureza não é suscetível de “conduzir a uma sociedade totalitária, o que poderia ser a sua inclinação natural, justamente porque ela só pode se exprimir no respeito aos direitos fundamentais individuais”.<sup>1197</sup> Afinal, os poderes desiguais que o Direito Administrativo confere à Administração para a consecução do interesse público não lhe são atribuídos em seu próprio benefício, mas sim a serviço dos direitos dos cidadãos.<sup>1198</sup> Do

<sup>1190</sup> MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010. p. 181 (*grifos no original*).

<sup>1191</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central... *Op. Cit.*, p. 108.

<sup>1192</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Idem*, p. 111.

<sup>1193</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Idem*, p. 112.

<sup>1194</sup> SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 26, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-35, out./dez. 2006. p. 12.

<sup>1195</sup> Sobre a relação entre direitos humanos, Constituição e Direito Administrativo, ver também: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho Administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010.

<sup>1196</sup> SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: \_\_\_\_\_; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESÍN, Domingo Juan (Orgs.). **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 25.

<sup>1197</sup> MATHIEU, Bertrand. Propos introductifs. In: \_\_\_\_\_; VERPEAUX, Michel (Dirs.). **Intérêt général, norme constitutionnelle**. Paris: Dalloz, 2007. p. 6.

<sup>1198</sup> MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. **Revista de Administración Pública**, nº 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983. p. 858-859.

contrário, o Estado não estaria utilizando as suas prerrogativas em prol do interesse geral, “definido primariamente a partir dos direitos fundamentais”.<sup>1199</sup>

Na mesma senda posiciona-se Regina Maria Macedo Nery Ferrari, segundo a qual “não procede o argumento dos que negam a supremacia do interesse público a partir do necessário respeito aos direitos fundamentais”, uma vez que “existe um vínculo, indissociável, entre o Estado e a satisfação do interesse público e entre este e o respeito pela dignidade da pessoa humana”. Em razão disso, “nenhum interesse pode ser considerado público se levar ao sacrifício dos valores e dos direitos fundamentais”.<sup>1200</sup>

Todo esse discurso, com o qual se concorda integralmente, seria meramente “lítero-poético-recreativo”<sup>1201</sup> se dele não fosse possível arrancar consequências jurídicas concretas. Não serviria para absolutamente nada se, paralelamente, continuasse válida a ideia de que os advogados públicos devem contestar todas as demandas judiciais propostas pelos particulares que buscam a tutela de seus direitos (mormente quando se tratam de posições jurídicas jusfundamentais), e recorrer de todas as decisões desfavoráveis ao Estado. A repercussão jurídica do direito à tutela administrativa efetiva que ora se propõe – de que em tais situações o ente estatal, por meio de seu procurador, deve admitir a procedência dos pleitos do cidadão – torna juridicamente inaceitável a afirmação, comum na jurisprudência brasileira, de que o Poder Público tem o “dever de recorrer de ofício em face da supremacia do interesse público”.<sup>1202</sup> Tal inteligência colide frontalmente com o verdadeiro significado que a doutrina confere à noção jurídica de interesse público. Recorrer contra uma decisão que protege um direito fundamental, ao qual realmente faça jus o seu titular, significa militar *contra* a supremacia do interesse público e não em seu favor.

Em matéria de direitos fundamentais sociais – campo central de análise desta investigação – não se pode admitir uma perspectiva que enxergue a Administração Pública e o cidadão como titulares de interesses distintos e contrapostos. Ambos situam-se “do mesmo lado”, pois ainda que haja dualidade de partes na relação jurídica, o sistema constitucional aponta para um único sentido: a materialização do direito fundamental abstratamente descrito no âmbito normativo. Nesses casos, cabe ao administrador o “«encargo social» de facilitar ao cidadão que cumpre os requisitos legais a consecução da prestação a que tem direito”.<sup>1203</sup>

A proposição aqui defendida poderia, ao menos no campo doutrinário, parecer supérflua, por se tratar de uma consequência lógica da correta interpretação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Todavia, conforme constata Luciane Moessa de Souza, “o pensamento dominante acerca da função da advocacia pública em (...) situações de cometimento de ilícito pelo Poder Público é de que este não deve ser reconhecido, de modo que praticamente proíbe-se a conciliação e busca-se a todo custo evitar que o Estado

<sup>1199</sup> MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público... *Op. Cit.*, p. 182.

<sup>1200</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 297.

<sup>1201</sup> A expressão é utilizada por: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Editorial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, Fórum, p. 9-10, abr./jun. 2013. p. 9.

<sup>1202</sup> Trecho da ementa da seguinte decisão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1121306/SP. Relator Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 21.10.2010. DJe 28.10.2010.

<sup>1203</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 119-120.

seja condenado, ainda que merecesse sê-lo”.<sup>1204</sup> E uma rápida mirada no montante de ações judiciais que no Brasil têm como parte o Estado é capaz de confirmar que, lamentavelmente, na prática a teoria é outra.

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, foram analisados os processos nos quais figuram os 100 maiores litigantes da justiça brasileira naquele ano.<sup>1205</sup> Do total de ações investigadas, 51% envolvem o Poder Público federal (38%), estadual (8%) e municipal (5%). Somando os percentuais das três esferas federativas, o Estado se encontra no polo passivo em 31,35% das demandas, e no polo ativo em 19,65%. Na categoria “setor público” não foram incluídas as demandas em que litigam as instituições financeiras públicas; se o fossem, à soma se agregariam os processos da Caixa Econômica Federal (8,5%) e do Banco do Brasil (5,61%), chegando-se a um total de 65,11%. Dentre esses 100 maiores litigantes do país em 2011, os 6 primeiros colocados são entes públicos: (i) INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, com 22,33% das ações; (ii) CEF – Caixa Econômica Federal, com 8,5%; (iii) Fazenda Nacional, com 7,45%; (iv) União Federal, com 6,97%; (v) Banco do Brasil S/A, com 4,24%; e (vi) Estado do Rio Grande do Sul, com 4,24%. Dos processos em que figuram respectivamente como parte, o INSS está no polo passivo em 81%, a União em 76% e a Caixa Econômica Federal em 73%.

Os dados revelam que a Administração Pública continua reiteradamente negando direitos titularizados pelos cidadãos, de sorte que na realidade prática a tutela do interesse *público*, em cujo núcleo central se alojam os direitos fundamentais, frequentemente não é perseguida. A rejeição, por parte do Poder Público, de requerimentos administrativos e postulações judiciais dos particulares nessa matéria constitui, como já se disse, forma de proteger interesses *secundários* (fazendários) da pessoa jurídica estatal, colidentes com os interesses *primários*, da coletividade, estampados no Direito Constitucional positivo. Portanto, as estatísticas levam a crer que as teorizações a respeito de qual deve ser o comportamento dos agentes públicos quando se deparam com a colisão entre interesses *primários* (da coletividade) e *secundários* (da máquina estatal) não têm sido observadas no mundo dos fatos. Daí porque se mostra relevante a consequência jurídica do direito à tutela administrativa efetiva proposta neste tópico.

Nos últimos anos, alguns mecanismos têm sido criados por normas legislativas e administrativas para racionalizar a consensualidade nas relações indivíduo-Estado, evitando essa litigância judicial excessiva. Um dos mais expressivos exemplos foi implementado no âmbito da Advocacia-Geral da União. A Lei Complementar nº 73/93, em seu art. 4º, XII, previu entre as atribuições do Advogado-Geral da União “editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”. A lei declarou o caráter obrigatório de tais súmulas às unidades que integram a estrutura orgânica da AGU (art. 43), proibindo expressamente os seus membros efetivos de contrariá-las (art. 28, II). A determinação foi estendida aos Procuradores Federais, quando da criação da carreira, e aos Procuradores do Banco

---

<sup>1204</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008. p. 143.

<sup>1205</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 Maiores Litigantes. Brasília, março de 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2013.

Central do Brasil.<sup>1206</sup> Por meio do Ato Regimental nº 2, de 25 de junho de 1997, foram estabelecidos procedimentos administrativos, na esfera da representação judicial da União, das autarquias e das fundações públicas federais, para a criação de “súmulas administrativas da AGU”, definindo que estas representam enunciados que consolidam a jurisprudência reiterada dos tribunais a respeito da interpretação da Constituição e das leis em matéria de interesse das entidades públicas federais. No mesmo período foi promulgada a Lei nº 9.469/97,<sup>1207</sup> cujo art. 4º dispôs que “não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União *poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores*”.

Muitas das súmulas editadas a partir de então dispunham somente que a União não *recorreria* de decisões que consubstanciassem entendimentos pacificados nos Tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal. Grande parte delas se dirigia, por conta disso, apenas aos advogados da União que atuavam na arena judicial. O conteúdo de vários dos enunciados não tinha por objeto a atividade dos procuradores que operavam nas consultorias jurídicas dos Ministérios e nas procuradorias das autarquias e fundações, os quais permaneciam negando na seara administrativa direitos já reconhecidos pelas súmulas, forçando com isso a propositura de demandas judiciais pelo cidadão prejudicado. Posteriormente, foram expedidos novos atos pelo Advogado-Geral da União, alterando a regulamentação sobre a edição e aplicação das súmulas da AGU. Merece destaque o Ato Regimental nº 1, de 2 de julho de 2008, que estabeleceu duas importantes regras relativas ao tema ora em debate. No §1º do art. 6º, dispôs que os advogados das entidades públicas federais que “estejam em exercício em órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal ou da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil *ficam autorizados a reconhecer pedidos administrativos e devem orientar os órgãos e autoridades junto aos quais atuam a deferir administrativamente os pedidos cujos fundamentos estejam em integral consonância com Súmula da AGU*”. E no §2º do mesmo artigo, previu que os procuradores dos entes federais que “estejam em exercício nos órgãos de representação judicial da União ou de suas autarquias e fundações *ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU*”.

Tais previsões representam notável avanço, pois implementam por meio de normas administrativas aquilo que se tem sustentado até este momento: o direito fundamental do cidadão a que a Administração Pública reconheça voluntariamente a procedência das pretensões jurídicas dos indivíduos salvaguardadas pelo Direito positivo, tutelando-as efetivamente. Embora esses dispositivos normativos empreguem expressões como “os procuradores poderão” ou “ficam autorizados a”, a existência de precedentes judiciais reiterados em favor dos direitos do particular, mais do que um poder ou uma faculdade, impõe-lhes o *dever* de não contestar o pedido deduzido em juízo ou recorrer após a condenação do Estado a satisfazer a pretensão jurídica reconhecida ao cidadão. Do contrário, em situações de entendimento judicial já

---

<sup>1206</sup> A Medida Provisória nº 2.229-43/2001, que criou a carreira de Procurador Federal e realizou alterações e inclusões na Lei nº 9.650/98 (Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil), estabeleceu também que os Procuradores Federais e os Procuradores do BACEN estão proibidos de “contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica, adotados pelo Advogado-Geral da União” (art. 38, §1º, II da MP nº 2.229-43/2001 e art. 17-A, II da Lei nº 9.650/98, inserido pela referida medida provisória).

<sup>1207</sup> Conversão em lei da Medida Provisória nº 1.561-6, de 12 de junho de 1997.

consolidado, compeli o Poder Público a continuar negando a procedência do direito, criando teses infundadas para sustentar seus recursos ou contestações, é o mesmo que obrigar a Administração a realizar “malabarismos hermenêuticos constrangedores em lugar de fazê-la ativa, exitosa e enérgica no cumprimento dos seus indelegáveis deveres”.<sup>1208</sup>

Nada obstante a virtude da criação desses mecanismos, é preciso ir além. Considera-se aqui que a melhor solução para essa questão é admitir que, em decorrência do direito à tutela administrativa efetiva: (i) nos casos em que há súmulas, enunciados, pareceres normativos ou orientações técnicas do órgão de cúpula da advocacia de Estado (nas esferas federal, estadual ou municipal) estipulando hipóteses em que os direitos fundamentais do particular devem ser reconhecidos, tanto os administradores quanto os advogados públicos (das áreas consultiva e contenciosa) estão obrigados a adotar tal entendimento, sob pena de incorrerem em falta funcional;<sup>1209</sup> (ii) é também dever da Administração e da Advocacia Pública investigar as posições já pacificadas pelos tribunais a propósito do reconhecimento de direitos fundamentais, as quais devem ser respeitadas para evitar o ajuizamento de ações fadadas à condenação do Estado; (iii) mesmo que não haja orientação expressa da chefia das procuraturas públicas, nem entendimentos consolidados do Poder Judiciário, os administradores públicos e advogados de Estado encontram-se ainda assim autorizados a deferir pleitos administrativos, abster-se de contestar ações judiciais e deixar de recorrer de sentenças favoráveis aos cidadãos, nos casos que envolverem direitos fundamentais, para fazer prevalecer o interesse *primário*, genuinamente *público*, consagrado pelo sistema normativo.

Apenas para citar outros meios de implementação da ideia ora desenvolvida, mencione-se a previsão legal expressa, já instituída por algumas legislações estaduais, de procedimento para a reparação de danos ao cidadão levada a efeito na esfera administrativa de modo consensual. É o caso da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo. Em seu art. 65, o diploma disciplina o procedimento para a reparação, pela via administrativa, de danos causados pelo Poder Público estadual.<sup>1210</sup> Ainda que se possa controverter sobre o quão benéfico

<sup>1208</sup> FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 13-22, 1999. p. 16.

<sup>1209</sup> Convém lembrar que a própria legislação fixa aos procuradores membros da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal a proibição de “contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica, adotados pelo Advogado-Geral da União” (art. 28, II da Lei Complementar nº 73/93 e art. 38, §1º, II da MP nº 2.229-43/2001), bem como aos procuradores do BACEN a vedação de “contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica, adotadas pelo Procurador-Geral do Banco Central do Brasil ou pelo Advogado-Geral da União” (art. 17-A, II da Lei nº 9.650/98). Portanto, não há qualquer óbice jurídico em asseverar que os advogados públicos que cometerem a conduta que lhes é interdita por lei em sentido formal deverão sofrer sanção administrativa pela prática de falta funcional.

<sup>1210</sup> Lei Estadual nº 10.177/98 (Estado de São Paulo): “**Art. 65.** Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras: **I** - o requerimento será protocolado na Procuradoria Geral do Estado, até 5 (cinco) anos contados do ato ou fato que houver dado causa ao dano; **II** - o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação; **III** - o requerimento conterá os requisitos do artigo 54, devendo trazer indicação precisa do montante atualizado da indenização pretendida, e declaração de que o interessado concorda com as condições contidas neste artigo e no subsequente; **IV** - o procedimento, dirigido por Procurador do Estado, observará as regras do artigo 55; **V** - a decisão do requerimento caberá ao Procurador Geral do Estado ou ao dirigente da entidade descentralizada, que recorrerão de ofício ao Governador, nas hipóteses previstas em regulamento; **VI** - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado; **VII** - a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 (dez) dias, contados da intimação, implicará em concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, o interessado poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência,



é o trâmite regulado pelo dispositivo, é inegável a sua virtude em prever de forma explícita, em uma norma legal, a possibilidade de a Administração Pública reconhecer que gerou prejuízos à esfera jurídica do particular, reparando os danos causados voluntariamente, sem qualquer provimento coercitivo do Poder Judiciário. A medida afasta a posição, difundida em alguns Tribunais de Contas, de que o Estado só poderia indenizar os sujeitos privados por atos ilícitos a que deu causa após condenação judicial transitada em julgado.<sup>1211</sup> Solução similar, embora com regramento distinto, é adotada na Bahia pela Lei Estadual nº 12.209/11 (em seus artigos 136 a 145), que admite inclusive a possibilidade de instauração *ex officio* do processo pela Administração (art. 141).

Finalmente, cumpre referir que o direito à tutela administrativa efetiva, nos termos ora analisados, consiste também em um alicerce jurídico ao emprego de meios consensuais de solução de controvérsias que envolvem o Poder Público, tais como a negociação, a mediação e a conciliação. Tais ferramentas ostentam a virtude de reduzir os custos com a resolução dos conflitos, tornar expressivamente mais célere a sua solução e permitir que se chegue a um resultado muito mais proveitoso às pessoas e entes envolvidos, já que essas vias possibilitam um diálogo entre todos aqueles que serão afetados pela decisão final, de modo consensualizado.<sup>1212</sup> O Poder Judiciário, diversamente, por ter uma visão de túnel encontra dificuldades em perceber a real dimensão dos problemas sociais que reclamam atuação coordenada do Estado, e acaba por ditar soluções unilaterais que muitas vezes não consistem na melhor escolha, porque deixam de contemplar outros interesses juridicamente protegidos que sequer poderiam ser cogitados naquela ação judicial específica. Um exemplo pode aclarar o que se está a dizer.

No Município de Piraquara, no Paraná, situa-se o Bairro Guarituba, onde se localiza uma área de preservação ambiental. Dois conflitos coletivos de interesses surgiram na região, ambos tendo por objeto comportamentos do Poder Público que colidiam com o direito fundamental à moradia dos cidadãos: um deles envolvia a comunidade do Portelinha e outro a comunidade Jardim Tropical.

O primeiro litígio diz respeito à comunidade do Portelinha, composta por cerca de vinte famílias que há anos ocupavam imóveis da região. Em 2012, o Ministério Público propôs ação civil pública pedindo a desocupação por parte dos moradores e logrou o deferimento do seu pedido de liminar, sob o fundamento, consignado na ordem judicial, de que a área “apenas poderia ser utilizada para atividades agrícolas, atividades de lazer, ou para conservação. Não pode ser utilizada para outra finalidade, como a habitação, em razão de que isso pode afetar a

---

cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos; **VIII** - os débitos inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica; **IX** - o depósito, em conta aberta em favor do interessado, do valor inscrito, atualizado monetariamente até o mês do pagamento, importará em quitação do débito; **X** - o interessado, mediante prévia notificação à Administração, poderá considerar indeferido seu requerimento caso o pagamento não se realize na forma e no prazo previstos nos incisos VIII e IX. § 1º. Quando o interessado utilizar-se da faculdade prevista nos incisos VII, parte final, e X, perderá qualquer efeito o ato que tiver acolhido o pedido, não se podendo invocá-lo como reconhecimento da responsabilidade administrativa. § 2º. Devidamente autorizado pelo Governador, o Procurador Geral do Estado poderá delegar, no âmbito da Administração centralizada, a competência prevista no inciso V, hipótese em que o delegante tornar-se-á a instância máxima de recurso”.

<sup>1211</sup> A notícia a respeito da existência de tais posicionamentos é dada por: SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 131.

<sup>1212</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos**: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42-44.

qualidade da conservação do meio ambiente, em especial a qualidade hídrica da bacia”.<sup>1213</sup> As famílias ansiavam conseguir uma realocação adequada para habitações dignas, razão pela qual realizaram reuniões com a Companhia de Habitação do Paraná – COHAPAR e a Prefeitura Municipal de Piraquara com essa finalidade. Os advogados da comunidade pleitearam, em sede de contestação, o sobrestamento da decisão até que fossem concluídas as negociações com o Poder Público nesse sentido. Diante da confirmação da COHAPAR, em juízo, acerca das conversações sobre a reacomodação dos moradores, o magistrado decretou a suspensão da determinação judicial provisória anteriormente concedida. Por conta da precariedade de suas casas e dos frequentes alagamentos provenientes das enchentes, os habitantes da comunidade do Portelinha tinham interesse em serem assentados nas moradias construídas pelo Estado, sob a coordenação da COHAPAR, com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento I – PAC I, deflagrado em 2007 pelo Governo Federal. No entanto, as promessas feitas pelo Poder Público de realocá-las não estavam sendo cumpridas, o que gerava o temor de que a liminar fosse executada, suscitando um violento despejo forçado e o desamparo dos moradores da região.<sup>1214</sup>

Paralelamente, ocorria outra contenda entre a COHAPAR e aproximadamente cem famílias do Jardim Tropical, outra localidade do Bairro Guarituba. A Companhia de Habitação do Paraná havia determinado o remanejamento dos moradores justamente para as casas criadas através do PAC I, com base na alegação de risco de alagamento da área. A comunidade se organizou e, ao consultar o Instituto das Águas do Paraná, tomou conhecimento de que para muitos imóveis localizados na região a ameaça de inundação era muito remota, estando prevista para ocorrer dentro de vinte anos, de acordo com análises técnicas realizadas pela autarquia. As famílias situadas em áreas afastadas do Rio Iraí, que transborda quando há chuvas torrenciais, não tinham interesse em mudar para as habitações do PAC, tendo em vista que residiam ali havia mais de treze anos, em casas dotadas de boa infra-estrutura e maiores do que aquelas indicadas pela COHAPAR, além de usufruírem dos serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, iluminação pública, coleta de lixo e esgotamento sanitário.<sup>1215</sup>

Ambas as comunidades dialogaram, com o auxílio da Terra de Direitos – Organização de Direitos Humanos, percebendo que possuíam demandas conexas e interdependentes, ligadas ao direito fundamental social à moradia de seus integrantes. De um lado, as famílias do Portelinha objetivavam a sua realocação para as habitações criadas com as verbas do PAC I, por meio da COHAPAR. De outro, os moradores do Jardim Tropical pretendiam permanecer em suas casas, já que não havia o alegado perigo de enchentes, em vez de se mudarem para tais construções populares. A solução a que se chegou, sem a necessidade de se operar qualquer

<sup>1213</sup> Item 4 da decisão interlocutória proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0006996-08.2011.8.16.0034, proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná, em trâmite na Vara Cível da Comarca de Piraquara. Disponível em: <[https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?\\_tj=1b03cc981d3bd2c870db5feb540203a01b59d0e7066e1f23d1b2df25410acfc0](https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=1b03cc981d3bd2c870db5feb540203a01b59d0e7066e1f23d1b2df25410acfc0)>. Acesso em: 12 out. 2013.

<sup>1214</sup> As informações sobre o caso foram obtidas mediante a leitura dos autos de Ação Civil Pública nº 0006996-08.2011.8.16.0034, que tramitam perante a Vara Cível da Comarca de Piraquara, na Justiça Estadual do Paraná, e da notícia: **TERRA DE DIREITOS – ORGANIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. Direito à moradia – Moradores de Piraquara/PR vivem impasse com COHAPAR.** 07.08.2012. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/direito-a-moradia-moradores-de-piraquarapr-vivem-impasse-com-cohapar/>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>1215</sup> Dados extraídos do pronunciamento fornecido pelo Centro de Apoio às Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo, do Ministério Público do Estado do Paraná, à Consulta nº 6 – 2012, formulada pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. O documento encontra-se disponível no link: <[http://www.urbanismo.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Consultas/12\\_06\\_Consulta\\_Guarituba\\_Piraquara.pdf](http://www.urbanismo.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Consultas/12_06_Consulta_Guarituba_Piraquara.pdf)>. Acesso em 13 out. 2013.

despejo forçado que deixasse as famílias desabrigadas, foi a realocação dos habitantes da comunidade do Portelinha para as casas edificadas com os recursos do PAC I e a manutenção, em suas próprias casas, dos moradores da comunidade do Jardim Tropical que visavam a permanecer onde estavam. A situação bem demonstra o inestimável valor dos meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais e o Poder Público. Se na hipótese narrada não houvesse ocorrido a autocomposição, o juiz jamais teria conhecimento da complementaridade dos casos.

## CAPÍTULO 7 – A VINCULAÇÃO DIRETA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EFEITOS JURÍDICOS DO DIREITO À TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA

A explicação sobre os efeitos jurídicos desencadeados pelo reconhecimento do direito fundamental à tutela administrativa efetiva funda-se em dois princípios jurídicos, sendo um deles de alcance geral, extensivo a todas as disposições constitucionais, e outro deles específico, incidente apenas no âmbito das normas veiculadoras de direitos fundamentais. São os princípios da *supremacia da Constituição* e da *aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais*. Um dos propósitos que se busca com a invocação da existência do direito em epígrafe é, justamente, evidenciar qual é a eficácia jurídica que esses dois princípios produzem sobre a Administração Pública. O que significa, afinal, asseverar que o administrador deve obediência primária à Constituição, que se situa acima de todas as demais normas do sistema jurídico, e que as previsões constitucionais acerca dos direitos fundamentais se aplicam de forma direta (e não indireta) sobre a atividade administrativa?

A afirmação de que tais princípios incidem tanto na seara judicial quanto na administrativa (e legislativa) é algo de que dificilmente alguém iria discordar. Cuida-se de assertiva corriqueira, que pode parecer até mesmo trivial. Mas o que a doutrina nacional do Direito Administrativo pouco esclarece acerca da questão, ao menos de forma sistematizada e pormenorizada, são os efeitos jurídicos concretos de tal aplicação. Vale dizer: não se costuma elucidar em que termos a Administração Pública deve cumprir antes a Constituição do que a lei que a contrarie (já que aquela desfruta de *supremacia* sobre esta), e respeitar antes os direitos fundamentais do que eventual legislação que discipline o seu conteúdo de modo inconstitucional (vez que aqueles não se aplicam *mediatamente*, apenas na medida de sua regulamentação legislativa, mas sim *imediatamente*).

As dúvidas que brotam nesse terreno podem se revelar bastante espinhosas. Se uma lei ordinária, que se reveste de presunção de constitucionalidade e não teve sua validade questionada em sede jurisdicional, expende à Administração uma ordem que viola o núcleo essencial de um direito fundamental, o agente administrativo deve executá-la ou não (v.g., tratamento discriminatório)? E qual deve ser a solução administrativa dada à situação em que o particular postula ao Estado uma prestação cujos contornos precisos ainda não estejam especificados por lei, mas logra demonstrar que a concessão do pleito é imprescindível para a fruição de um direito fundamental (v.g., aposentadoria especial de servidores com deficiência)? Há diferença na resposta caso se trate ou não de um direito previsto em disposição constitucional que remeta à lei a especificação do seu conteúdo? Se a Administração se encontra vinculada primária e diretamente à Constituição, e só secundariamente à lei, ela pode expedir atos administrativos normativos que restrinjam direitos fundamentais a pretexto de cumprir princípios constitucionais, sem que a lei em sentido formal lhe tenha autorizado limitar a esfera jurídica do cidadão (v.g., vedação de nepotismo do Poder Judiciário)?

Como se vê, a raiz de todas as controvérsias nessa matéria repousa sobre o conteúdo jurídico, os limites e a extensão do princípio da *legalidade administrativa em sentido estrito* e sobre suas relações com os princípios da *supremacia da Constituição* e da *aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais*. É crucial para o deslinde do tema do presente estudo

compreender adequadamente como deve se dar a articulação entre esses três vetores que norteiam a atividade administrativa.

Afinal, se a Administração puder deixar de aplicar a lei inconstitucional para garantir a integridade de um direito fundamental, isso evitará que diversos particulares tenham que aforar medidas judiciais individuais para controlar a constitucionalidade dos atos praticados com lastro no dispositivo legal viciado. Ela agirá de forma espontânea e igualitária em favor da realização dos direitos fundamentais. Mas de outra banda, aceitar essa possibilidade sem a adoção de parâmetros criteriosos poderia abrir ensejo a condutas administrativas arbitrárias, que desrespeitassem garantias legais ao argumento de estarem efetivando outras normas constitucionais.

Outra virtude de uma composição apropriada entre *legalidade administrativa*, *supremacia da Constituição* e *aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais* seria admitir, de forma geral, que a Administração não está autorizada a atuar só quando expressamente permitida pela legislação, podendo, pois, agir mesmo à falta de lei se o motivo para tanto for a necessidade de implementar um direito fundamental. Mas novamente surge outro risco: o de o administrador utilizar esse mesmo fundamento para instituir obrigações, proibições e restrições a direitos do cidadão sem apoio em qualquer previsão legal, argumentando ser necessário fazê-lo para dar cumprimento a disposições constitucionais (v.g., de ordem sancionatória) que ainda não foram disciplinadas pelo legislador ordinário.

Esse assunto, embora não seja recente, não esteve sempre presente nos debates do Direito Público. De acordo com a concepção de *legalidade administrativa* forjada durante o liberalismo oitocentista nos países da Europa continental, a lei em sentido formal figurava como a única fonte legítima do Direito, ostentando uma posição jurídica superior à da Constituição, cujas disposições detinham natureza meramente política. Nesses Estados, a operatividade dos comandos constitucionais, inclusive daqueles veiculadores de “direitos do homem” (tal como eram chamados no ambiente francês de fins do século XVIII), dependia de integração legislativa.<sup>1216</sup> E dentro dessa lógica, para que a Administração Pública se movimentasse dentro das fronteiras do Direito bastava que ela observasse as balizas da legislação criada pelo Parlamento. A submissão do Estado à ordem jurídica era questão que se resumia, pois, à sua sujeição à lei.<sup>1217</sup> A eventual disparidade do conteúdo material da lei com o teor axiológico das disposições constitucionais não era um problema de *validade jurídica* que se apresentava à atividade administrativa, já que a validade das normas legais dependia apenas do respeito ao procedimento formal previsto para sua elaboração. Era a lei, portanto, o único farol a iluminar as vias da ação administrativa. A celeuma se instala somente a partir do momento em que ingressa na Teoria do Direito e no Direito Constitucional o reconhecimento pleno da normatividade e da supremacia da Constituição, que só vem a se difundir de forma generalizada<sup>1218</sup> e com maior vigor na segunda metade do século XX.

<sup>1216</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

<sup>1217</sup> Para ampliar, ver Parte II, Capítulo 5, item 5.1., subitem 5.1.1.

<sup>1218</sup> Lembre-se que, ao menos de forma localizada, a supremacia da Constituição já havia sido reconhecida nos Estados Unidos ao final do século XVIII no plano teórico, e no início do século XIX no plano jurisprudencial, com a célebre decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison* em 1803. Sobre o tema, ver: BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, nº 59, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-56, jan./fev. 2010.

Nesse passo, é preciso verificar se o sentido do princípio da legalidade administrativa criado no século XIX não acabou sendo dogmatizado, conservando uma configuração jurídica que não mais corresponde ao atual estágio da ciência do Direito. Sendo a conclusão no sentido de sua inadequação ao paradigma contemporâneo, será imperioso refletir sobre as matizações que devem ser efetuadas em seus contornos para adequá-lo às exigências teóricas e jurídico-positivas do Estado Constitucional de Direito. Sobre esse ponto, antes de tentar destrinchar os diversos efeitos jurídicos que a vinculação direta da Administração à Constituição faz espargir, calha dedicar algumas linhas ao processo que se iniciou com a degradação da confiança irrestrita que se tinha na infalibilidade do legislador como autor das normas jurídicas, e culminou com a ascensão da Lei Fundamental sobre todas as demais fontes do sistema normativo.

No paradigma iniciado em fins do século XVIII e consolidado durante o século XIX na Europa continental, que se convencionou denominar de Estado de Direito legislativo,<sup>1219</sup> a lei geral e abstrata significava a própria garantia da liberdade. E isso porque, de um vértice, a representação política (sufrágio censitário, autonomia dos representantes e mandato representativo) assegurava supostamente a participação igualitária de cada um na formação da vontade geral e, de outro, a separação de poderes garantia a previsibilidade de ação do Estado e a defesa dos direitos individuais contra intervenções arbitrárias.<sup>1220</sup> A lei era concebida como um quadro formal de proteção das liberdades e da segurança da propriedade, em uma época em que ela se apresentava como produto da vontade de um Parlamento homogêneo, composto apenas por representantes da burguesia, onde não havia grandes confrontos ideológicos.

Ao largo do século XX, percebeu-se que a lei havia se convertido em um instrumento utilizado pelo governante, que impõe sua vontade, suas escolhas e não necessariamente a dos eleitores; ela deixa de ser compreendida inocentemente como fruto da vontade geral do povo e passa a representar os desejos da classe hegemônica que conquista as maiorias parlamentares e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do Parlamento.<sup>1221</sup> E assim, muitas vezes, menoscaba os direitos mais básicos dos cidadãos. Viu-se que o mero respeito à forma no processo de elaboração normativa não era suficiente para se chegar a resultados justos. Notou-se que as decisões políticas mais importantes da sociedade deveriam ser retiradas da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, diante da sua vulnerabilidade em face de maiorias parlamentares simples (e, portanto, pouco representativas). Daí a necessidade de se distinguir quais questões eram fundamentais à estruturação do Estado e da sociedade, carentes de uma proteção jurídica reforçada que lhes imprimissem rigidez contra mudanças frequentes, e quais eram opções circunstanciais, que poderiam sujeitar-se mais flexivelmente a alterações. Daí a importância de se fornecer critérios materiais e axiológicos de validade das leis, que levassem em conta a consonância de seu conteúdo com os valores elementares compartilhados pela coletividade.

Sob essa racionalidade, na segunda metade do século XX, na Europa continental e paulatinamente nos demais países de sistema jurídico romano-germânico, as disposições constitucionais assumiram força jurídico-normativa,<sup>1222</sup> deixando de ser vistas como meras

---

<sup>1219</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 33.

<sup>1220</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 74-75.

<sup>1221</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 37-39.

<sup>1222</sup> “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”.

aspirações políticas. Além de adquirirem imperatividade, foram alçadas à posição de norma jurídica suprema,<sup>1223</sup> erigindo-se ao patamar de maior hierarquia entre as fontes do Direito. Inverte-se a relação de subordinação entre a lei e a Constituição, tornando aquela submissa aos dispositivos desta, com a transição de um Estado Legislativo a um Estado Constitucional.<sup>1224</sup> Não se trata simplesmente de uma inversão de posições hierárquicas. Altera-se a própria maneira de se compreender o Direito, não mais sob um prisma unicamente técnico-formal, mas sobretudo desde um ângulo ético-valorativo.

A superioridade da lei é substituída pela supremacia da Constituição, a qual se transforma em parâmetro de validade do conteúdo substancial de todas as outras normas que integram o universo jurídico, pois ela passa a agregar os valores sociais de maior relevância, correlatos aos princípios de justiça compartilhados pela comunidade, que vinculam a atividade de todos os poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta nova maneira de encarar a Constituição e as variadas consequências jurídicas dela derivadas – v.g., ascensão dos princípios jurídicos, aproximação entre Direito e moral, rechaço ao formalismo jurídico, aceitação de métodos mais abertos de interpretação, judicialização da política<sup>1225</sup> – foi batizada por uma parcela da doutrina de “neoconstitucionalismo”.<sup>1226</sup> O fenômeno, explica Augusto Durán Martínez, surge como um movimento da Europa continental que se apresenta como antipositivista e vinculado com os atuais ordenamentos constitucionais e democráticos do ocidente. A partir dele, “fala-se de um novo paradigma com base na irrupção da dignidade da pessoa humana e dos direitos inalienáveis que fluem dela”.<sup>1227</sup>

Com isso se abandona a concepção reducionista do Direito, tributária do positivismo jurídico da Escola da Exegese francesa, reconhecendo-se como parte integrante do sistema normativo não apenas a lei formal, mas também os princípios constitucionais expressos e implícitos e os direitos humanos dos tratados internacionais, todos com força vinculativa ao Estado como um todo (juiz, legislador, administrador) e aos particulares. Amplia-se assim o conjunto de deveres jurídicos aos quais a Administração deve obediência, conquistando elevada importância as normas internacionais e comunitárias,<sup>1228</sup> que passam a compor o bloco de

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

<sup>1223</sup> Agustín Gordillo, ao referir-se à Constituição como lei fundamental do Estado, afirma ser ela “algo mais que um simples programa de governo ou expressão de desejos; é como seu nome indica, uma verdadeira lei: porém, ainda mais, é uma lei superior ao denominador comum das leis”. GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 94.

<sup>1224</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 21-41.

<sup>1225</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2009. p. 9-49.

<sup>1226</sup> Sobre o tema, em uma perspectiva pluralista e diversificada, ver: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. e CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. Conferir também: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Estado Constitucional, neoconstitucionalismos e tributação. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 357-369.

<sup>1227</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010. p. 38.

<sup>1228</sup> SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. El nuevo paradigma del Estado: su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 49-89, 1999. p. 82.

constitucionalidade e começam a exercer significativo impacto no Direito Administrativo interno.<sup>1229</sup>

Embora essa influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o Direito Administrativo ainda não tenha se manifestado com tanta expressão e concretude no cenário brasileiro,<sup>1230</sup> vale citar a enorme repercussão por ela gerada na República Argentina, país onde esse processo se acentuou com a reforma constitucional de 1994, a partir da qual – destaca Justo Reyna – a “Nação assumiu um compromisso de ordem internacional para a tutela de direitos fundamentais”.<sup>1231</sup> Em seu art. 75, inc. 22, a Constituição Nacional argentina estabeleceu a hierarquia constitucional de dez tratados de direitos humanos e estipulou um sistema de incorporação de novas convenções dessa natureza no ordenamento interno com nível constitucional, observada a exigência de uma maioria qualificada do Congresso da Nação.<sup>1232</sup> Com esta transformação, os direitos humanos dos tratados internacionais impactaram fortemente na reconfiguração dos institutos do Direito Administrativo interno<sup>1233</sup> – como por exemplo em matéria de procedimento administrativo,<sup>1234</sup> serviço público,<sup>1235</sup> contratações públicas,<sup>1236</sup> ato

<sup>1229</sup> Por conta da globalização e da conseqüente abertura do ordenamento jurídico ao âmbito internacional, explica Justo Reyna que “os Direitos Administrativos domésticos deixam de apresentar-se como autônomos na produção e aplicação do conjunto de normas regulatórias de suas próprias funções administrativas; é dizer, como um todo cerrado e autossuficiente na criação e aplicação do direito”. REYNA, Justo José. El arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de servicios públicos: el nacimiento de un sistema jurídico complejo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 13-46, jan./mar. 2011. p. 20.

<sup>1230</sup> São escassos os trabalhos nacionais que se dedicam especificamente sobre o tema. Há algumas exceções, como é o caso de: RAMINA, Larissa. Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus reflexos no Direito Administrativo: breves apontamentos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 327-341, e SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>1231</sup> REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 131-169, out./dez. 2012. p. 137. Ver, ainda: CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 199-216, abr./jun. 2010.

<sup>1232</sup> SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: AAVV. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 15.

<sup>1233</sup> Sobre os impactos dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a Administração Pública, ver: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. Conferir também: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El Derecho Administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coord.). **Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. t. I. Caracas: Paredes, 2007. p. 123-154.

<sup>1234</sup> Acerca do tema, ver: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. Principios del procedimiento administrativo de los órganos del Mercosur. **Actualidad en el Derecho Público**, nº 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 25-47, sep./dic. 1998; SALOMONI, Jorge Luis. Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables. **Actualidad en el Derecho Público**, nº 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 95-130, sep./dic. 1998; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, nº 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 349-357, ago. 2010.

<sup>1235</sup> Quanto à incidência dos direitos humanos em matéria de serviços públicos, ver, por todos, a obra pioneira de SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. especialmente o Capítulo V, p. 415 *et seq.*

<sup>1236</sup> Ismael Farrando defende que, embora não exista cláusula constitucional expressa na Constituição Argentina enunciando o princípio da licitação pública (existindo, sem embargo, regra legal), “muito difícil seria hoje sustentar



administrativo e poder de polícia<sup>1237</sup> – somando-se aos direitos fundamentais enunciados pela Constituição em um influxo rumo à democratização das relações entre cidadão e Administração.

Para garantir que todo esse conjunto valorativo e normativo seja observado, mediante o respeito, proteção e promoção dos direitos da pessoa humana pelo Poder Público, começa-se a afirmar a *sujeição da Administração ao Direito como um todo*, alargando a sua vinculação jurídica, que no paradigma do Estado Legislativo limitava-se à lei formal, pelo princípio da legalidade estrita. Como se viu, no Estado Constitucional a lei deixa de englobar todo o conteúdo do Direito, o qual passa a se manifestar também a partir de fontes jurídicas distintas e inclusive hierarquicamente superiores, tais como a Constituição e os tratados internacionais. Como os princípios e regras constitucionais expressos e implícitos e os direitos humanos dos tratados se revestiram de força jurídico-normativa e preeminência no ordenamento,<sup>1238</sup> a validade dos atos da Administração deixa de depender somente de sua conformidade com a lei em sentido formal e passa a encontrar-se subordinada à sua harmonia com todo o teor jurídico formal e material do bloco de constitucionalidade.

Nesse sentido, a Administração Pública não mais se encontra sujeita apenas à lei em sentido formal (*legalidade estrita*), mas sim ao Direito globalmente considerado (*juridicidade* ou *legalidade ampla*).<sup>1239</sup> São ilustrativas dessa orientação as disposições inscritas no art. 20.3 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha<sup>1240</sup> e no art. 103.1. da Constituição do Reino da Espanha,<sup>1241</sup> as quais estabelecem que a Administração está sujeita à lei *e ao Direito*. Na mesma senda trilhou o legislador ordinário brasileiro, fazendo constar idêntica fórmula no art. 2º, parágrafo único, I da Lei nº 9.784/99.<sup>1242</sup> Significa dizer que, por mais que tenham sido respeitados os trâmites formais exigidos pela lei para a prática do ato, desenvolvimento do procedimento ou celebração do contrato administrativo, sua validade pode ainda ser questionada

a «livre escolha» sob a vigência dos tratados internacionais que integram o «bloco de constitucionalidade» segundo a reforma constitucional de 1994, e aos quais aderiu nosso país posteriormente”, como por exemplo a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada na Argentina pela Lei 24.759 (B.O. 17-01-1997). FARRANDO (h), Ismael. La contratación administrativa: normas y principios. **Documentación Administrativa**, nº 267-268, Madrid, INAP, p. 313-324, sep. 2003/abr. 2004. p. 316.

<sup>1237</sup> Juan M. González Moras expõe significativas consequências jurídicas da incidência dos tratados de direitos humanos nos temas da revogação unilateral do ato administrativo por razões de oportunidade e conveniência, do poder de polícia, do procedimento administrativo e do serviço público, em seu artigo GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, nº 267-268, Madrid, INAP, p. 55-72, sep. 2003/abr. 2004.

<sup>1238</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 66.

<sup>1239</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. In: \_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-143; KLOSS, Eduardo Soto. **Derecho Administrativo. Bases fundamentales**. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. *passim*; OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003; GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coords.). **Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 23-49.

<sup>1240</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949): “**Artigo 20. (...) 3.** O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei *e ao direito*.”

<sup>1241</sup> Constituição do Reino da Espanha (1978): “**Artículo 103. 1.** La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

<sup>1242</sup> Lei nº 9.784/99: “**Art. 2º.** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. **Parágrafo único.** Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: **I - atuação conforme a lei e o Direito**”.

por ofensa, v.g., aos princípios da moralidade,<sup>1243</sup> publicidade, impessoalidade,<sup>1244</sup> eficiência,<sup>1245</sup> segurança jurídica,<sup>1246</sup> entre tantos outros.

Essa expressiva transformação, no entanto, pode conduzir a dois caminhos equivocados no que tange ao relacionamento entre a lei, a Constituição e a Administração Pública. E é nesse ponto que a tratativa do tema reclama redobrada cautela.

O *primeiro* dos possíveis erros é manter intacto o modelo do século XIX, negando a existência de qualquer mudança nos contornos jurídicos do princípio da legalidade administrativa, sob o argumento de que o respeito absoluto e inquestionável da lei continua sendo o único recurso realmente protetivo dos direitos fundamentais do cidadão contra arbitrariedades administrativas, não tendo sofrido qualquer alteração com a afirmação do princípio da constitucionalidade. Segundo tal raciocínio, não caberia ao administrador: (i) realizar qualquer juízo de constitucionalidade das leis para verificar sua validade, competindo-lhe somente aplicá-la sem maiores questionamentos; nem (ii) atuar para concretizar a Constituição se o legislador não lhe determinasse o “como”, ficando mantida a sua vedação de agir à margem da lei.

O equívoco nesse caso reside no fato de que os princípios da legalidade administrativa e da separação de poderes, elementos constitutivos da noção de Estado de Direito, foram criados com o objetivo de *proteger o indivíduo* contra a intervenção indevida da Administração nos espaços de liberdade que eram demarcados pelo ordenamento jurídico.<sup>1247</sup> Eles não podem, agora, ser invocados para *prejudicar o indivíduo*, servindo aos propósitos de (i) bloquear a ação administrativa ordenada pela Constituição, mas inviabilizada pela falta de lei (proibindo a atuação *praeter legem*); (ii) determinar a obrigatoriedade do agir administrativo quando este se encontra prescrito pela lei, mas é ofensivo à Constituição (proibindo a atuação *contra legem*).

Para utilizar expressões que foram empregadas no Capítulo 5, a Administração Pública continua *atada às amarras da lei*, mas tais amarras só servem para impedi-la de *violar* os direitos fundamentais, e não de *implementá-los*. A lei é um escudo do cidadão contra o Estado, que logicamente não pode ser utilizado pela Administração para escudar-se contra as exigências da sociedade e do Direito, permanecendo ilesa em sua confortável passividade. Logo, o argumento da inexistência de lei não pode se prestar a emperrar a atividade administrativa concretizadora dos direitos fundamentais. O Poder Público nunca poderá utilizá-lo para fundamentar uma postura omissiva dessa natureza, supostamente legitimada pelo silêncio do legislador. A ausência de comandos legais não elimina, de maneira alguma, a imperatividade das ordens constitucionais de agir.

A *segunda* via equivocada é imaginar que a noção de *juridicidade* fez desaparecer o princípio da *legalidade estrita*, e que por conta disso de agora em diante a Administração Pública

<sup>1243</sup> ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 2, São Paulo, Malheiros, p. 205-210, abr./jun. 1993.

<sup>1244</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 109-118.

<sup>1245</sup> Acerca do conteúdo jurídico do princípio constitucional da eficiência administrativa, ver, por todos, GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

<sup>1246</sup> Sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro e comparado, conferir VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. e VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>1247</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 409.

pode: (i) em qualquer situação, recusar-se deliberadamente a aplicar as leis, afirmando reputá-las inconstitucionais; ou (ii) editar atos administrativos normativos criando obrigações, proibições e restrições de direitos sem respaldo legal, a pretexto de concretizar princípios constitucionais que, em sua opinião, deveriam ter sido regulamentados pelo legislador através da adoção de medidas ablativas à órbita jurídica do cidadão e não o foram.

A erronia de tal intelecção está em supor que a noção de *legalidade estrita* desapareceu por completo e que a lei em sentido formal não é mais exigível em situação alguma. O princípio da *juridicidade* implica apenas uma ampliação do conjunto de princípios e regras aos quais a Administração está submetida, e não uma diminuição. Entre essa multiplicidade de normas regentes da atividade administrativa, continua figurando a *legalidade estrita* – mas agora como *um dos* e não como o *único* princípio a ser observado.

Quando se disse, no Capítulo 5, que a Administração encontra-se *impulsionada pelas ordens da Constituição*, quis-se dizer que ela é incitada pela Lei Maior no sentido de *efetivar* os direitos fundamentais, e não de *ofendê-los*. A Constituição é uma espada que arma o indivíduo contra a inércia da Administração, forçando-a a atuar positivamente. Portanto, o Poder Público jamais poderá, a pretexto de cumprir os impulsos da Constituição, perfurar com a espada constitucional o escudo legal que protege o cidadão. A arguição de que princípios constitucionais – como o da moralidade administrativa, por exemplo – estão a impulsioná-la rumo à restrição de direitos mesmo à ausência de lei formal é completamente absurda, pois subverte o sentido original do princípio da constitucionalidade. Este serve para *proteger* o cidadão contra injustiças decorrentes da ação ou omissão dos poderes constituídos (inclusive do legislador), e não para justificar o desprezo, por parte do Estado, de outras garantias fundamentais, como é o caso da submissão da Administração à legalidade estrita.

Como se vê, o tema é complexo e demanda maiores digressões. Assim, serão expostos nas próximas páginas: (7.1.) os efeitos *negativos* que o direito à tutela administrativa efetiva dirige à Administração Pública, impondo proibições à ação administrativa que decorrem da incidência direta dos direitos fundamentais; (7.2.) os efeitos *positivos* que o direito em referência produz sobre a atividade administrativa, que se apresentam como imposições de atuação da Administração derivadas da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

### **7.1. Efeitos negativos: proibições à ação administrativa decorrentes da incidência direta dos direitos fundamentais**

A efetivação espontânea, integral e igualitária dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública pressupõe, no que tange às suas condutas comissivas, que ela não pratique atos individuais e concretos nem gerais e abstratos que ofendam o conteúdo de tais direitos. Assim, o direito à tutela administrativa efetiva impõe que o administrador se mantenha respeitoso à sua vinculação direta à Constituição no que concerne às disposições veiculadoras de direitos fundamentais. Se isso de fato acontecer, o cidadão não se verá impelido a questionar perante a jurisdição constitucional a validade do ato administrativo praticado, e o sistema normativo será observado naturalmente.

A questão não é tão singela quanto pode parecer à primeira vista. Duas situações podem desviar o caminho do agente público rumo à observância integral da Constituição em matéria de direitos fundamentais. Ambas serão enfrentadas neste item.

A primeira delas – a ser trabalhada no subitem 7.1.1. – é a falta de percepção global, por parte da Administração, a respeito do inteiro teor contido na norma definidora de direito fundamental, que impõe barreiras à sua atuação para além daquilo que a lei textualmente determina. O administrador pode não ter sido capaz de identificar até onde chega o alcance daquela disposição constitucional e quais são as consequências jurídicas que dela podem ser deduzidas. Em tais casos, ele entenderá – inadvertidamente – que deve respeitar o direito fundamental somente em relação àquilo que é garantido pela legislação, não percebendo que se encontra impedido de praticar algumas condutas diversas daquelas que são legalmente proibidas. Ocorre que, por força da própria Constituição, há outras práticas administrativas que deverão ser consideradas agressivas ao bem jurídico-jusfundamental mesmo que a lei em sentido formal não o diga expressamente. E assim, o comportamento terá sido antijurídico por ter infringido conteúdos implícitos do bloco de constitucionalidade.

A segunda circunstância que obsta o cumprimento voluntário da Constituição em termos de direitos fundamentais – objeto de análise do subitem 7.1.2. – ocorre nos casos em que a Administração se depara com uma lei cuja execução se mostre atentatória contra esses direitos. O agente que deverá aplicar tal lei nem sempre será uma autoridade dotada de legitimidade ativa para deflagrar o processo objetivo de controle jurisdicional de constitucionalidade. E às vezes, mesmo a aplicação de uma lei que não seja inconstitucional em abstrato pode implicar, no plano concreto, desrespeito a direitos fundamentais. Em tais situações, o administrador se verá diante de um impasse: (i) executar a lei cujo cumprimento lhe pareça inconstitucional, violando o direito fundamental, mas respeitando o princípio da *legalidade estrita* (em detrimento da *supremacia da Constituição* e de seu art. 5º, §1º), ou (ii) deixar de aplicá-la para preservar o direito fundamental, transgredindo a *legalidade administrativa* (em homenagem ao princípio da *constitucionalidade* e do art. 5º, §1º).

São os temas que se procurará desenvolver nas próximas páginas.

### *7.1.1. Vedação de atuação contrária ao conteúdo expresso ou implícito dos direitos fundamentais contido no bloco de constitucionalidade (para além das previsões legais)*

Do direito à tutela administrativa efetiva deflui a *vedação, dirigida à Administração Pública, de praticar condutas comissivas que contrariem quaisquer desdobramentos que integrem o conteúdo dos direitos fundamentais, estejam tais elementos: (i) expressos ou implícitos no bloco de constitucionalidade; ou (ii) previstos em normas infraconstitucionais legais ou administrativas.*

A Administração Pública, assim como todos os demais segmentos do Estado, encontra-se vinculada à eficácia jurídica irradiada pelos direitos fundamentais. Daí decorre um amplo conjunto de deveres que recai sobre os entes estatais no sentido de *respeitar, proteger e promover* os direitos fundamentais em sua máxima medida. Quanto às obrigações administrativas relativas a *não agir* contrariamente a tais direitos, oriundas de sua função *defensiva*, fala-se então em deveres de *respeito*. Em um Estado Democrático de Direito, a afirmação chega a ser óbvia.

Mas há sutilezas que precisam ser levadas em conta para que essa proposição não se converta em argumento meramente retórico – conversão, aliás, que vem acontecendo na prática administrativa brasileira. Duas delas serão desenroladas a seguir, ambas ligadas à interpretação que o Poder Público faz a respeito das normas definidoras de direitos fundamentais: **(a)** a postura

que o Estado deve adotar quando se depara com um direito fundamental cuja efetivação conflite com interesses secundários da pessoa jurídica estatal; **(b)** a identificação completa do conteúdo integral do direito fundamental que exige o respeito da Administração Pública.

**(a)** Para que o Estado realmente *respeite* os direitos fundamentais em sua integralidade, é imprescindível a aceitação, de uma vez por todas, de que a Administração e a advocacia pública não podem perseguir interesses fazendários da máquina estatal – lícitos ou ilícitos – que colidam com os direitos fundamentais, os quais representam o núcleo do interesse público, uma vez que traduzem as mais importantes aspirações de toda a coletividade.<sup>1248</sup> A fundamentação para se chegar a essa conclusão e as implicações que dela derivam foram expostas no Capítulo 6, item 6.2., subitem 6.2.2. O que aqui se pretende ressaltar, a título de complementação daquilo que antes já foi dito, é a vinculação dessa premissa com o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF) e com uma das consequências jurídicas dele decorrente, que ora se analisa: a vedação estatal de atuação contrária a tais direitos.

Em outras palavras: quando os agentes e advogados públicos defendem o Estado em pleitos administrativos ou ações judiciais – sejam os interesses estatais em jogo juridicamente legítimos ou não – de forma contrária a pretensões jurídicas jusfundamentais do cidadão, tal atitude implica um comportamento vedado pela Constituição: ofensa a direitos fundamentais. Quanto aos interesses ilícitos do Estado (*v.g.*, não pagar indenização efetivamente devida ao particular, derivada da prática de um dano pela Administração), a assertiva é mais do que evidente: o Poder Público não poderá persegui-los, uma vez que são contrários ao Direito. Mas a intelecção ora proposta vale também para os interesses lícitos: por mais que não sejam vedados pelo sistema normativo, se eles conflitam com os direitos fundamentais (que constituem o interesse público, titularizado pela coletividade) eles deverão sucumbir. É o caso do interesse estatal de lograr êxito em todas as demandas judiciais em que ele figura: como parte passiva no processo, o ordenamento jurídico lhe assegura os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Cuida-se, pois, de interesse juridicamente legitimado, eis que respaldado pelo sistema constitucional. Mas quando o seu exercício pelo Estado importar, no mérito da demanda, uma postura conducente a uma decisão judicial contrária aos direitos fundamentais do cidadão, o Poder Público se verá proibido de desempenhá-los.

Um bom indício para que a Administração verifique se deve ou não perseguir os seus interesses secundários (lícitos, porque se forem ilícitos logicamente jamais poderá fazê-lo) é a existência de pacificada jurisprudência nos tribunais que conclua pela existência dos direitos postulados pelos particulares. Havendo reiteradas decisões no mesmo sentido, atestando a procedência das pretensões jurídicas dos cidadãos, não se justifica que o Poder Público siga, em sede administrativa ou judicial, rejeitando os pleitos dos indivíduos. Note-se que se assim o fizer o prejuízo será inclusive maior para o Estado, pois se verá obrigado a responder ações judiciais, mover as suas procuraturas para proporcionar-lhe a defesa em juízo e investir recursos humanos e financeiros para uma empreitada fadada ao fracasso. E isso sem contar com as despesas com honorários de sucumbência dos advogados privados e com o pagamento de juros de mora.

Em situações como as acima narradas, os administradores e advogados públicos devem invocar o direito fundamental à tutela administrativa efetiva do particular para fundamentar a sua

---

<sup>1248</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 148; MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010. p. 180 e 196.

conduta. Devem indicar, como justificativa para o comportamento administrativo contrário aos interesses secundários da pessoa jurídica estatal, a obrigação que incide sobre o Poder Público de tutelar de maneira efetiva (espontânea, integral e igualitária) os direitos fundamentais do cidadão. A motivação do ato nesse sentido terá o condão de afastar qualquer instauração de processo administrativo disciplinar ou de ação de improbidade administrativa contra o agente ou procurador público, haja vista que nenhum dos deveres funcionais terá sido descumprido e nenhum ato de improbidade haverá sido praticado. Pelo contrário: é a ação ofensiva aos direitos fundamentais que deveria ser reputada como uma conduta antijurídica do agente ou advogado público, por importar infração à Constituição.

(b) O *respeito* aos direitos fundamentais pela Administração Pública não será de fato garantido se esta se limitar a observar o conteúdo explícito das normas constitucionais que os veiculam e as previsões expressas dos textos legais que os regulamentam. É essencial que sejam respeitados todos os contornos jurídicos desses direitos, os quais são traçados não apenas pela dicção literal dos enunciados normativos constitucionais, legais e administrativos, mas também pelo teor implícito contido nessas disposições, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos. O que compete à atividade administrativa, pois, é identificar todo o conteúdo do direito fundamental, o qual é delineado: (i) pelo *bloco de constitucionalidade*, formado tanto pelos dispositivos constitucionais em sentido formal, quanto por outras normas (implícitas ou não) que devam ser *materialmente* elevadas ao nível hierárquico da Constituição por ostentarem valor constitucional; (ii) pelas *leis e atos administrativos normativos* que disciplinem o direito fundamental, cuja observância será devida pela Administração por conta dos princípios da legalidade administrativa e da autovinculação.

A noção de *bloco de constitucionalidade* surge no Direito francês na década de 1970, em decisão do Conselho Constitucional que admitiu a normatividade do Preâmbulo da Constituição de 1958 e das demais fontes jurídicas às quais ele se reporta, o que acabou por conduzir ao reconhecimento do valor constitucional da liberdade de associação, direito não inscrito textualmente na Lei Fundamental em vigor. Desde então, as disposições de todos os documentos normativos referidos no Preâmbulo constitucional francês passaram a ser consideradas como normas integrantes da Constituição, tão juridicamente aplicáveis quanto as que efetivamente constam do seu corpo. A expressão “bloco de constitucionalidade”, no entanto, jamais foi empregada pela jurisprudência constitucional, tendo aparecido somente no meio doutrinário a partir de um trabalho de Louis Favoreu.<sup>1249</sup> O autor inspirou-se na locução “bloco da legalidade”, habitualmente utilizada no Direito Administrativo por autores como Maurice Hauriou para aludir ao plexo de normas que não decorriam da lei formal, mas que eram igualmente de observância obrigatória para a Administração Pública (tais como os regulamentos<sup>1250</sup> e os então chamados “princípios gerais do Direito”).<sup>1251</sup>

<sup>1249</sup> FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: **Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann**. Paris: Cujas, 1975. p. 33.

<sup>1250</sup> A respeito do tema, assim se manifestou Maurice Hauriou: “Se a violação de um regulamento orgânico enseja indenizações reparatórias de danos, se ela enseja nulidade de decisões administrativas ou reforma de julgamentos que aplicaram mal o regulamento, assim como se houvessem aplicado mal a lei, percebe-se que o regulamento orgânico penetra no *bloco da legalidade* por todas as vias que conduzem a isso. O regulamento orgânico se converteu, pela jurisprudência, um elemento da legalidade”. HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits**: publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 49.

<sup>1251</sup> FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990. p. 46-47.

Atualmente, o termo “bloco de constitucionalidade” designa, no Direito francês, o conjunto de elementos normativos aos quais se reconhece hierarquia constitucional, ainda que não se encontrem formalmente escritos no texto da Constituição de 1958. Esse complexo de normas funciona como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Conselho Constitucional. Seus componentes são múltiplos e hodiernamente compreendem, além do próprio texto da Constituição de 1958 (inclusive o seu Preâmbulo), o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os ditos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”,<sup>1252</sup> outros princípios e objetivos de valor constitucional identificados pelo *Conseil Constitutionnel*,<sup>1253</sup> bem como a Carta do Meio-Ambiente incorporada ao Preâmbulo da Constituição vigente em 2005. Todas essas parcelas do bloco situam-se no mesmo patamar hierárquico-normativo – isto é: em nível constitucional – inexistindo relação de superioridade/inferioridade entre elas.

Essa ideia construída pioneiramente na França foi incorporada com sentido similar – ainda que adquirindo especificidades e contornos próprios – aos sistemas jurídicos de diversos Estados, tais como Espanha,<sup>1254</sup> Itália,<sup>1255</sup> México,<sup>1256</sup> Peru,<sup>1257</sup> Colômbia,<sup>1258</sup> Argentina,<sup>1259</sup>

<sup>1252</sup> VEDEL, Georges. La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité. In: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence**: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1989. p. 52.

<sup>1253</sup> Mencione-se como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, não inscrito no texto constitucional francês, mas guiado à condição de “princípio de valor constitucional” pelo *Conseil Constitutionnel* ao analisar as leis de bioética na decisão nº 94-343/344 DC de 27 de julho de 1994. Ampliar em: GIMENO-CABRERA, Véronique. **Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol**. Paris: LGDJ, 2004.

<sup>1254</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981; RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 27, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9-38, sep./dic. 1989; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. **Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto**, vol. 54, nº 1, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 61-98, ene./jun. 2006; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad. In: MORODO LEONCIO, Raúl; VEGA GARCÍA, Pedro de (Coords.). **Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú**. v. 4. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 2001. p. 2609-2622.

<sup>1255</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 123.

<sup>1256</sup> ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del. De la supremacía constitucional a la supremacía de convencionalidad. La nueva conformación del bloque de constitucionalidad en México. **Quid Iuris**, año 8, vol. 22, Chihuahua, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 93-118, sep./nov. 2013; DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí. El debido proceso en instrumentos internacionales y el nuevo bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. **Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia**, nº 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 167-194, jul./dic. 2012; MORALES MORALES, Alejandra Virginia. ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**, vol. 14, nº 27, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, p. 135-146, ene./jun. 2011.

<sup>1257</sup> HAKANSSON NIETO, Carlos. El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.) **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IV. México: UNAM/Marcial Pons, 2008. p. 763-780.

<sup>1258</sup> REINA GARCÍA, Óscar M. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. **Revista Derecho del Estado**, nº 29, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 175-214, jul./dic. 2012; REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 4, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 299-334, jul./dic. 2006; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 1, nº 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 231-242, ene./dic. 2005; RAMELLI, Alejandro. Sistema de

Uruguai,<sup>1260</sup> Panamá,<sup>1261</sup> República Dominicana,<sup>1262</sup> entre outros. E o mesmo ocorre no âmbito do Direito brasileiro. De acordo com o art. 5º, §2º da Constituição, o rol de direitos fundamentais do seu Título II não é taxativo, devendo-se atribuir também valor constitucional a outros direitos, que sejam “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Conforme se afirmou no capítulo anterior, consideram-se direitos *materialmente* fundamentais: (i) os expressamente positivados na enumeração do Título II da CF; (ii) os implícitos e subentendidos nos enunciados normativos desse mesmo apartado da Constituição; (iii) os proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional que se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iv) os previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (v) os que não estejam anunciados em texto normativo algum, mas que decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados.

Sendo assim, há que se admitir que a noção de *bloco de constitucionalidade* é plenamente operativa na ordem jurídica brasileira, uma vez que o próprio texto da Lei Fundamental de 1988 abre as portas da normatividade constitucional a outros direitos não explicitamente descritos no texto da Constituição, e que se acomodam, com valor *materialmente* constitucional, ao lado das disposições enunciadas de forma expressa. A aceitação dessa concepção ampliativa do conteúdo substancial da Constituição consolidou-se na doutrina nacional, como se denota do pensamento de Celso Lafer, Flávia Piovesan, Valerio de Oliveira Mazzuoli e Ana Maria D’Ávila Lopes.<sup>1263</sup> O mesmo se diga em relação à jurisprudência, cabendo destacar que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já atestou expressamente que os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário

fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia. **Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, nº 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 157-175, jul./dic. 2004.

<sup>1259</sup> MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino**. Buenos Aires: La Ley, 2003; CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común: La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 10, nº 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 193-230, jul./dic. 2012; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010. p. 241.

<sup>1260</sup> FORMENTO, Augusto, DELPIAZZO, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. **Revista de Derecho**, nº 18, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 101-113, jul./dic. 2010; BARBAGELATA, Héctor-Hugo. La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. **Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, nº 237, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 141-155, ene./mar. 2010.

<sup>1261</sup> HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nº 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 785-807, sep./dic. 1992.

<sup>1262</sup> REPÚBLICA DOMINICANA. El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso. Extracto de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 13 de noviembre de 2003. **Diálogo Jurisprudencial**, nº 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 27-50, jul./dic. 2007.

<sup>1263</sup> LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 15-18; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Constitucional Público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 694-695; LOPES, Ana Maria D’Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Seqüência: Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, nº 59, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 43-60, jul./dez. 2009.



integram o chamado bloco de constitucionalidade.<sup>1264</sup> É momento, portanto, de realçar o fato de que a Administração Pública se encontra proibida não apenas de violar o conteúdo dos direitos fundamentais que esteja claramente traçado nos enunciados normativos (formalmente) constitucionais e legais, mas também de ofender todo o teor desses direitos que derive do bloco de constitucionalidade, o qual amplifica e completa a sua significação e proteção jurídica.

Tal afirmação pode, em princípio, parecer de uma obviedade cabal, mas o fato é que essa compreensão não é manifestada na realidade prática. Em geral, o administrador se atém à roupagem que é conferida ao direito fundamental pela legislação regulamentadora, acabando por interpretar a Constituição à luz da lei, ao invés de interpretar a lei à luz da Constituição. Um exemplo claro comprova o que se está a dizer: o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo disciplinar.

O significado desse direito é amplíssimo e comporta uma série de desdobramentos, alguns previstos explícita ou implicitamente pela Constituição, outros pela legislação ordinária e outros por tratados internacionais de direitos humanos. Exemplificativamente, podem ser citados os seguintes elementos: (i) o dever de individualização e especificação das condutas no ato de instauração do processo; (ii) o caráter prévio da defesa; (iii) o direito de ser ouvido; (iv) o direito de oferecer e produzir provas; (v) o direito a uma decisão fundamentada; (vi) o direito à autodefesa, compreendendo o direito de presença e o direito de audiência; (vii) o direito à defesa técnica por advogado.<sup>1265</sup> Nenhuma dessas especificações está dita, com todas as letras, no corpo da Constituição, nem mesmo no art. 5º, LV, que enuncia o direito em apreço da seguinte maneira: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Mas elas se deduzem tacitamente da locução final do dispositivo (“com todos os meios e recursos a ela inerentes”). E alguma delas estão positivadas em convenções internacionais de direitos humanos incorporadas ao Direito brasileiro.

Foque-se no primeiro componente supradescrito: obrigatoriedade de individualização e especificação das condutas do acusado no ato inaugural do processo. Não está expressamente indicado na Constituição. E a Lei nº 8.112/90, na qual se encontra disciplinado o regime disciplinar dos servidores públicos federais, nada menciona sobre o assunto. Mas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi claríssima ao instituir essa garantia em favor do acusado. Em seu art. 8º, n. 2, “b”, assim determina o aludido tratado internacional: “Art. 8º. (...) n. 2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) b) *comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*”. Não se trata de uma notificação qualquer: ela há de ser *pormenorizada, detalhada, específica e prévia*. Ao interpretar tal dispositivo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou o entendimento de que “a descrição material da conduta imputada contém os dados fáticos

<sup>1264</sup> Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91361. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.09.2008. DJe-025, divulgado em 05.02.2009, publicado em 06.02.2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87585. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-118, divulgado em 25.06.2009, publicado em 26.06.2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009, publicado em 05.06.2009.

<sup>1265</sup> Nesse sentido, e inclusive no que diz respeito à inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF que afirma ser desnecessária a defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010. p. 36.

recolhidos na acusação, que constituem a referência indispensável para o exercício da defesa do imputado e a consequente consideração do julgador na sentença. Daí que o imputado tenha direito a conhecer, através de uma *descrição clara, detalhada e precisa*, os fatos que se lhe imputam”.<sup>1266</sup>

Mas a Administração Pública e os tribunais brasileiros insistem em ignorar solenemente essa previsão, que logicamente é peça fundamental que compõe os direitos ao contraditório e à ampla defesa, já que o art. 5º, §2º da CF assegura, em benefício dos cidadãos, a incidência dos direitos humanos dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. O Superior Tribunal de Justiça, sem o menor constrangimento, consolidou uma avalanche de decisões que afirmam exatamente o contrário, isto é, que “no ato que inaugura o processo disciplinar é desnecessária a minuciosa descrição dos fatos a serem apurados”.<sup>1267</sup> Os acórdãos fazem questão de registrar, já em suas ementas, que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que os atos administrativos de instauração dos processos administrativos disciplinares não demandam uma descrição minudente e detalhada”.<sup>1268</sup> Entende a Corte que somente após o encerramento da fase de instrução probatória – vale dizer, quando todas as testemunhas já terão sido ouvidas e todas as provas documentais e periciais já houverão sido produzidas – é que será necessária a confecção de um termo de indiciamento, indicando as condutas e o ilícito administrativo que estão sendo imputados ao servidor acusado.

O processo administrativo disciplinar na esfera federal se desenvolve, nos termos da Lei nº 8.112/90, em três fases: (i) instauração; (ii) inquérito; e (iii) julgamento. A segunda fase – (ii) inquérito – compreende (ii.i) instrução; (ii.ii) defesa; (ii.iii) relatório (art. 151, II). Ou seja: se o acusado for esperar o final do inquérito para saber com precisão quais ilicitudes lhe estão sendo imputadas, jamais poderá inquirir testemunhas ou produzir provas documentais e periciais que robustecem sua defesa, porque a oportunidade para fazê-lo já terá precluído. É mais do que evidente que o servidor só saberá quais provas lhe serão úteis quando tiver plena ciência do que está sendo acusado. De que adianta conhecer com detalhes a acusação que lhe está sendo assacada somente no indiciamento, se em tal momento já não é mais possível produzir novas provas? Mas para o STJ isso não interessa: vale mais a ordem das etapas fixada na lei do que a determinação do tratado de direitos humanos. Essa posição do Superior Tribunal de Justiça, que é seguida pela Administração Pública brasileira, revela-se francamente contrária aos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, pois infringe frontalmente o art. 8º, n. 2, “b” do Pacto de San José da Costa Rica – diploma que, segundo o Supremo Tribunal Federal, desfruta de hierarquia supralegal no ordenamento jurídico nacional.<sup>1269</sup> Para que haja verdadeiro *respeito* a tais direitos fundamentais, a Administração encontra-se *proibida* de instaurar processos disciplinares sem *pormenorizar*, já no ato inaugural, as condutas supostamente ilícitas que estão

<sup>1266</sup> Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia de 20 de Junio de 2005, pars. 67 y 68. PIOVESAN, Flávia (coord. geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008. p. 1217 (grifos ausentes no original).

<sup>1267</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 29.595/MS. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 16.08.2012. DJe 27.08.2012.

<sup>1268</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 39.361/MG. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 07.02.2013. DJe 19.02.2013.

<sup>1269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009.

sendo imputadas ao servidor público, sob pena de incorrer em violação de direitos humanos e acarretar responsabilização internacional do Estado brasileiro.<sup>1270</sup>

Outro exemplo de direito fundamental cujo conteúdo não tem sido respeitado em toda a sua amplitude pela Administração Pública brasileira – e lamentavelmente com o aval do Supremo Tribunal Federal – é o devido processo legal, nos casos de invalidação de atos administrativos garantidores de direitos (especialmente os de concessão de aposentadoria). A Constituição Federal assegura em seu art. 5º, LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Isso significa que a privação de *qualquer bem jurídico* do cidadão pelo Estado deve ser antecedida de um processo administrativo, que respeite todos os trâmites exigidos pelo ordenamento jurídico, tais como os já citados direitos ao contraditório e à ampla defesa. O direito fundamental ao devido processo legal constitui, nesse sentido, uma barreira jurídica que protege o indivíduo contra a anulação de atos administrativos que, mesmo eivados de vícios, gerem efeitos que lhe sejam favoráveis. A invalidação destes não pode ser operada sem que a pessoa tenha a oportunidade prévia de manifestar-se, demonstrando as razões fáticas e jurídicas pelas quais o ato deve permanecer intocado pelo Poder Público.

A Constituição não estipula textualmente a imprescindibilidade de se instaurar antes da anulação de atos administrativos ilegais um processo administrativo com a garantia do contraditório. Tampouco a lei de processo administrativo no âmbito federal o faz. Mas inúmeras leis estaduais determinam essa exigência, tornando explícito um desdobramento que já estava implícito na Constituição, eis que dedutível de uma interpretação conjugada dos incisos LIV e LV do art. 5º da CF de há muito realizada pela doutrina.<sup>1271</sup> Cite-se a Lei Estadual nº 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo. O diploma exige expressamente a instauração de processo administrativo prévio à invalidação de atos administrativos nos casos em que houver terceiros interessados, seja quando a invalidação for provocada, seja quando realizada *ex officio* pelo Poder Público.<sup>1272</sup> O mesmo ocorre na Bahia com a Lei Estadual nº 12.209/11,<sup>1273</sup> no Rio de Janeiro com a Lei Estadual nº 5.427/09<sup>1274</sup> e no Mato Grosso com a Lei Estadual nº 7.692/02.<sup>1275</sup> A obrigatoriedade de se

<sup>1270</sup> Acerca do tema, ver: RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>1271</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 83-87; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140-141; 232; 310-311; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243-244.

<sup>1272</sup> Lei Estadual nº 10.177/98 (Estado de São Paulo): “**Artigo 58.** O procedimento para invalidação provocada observará as seguintes regras: (...) **IV** - quando o parecer apontar a *existência de terceiros interessados, a autoridade determinará sua intimação, para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito*; **V** - concluída a instrução, *serão intimadas as partes para, em 7 (sete) dias, apresentarem suas razões finais*; (...). **Artigo 59.** O procedimento para invalidação *ofício* observará as seguintes regras: (...) **II** - o órgão jurídico opinará sobre a validade do ato ou contrato, sugerindo, quando for o caso, providências para instrução dos autos, e *indicará a necessidade ou não da instauração de contraditório*, hipótese em que *serão aplicadas as disposições dos incisos IV a VII do artigo anterior*”.

<sup>1273</sup> Lei Estadual nº 12.209/11 (Estado da Bahia): “**Art. 132.** O processo de invalidação obedecerá ao seguinte procedimento: (...) **II** - *quando for reconhecido, pelo órgão de consultoria jurídica, que os efeitos da invalidação atingirão direito individual, a autoridade competente determinará a intimação do interessado para apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias e para ter conhecimento dos termos da decisão*; **III** - após a conclusão da instrução ou, na hipótese prevista no inciso II deste artigo, *ultrapassado o prazo para apresentar alegações finais, a autoridade decidirá acerca da invalidação no prazo de 20 (vinte) dias, por despacho fundamentado*; (...)”.

<sup>1274</sup> Lei Estadual nº 5.427/09 (Estado do Rio de Janeiro): “**Art. 51.** A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode, respeitados os direitos adquiridos, revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade. **Parágrafo único.** *Ao beneficiário do ato deverá ser assegurada a oportunidade para se manifestar previamente à anulação ou revogação do ato*”.

assegurar um devido processo legal imbuído de contraditório e ampla defesa não advém das leis, mas sim dos direitos fundamentais proclamados pelo art. 5º, LIV e LV da Constituição, os quais, em razão do art. 5º, §1º, desfrutam de aplicação *imediate*. Portanto independem de mediação legislativa que descreva essa parcela do seu conteúdo que já poderia ser extraída da hermenêutica constitucional.

Esclareça-se que aqui não se está falando em decadência do “direito” da Administração de anular seus próprios atos ilegais ou inconstitucionais, de que trata o art. 54 da Lei nº 9.784/99. São categorias jurídicas distintas: uma coisa é o *devido processo legal*, outra é a *decadência da pretensão anulatória* da Administração.<sup>1276</sup> Ambas são escudos contra o desfazimento de atos administrativos viciados, mas favoráveis ao cidadão; porém, cada uma delas, para que seja configurada, requer a reunião de requisitos distintos. No que toca ao *devido processo legal*, de nada importa: (i) o nível de gravidade da antijuridicidade do ato administrativo que se pretende anular; (ii) a existência de boa-fé ou má-fé do beneficiário; (iii) o prazo que haja decorrido entre a sua expedição e o momento em que se realizará a invalidação. São fatores juridicamente *irrelevantes*. Em qualquer caso que se busque extinguir um ato que institui um benefício ao cidadão – seja ele ilegal ou inconstitucional, tenha ele sido praticado há um dia ou há cinquenta anos, de boa-fé ou de má-fé – o *respeito* ao direito fundamental ao *devido processo legal* impõe a instauração de um processo administrativo prévio, que assegure ao indivíduo o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O assunto entra em pauta com frequência na seara dos atos de aposentadoria dos servidores públicos, que após serem praticados pelo órgão ao qual o agente se encontrava vinculado (produzindo seus efeitos desde então), submetem-se a um posterior exame de legalidade para fins de registro efetuado pelos Tribunais de Contas, por força do art. 71, III da Constituição.<sup>1277</sup> Enquanto esse juízo de verificação não é emitido – e que na realidade brasileira costuma levar anos para ocorrer – o servidor já está em inatividade, fruindo dos efeitos do ato de aposentadoria com o recebimento regular de seus proventos. Se a Corte de Contas ao apreciar o ato concessivo de aposentadoria entender pela sua ilegalidade, seja por erro de cálculo ou por qualquer outro motivo, a sua anulação implicará uma *privação a um bem jurídico* do cidadão, e por isso atrairá a incidência do direito fundamental ao devido processo legal, nos termos do art. 5º, LIV da CF. E portanto, em face da interpretação combinada desse dispositivo com o art. 5º, LV da CF, será obrigatório à Administração Pública instaurar um processo administrativo anteriormente à extinção do ato, observando os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal, desprezando todo esse raciocínio, editou no ano de 2008 a Súmula Vinculante nº 3, com a seguinte redação: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, *excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão*”. A

<sup>1275</sup> Lei Estadual nº 7.692/02 (Mato Grosso): “**Art. 24** A Administração Pública Estadual deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, *sempre assegurando a ampla defesa e o contraditório*”.

<sup>1276</sup> A propósito do assunto, ver: GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Org.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 195-226.

<sup>1277</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 71.** O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) **III** - *apreciar, para fins de registro, a legalidade (...) das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório*”.

exceção criada pela Corte, com todo o respeito, é gritantemente inconstitucional. Violenta os direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Mais recentemente, o STF vem matizando essa posição, asseverando que se o processo de aposentadoria permaneceu estacionado no Tribunal de Contas por mais de cinco anos, contados da data de ingresso do feito na Corte de Contas, aí sim deverão ser garantidos ao aposentado os direitos ao contraditório e à ampla defesa em sede de processo administrativo.<sup>1278</sup> Ocorre que a imposição dessa condição limitativa – somente permitir o exercício de tais direitos se houver transcorrido o prazo de cinco anos – não possui embasamento jurídico algum. Ela não está na Constituição, nem nas leis, nem nos tratados internacionais de direitos humanos. Trata-se de uma medida ofensiva a um direito fundamental, pois interpreta a Constituição Federal de forma restritiva – e por que não dizer: *inventiva* – em prejuízo do cidadão.

Diversas outras situações poderiam ilustrar a temática vertente. De todo modo, o que se busca registrar é que *o respeito aos direitos fundamentais pela Administração Pública exige que esta identifique de forma completa todo o teor jurídico inerente a tais direitos, observando a integralidade das consequências jurídicas deles decorrentes, o que reclama uma interpretação sistemática de todas as normas que integram expressa ou implicitamente: (i) o bloco de constitucionalidade (que abrange não só o conteúdo explícito ou implícito da Constituição, mas também dos tratados internacionais de direitos humanos); (ii) a lei em sentido formal; (iii) os atos administrativos normativos.*

### 7.1.2. Ação administrativa “*contra legem*”: recusa de aplicação de lei atentatória aos direitos fundamentais

O segundo efeito de ordem *negativa* que se extrai do direito fundamental à tutela administrativa efetiva consiste na *proibição, imposta à Administração Pública, de aplicar leis cuja execução, no plano concreto, importe agressão aos direitos fundamentais ou acarrete outras formas de restrição ilegítima da esfera jurídica do cidadão.* Recorde-se que o segundo desdobramento do direito à tutela administrativa, proposto no Capítulo 6, consiste no fato de que ele *autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para a tutela efetiva dos direitos, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (praeter legem) ou contrariamente à lei (contra legem).* Essa atuação *contra legem*, conforme se frisou na definição ora formulada, é excepcional. Há que se investigar, portanto, quais são as exceções que comportam o seu emprego.

---

<sup>1278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31342. Relator Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgado em 30.10.2012. Acórdão Eletrônico DJe-241 divulgado em 07.12.2012, publicado em 10.12.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28723. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 28.08.2012. Acórdão Eletrônico DJe-182, divulgado em 14.09.2012, publicado em 17.09.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 27682. Relator Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 17.04.2012. Acórdão Eletrônico DJe-116, divulgado em 14.06.2012, publicado em 15.06.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Mandado de Segurança 24389. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 10.04.2012. Acórdão Eletrônico DJe-080, divulgado em 24.04.2012, publicado em 25.04.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 28520. Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma. Julgado em 20.03.2012. Acórdão Eletrônico DJe-066, divulgado em 30.03.2012, publicado em 02.04.2012.

O fundamento jurídico para se chegar a essa conclusão é o art. 5º, §1º da Constituição, que estabelece a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. O objetivo do constituinte com a inclusão dessa previsão no texto constitucional foi justamente o de impedir que a ausência de legislação ou a regulamentação legislativa inconstitucional fossem capazes de aniquilar a proteção adequada dos direitos fundamentais. Por essa razão é que eles incidem diretamente sobre as atividades estatais – não apenas sobre as funções legislativa e jurisdicional, mas também sobre a administrativa – visando a resguardar a órbita jurídica do cidadão contra excessos ou inoperâncias do legislador. Os direitos fundamentais não valem na medida da lei: eles valem independentemente da lei e até mesmo contrariamente à lei. A questão é saber como é que a Administração Pública irá implementar essa tutela imediata de tais direitos, já que pende sobre ela, além dos princípios da *supremacia da Constituição* e da *aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais*, também o princípio da *legalidade administrativa*.

Como antes se disse, a atividade administrativa encontra-se, no Estado Constitucional, subordinada ao princípio da *juridicidade*, o qual exhibe conteúdo mais amplo que o da *legalidade estrita*. Quando se afirma que a Administração se submete à lei e ao Direito, tal como proclamam algumas Constituições e, no Brasil, a Lei nº 9.784/99 (art. 2º, parágrafo único, I), está-se admitindo que a legislação infraconstitucional produzida pelo Parlamento não é o único parâmetro jurídico de validade da atuação administrativa.<sup>1279</sup> Amplia-se o universo normativo vinculante do agir do Poder Público, agregando-se ao lado da lei formal outros elementos de observância cogente, tais como as normas constitucionais explícitas e implícitas e os tratados internacionais de direitos humanos. O princípio da *juridicidade*, nesse influxo, abrange, em uma escala hierárquica descendente: (i) o princípio da *constitucionalidade* – dever de conformidade com a Constituição; (ii) o princípio da *convencionalidade* – dever de conformidade com as convenções internacionais;<sup>1280</sup> (iii) o princípio da *legalidade* – dever de conformidade com a lei

<sup>1279</sup> Assim entende Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, ao explicar o significado dessa previsão no sistema espanhol (o qual, aliás, inspirou o legislador brasileiro): “A Constituição Espanhola estabelece em seu artigo 103 que a Administração está vinculada, submetida, sujeita à lei e ao Direito. O constituinte quis deixar claro que Lei e Direito não são conceitos essencialmente identificáveis”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El Derecho Administrativo en el siglo XXI. Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 13, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 627-643, 2009. p. 632.

<sup>1280</sup> As convenções internacionais podem versar sobre direitos humanos ou não. Caso se esteja diante de um tratado que veicule essa espécie de direitos, a posição aqui adotada é a de que, por força do art. 5º, §2º da CF, a sua hierarquia normativa será a de normas *materialmente* constitucionais, independentemente de haverem ou não sido incorporados pelos trâmites descritos no art. 5º, §3º, CF. Portanto, o respeito a essas disposições seria devido tanto por conta do princípio da *constitucionalidade* como em razão do princípio da *convencionalidade*, os quais, em relação a essa matéria especificamente, encontram-se no mesmo patamar hierárquico-normativo. Caso se trate de uma convenção internacional que não verse sobre direitos humanos, acolhe-se no presente o estudo o entendimento de que eles se situam em um nível hierárquico *infraconstitucional*, mas *supralegal*. Estão abaixo da Constituição porque o art. 102, III, “b” da CF admite que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade dos tratados internacionais. E estão acima das leis federais à vista do que determinam os princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda* no Direito Internacional, bem como o que dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Tal dispositivo estabelece que “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”. Logo, as leis promulgadas posteriormente à incorporação do tratado não podem revogá-lo, o que força admitir que o princípio da *convencionalidade* situaria, em tais hipóteses, as disposições do tratado em uma posição *infraconstitucional* mas *supralegal*. Acolhe-se integralmente, nessa esteira, o entendimento defendido por Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103-138). O STF, no entanto, manifesta interpretação distinta: (a) os tratados internacionais *de direitos humanos* situam-se: (a.1) em patamar *constitucional*, se forem aprovados de acordo com o procedimento e quórum descritos no art. 5º, §3º da CF; (a.2) em nível *infraconstitucional* e *supralegal*, se tiverem sido incorporados ao Direito interno sem a observância de tais trâmites; (b) os tratados que *não versam sobre direitos humanos* encontram-se na mesma posição hierárquica que as *leis federais* (patamar da *legalidade*), as quais, se aprovadas posteriormente à sua incorporação, revogam as disposições

em sentido estrito; (iv) o princípio da *autovinculação* – dever de conformidade com os atos administrativos normativos.

A situação problemática que ora se pretende destrinchar concerne aos casos em que o princípio da *constitucionalidade* aponta para um sentido e o da *legalidade* indica um caminho diverso. Ou seja: a lei determina que a Administração Pública pratique um ato que contraria o conteúdo de uma ou mais normas constitucionais. O agente se vê, nessas hipóteses, forçado a escolher entre: (i) cumprir a lei e transgredir a Constituição; (ii) negar aplicação à lei e preservar a supremacia constitucional. Diante dessa aparente colisão entre os princípios da *constitucionalidade* e o da *legalidade*, qual deve ser a opção adotada pelo administrador? Haveria uma prevalência absoluta e *a priori* de um sobre o outro ou o embate entre eles reclamaria sempre uma ponderação no caso concreto?

Há duas situações que podem exigir a excepcional atuação administrativa *contra legem*, com vistas à proteção direta dos direitos fundamentais. A primeira delas – **(a)** – surge quando uma lei se afigurar inconstitucional no plano abstrato e, além disso, implicar restrição ou supressão de direitos do cidadão. Trata-se dos casos de recusa à aplicação de lei inconstitucional. A segunda – **(b)** – se verifica nos casos em que a aplicação de uma lei válida, cujo conteúdo não contraria a Constituição sob o prisma abstrato, implica *in concreto* ofensa aos direitos fundamentais. Convém examiná-las separadamente.

**(a)** A primeira questão a ser enfrentada consiste em saber se a Administração Pública detém legitimidade para negar execução à lei que, sob o ponto de vista *abstrato*, revele-se *inconstitucional*, mesmo ainda não tendo sido declarada como tal pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Cuida-se, pois, das hipóteses em que o Estado, no exercício de suas funções administrativas, depara-se com uma lei que regula as circunstâncias fáticas em questão – e que em tese deveria, portanto, incidir sobre aquela situação concreta – mas cujo conteúdo transgreda a Constituição.

A doutrina juspublicista nacional e estrangeira se divide em relação a esse ponto, oferecendo respostas diversas que merecem detida apreciação. Todavia, antes de se debruçar sobre os variados fundamentos de ordem favorável e contrária à prerrogativa administrativa de rejeitar a aplicação de lei tida por inconstitucional, releva apresentar o entendimento atual do Poder Público brasileiro a propósito da controvérsia, para que posteriormente se possa verificar se a solução hodiernamente acatada é, de fato, a mais ajustada ao sistema constitucional pátrio.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve reiteradas oportunidades para se manifestar acerca do tema. A posição majoritária da Corte, desde 1957, foi sempre a mesma: a de que o Poder Executivo não estava obrigado a cumprir as leis que considerasse inconstitucionais. Em diversas situações, o Tribunal atestou a legitimidade de atos administrativos gerais ou concretos expedidos por chefes do Poder Executivo que rejeitavam a aplicação de leis por eles reputadas inconstitucionais.<sup>1281</sup> Os fundamentos que

---

do tratado. Ver, sobre o tema: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004. Min. Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. Julgado em 01.06.1977. DJ 29.12.1977.

<sup>1281</sup> Uma análise pormenorizada de diversos julgados do STF pré-1988 acerca do tema é realizada por: MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. **Revista Forense**, v. 284, Rio de Janeiro, Forense, p. 101-119, out./dez 1983. p. 109-116. e por BARROSO, Luís Roberto. Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento. **Revista de Direito Administrativo**, nº 181-182, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 387-414, jul./dez. 1990. Um inventário um pouco mais sucinto é feito,

respaldavam tal entendimento eram, basicamente, o princípio da supremacia da Constituição, a consequente nulidade das leis que a contrariassem, bem como a inexistência de outras vias jurídicas para que o dirigente máximo do Poder Executivo pudesse garantir a integridade constitucional, afastando, de forma geral e abstrata, a eficácia produzida pelas normas legais inválidas mas ainda vigentes.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/1965, que conferiu legitimidade ao Procurador-Geral da República para provocar o STF a controlar abstratamente a inconstitucionalidade das leis, a jurisprudência da Corte passou a contar, em maior frequência, com votos de alguns ministros em sentido contrário ao posicionamento anteriormente consolidado. Neles se sustentava a ideia de que, com a inclusão da nova medida, competiria aos chefes do Executivo formular representação ao Procurador-Geral, pleiteando a provocação do Supremo Tribunal Federal para apreciar a compatibilidade da lei com a Constituição, descabendo-lhes, pois, recusar execução à norma legal. Essa posição, entretanto, manteve-se minoritária, não logrando alterar a inteligência da Corte.

A Constituição atualmente vigente ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por meio da qual se requer ao STF a declaração abstrata de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.<sup>1282</sup> Nesse elenco, além do já contemplado Procurador-Geral República, foram incluídos diversos outros órgãos, autoridades e entidades, entre os quais o Presidente da República e os Governadores dos Estados (art. 103, CF). Ampliou-se no âmbito doutrinário, de forma ainda mais reforçada, a argumentação nascida com a EC nº 16/1965, uma vez que a partir da nova Constituição os próprios chefes do Executivo federal e estadual passaram a poder iniciar pessoalmente o processo objetivo de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis.<sup>1283</sup>

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não teve a oportunidade de enfrentar diretamente a questão após a promulgação da Constituição de 1988. O mais próximo que chegou de fazê-lo foi através de um *obiter dictum* na decisão prolatada no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221, na qual o tema foi somente tangenciado, não constituindo um fundamento determinante do aresto. O assunto versado no processo era outro, mas em trecho do voto do relator que acabou constando da ementa restou consignado que “os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei

---

também, por: GASPARETTO, Patrick Roberto. **A Administração Pública frente à lei inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 208-212.

<sup>1282</sup> Para uma perspectiva contemporânea do instrumento, conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 99-116, abr./jun. 2010.

<sup>1283</sup> Posicionaram-se nesse sentido: ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, nº 91, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 117-122, jul./set. 1989. p. 120-121; COOK JÚNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, nº 136, Brasília, Senado Federal, p. 355-360, out./dez. 1997. p. 358; VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000. p. 317-328; SOARES, Humberto Ribeiro. Pode o Executivo deixar de cumprir uma lei que ele próprio considere inconstitucional? **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 50, Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, p. 519-151, 1997. p. 537.



que considerem inconstitucionais”.<sup>1284</sup> É de se frisar, no entanto, que no parágrafo anterior o Ministro Moreira Alves, incumbido da relatoria do feito, havia assinalado textualmente que “os Poderes Executivo e Legislativo podem *declarar nulos, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não leis ou atos com força de lei (...)*”. Acabou-se entendendo, nada obstante a ausência de uma afirmação contundente nesse influxo, que a Corte inclinou-se a manter o posicionamento que de há muito já havia sedimentado, no sentido de que é possível que o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos deixem de executar leis que repute inconstitucionais, ordenando os seus inferiores hierárquicos a agirem do mesmo modo.<sup>1285</sup> O acórdão serviu de precedente a julgados futuros de outros tribunais.<sup>1286</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, analisou frontalmente a temática em mais de uma ocasião no período pós-1988. No ano de 1993, reformou um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que assim havia decidido: “o controle da constitucionalidade da lei vigente no Brasil é função jurisdicional, não podendo a Administração Pública, após a sanção do chefe do Executivo e depois de aplicá-la, a pretexto de inquiná-la de inconstitucional, deixar de lhe dar cumprimento, pois nesse caso usurparia a função do Judiciário”. Essa decisão do TJGO havia atestado expressamente que “antes do pronunciamento judicial, defeso será à Administração negar cumprimento a norma vigente”.<sup>1287</sup> Em sede de recurso especial, o STJ modificou o acórdão do juízo *a quo*, em decisão ementada nos seguintes termos: “Lei inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”.<sup>1288</sup> No ano de 2009 a Corte Superior confirmou esse entendimento em outro processo, aduzindo que: “Os Chefes dos Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, por tomarem posse com o compromisso de guardar especial observância à Constituição da República (arts. 78 da CR/88 e 139 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), podem deixar de cumprir lei que entendam por inconstitucional, ainda que sem manifestação do Judiciário a respeito, decisão esta que vincula toda a Administração Pública a eles subordinada e que importa na assunção dos riscos que decorrem de suas escolhas político-jurídicas”.<sup>1289</sup>

<sup>1284</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 29.03.1990. DJ 22.10.1993.

<sup>1285</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 237.

<sup>1286</sup> Como é o caso dos dois julgados do Superior Tribunal de Justiça a seguir referidos.

<sup>1287</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Mandado de segurança coletivo nº 18-9/205. Relator Des. Jamil Pereira de Macedo. Segunda Câmara Cível. Julgado em 03.12.1991. DJe 23.01.1992.

<sup>1288</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 23.121/GO. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. Julgado em 06.10.1993. DJ 08.11.1993.

<sup>1289</sup> Confira-se a integralidade da ementa: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CHEFE DE EXECUTIVO QUE SUSPENDE O CUMPRIMENTO DE CERTAS NORMAS INTERNAS DE TCE POR CONSIDERÁ-LAS INCONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO SUBSEQÜENTE DE TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ELE DIRIGIDA. CHEFE DA POLÍCIA CIVIL QUE DEIXA DE CUMPRIR AS NORMAS DA CORTE DE CONTAS EM RAZÃO DA DECISÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO. CONDUTA ILEGAL NÃO-CONFIGURADA. 1. Discute-se nos autos a possibilidade e as conseqüências de descumprimento por Chefe da Polícia Civil de normas internas do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - doravante apenas TCE - consideradas inconstitucionais pelo Governador do Estado, com caráter vinculante para toda a Administração Pública estadual. 2. O recorrente sustenta que as normas internas TCE que determinavam o dever genérico de envio de editais de licitação à Corte de Contas foram consideradas inconstitucionais pelo Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, motivo pelo qual, na hipótese, não houve descumprimento do art. 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93, mas o cumprimento de determinação constante de parecer normativo apto a vincular toda a Administração Pública estadual. 3. Aduz, ainda, que o art. 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93 estabelece a necessidade de que o Tribunal de Contas, caso pretenda controlar certa licitação, requeria especificamente ao órgão ou à entidade competentes o envio do edital respectivo. Tratando-se de norma geral sobre licitações, tem-se

Em 2007, o Conselho Nacional de Justiça – órgão que, embora integre o Poder Judiciário, exerce a função *administrativa* de controle – expressou-se a respeito do assunto. Em voto proferido pelo então Conselheiro Alexandre de Moraes, pontuou-se que: “não há como exigir-se do chefe de qualquer dos Poderes, inclusive do Poder Judiciário, no exercício de suas funções administrativas, o cumprimento de lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar o seu cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional”.<sup>1290</sup>

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em seu Enunciado nº 03 – cuja redação foi alterada em 2011 – seguiu a mesma trilha, assim estabelecendo: “A lei reputada inconstitucional pela Procuradoria Geral do Estado em parecer a que se atribuam efeitos normativos por ato do Governador do Estado não deve ser cumprida pela Administração Pública Estadual direta e indireta, inclusive por suas empresas públicas e sociedades de economia mista”.

Dessa primeira aproximação, constata-se que a orientação dominante no Poder Público brasileiro, há mais de cinquenta anos, é a de que a recusa administrativa à aplicação de leis havidas por inconstitucionais é admitida pelo ordenamento jurídico, observadas as seguintes peculiaridades: (i) ela compete apenas aos chefes do Poder Executivo, que não poderão declarar a inconstitucionalidade da lei, mas apenas negar-lhe execução e determinar aos seus subordinados que também o façam, desde que o Poder Judiciário ainda não haja se manifestado em sentido oposto; (ii) trata-se de uma prerrogativa genérica, que não se limita a casos de inconstitucionalidades específicas (v.g., violação de direitos fundamentais), estendendo-se a qualquer situação de ofensa legal à Constituição; (iii) o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais, ao se valerem de tal prerrogativa, estão sujeitos à revisão judicial de seus atos e à responsabilização civil, administrativa e criminal que deles possa advir.

Tecidas essas considerações, impende refletir se essa solução é a que mais se acomoda à ordem constitucional em vigor. A posição que será aqui adotada, conforme se perceberá mais à frente, é a de que as duas primeiras premissas merecem ser revistas. Cinco questões deverão ser levadas em conta: (i) há uma competência administrativa regular e genérica para a rejeição de atos normativos inconstitucionais, exercitável sempre e independentemente da espécie de inconstitucionalidade? (ii) caso exista a possibilidade, mas não se trate de uma prerrogativa genérica, em quais hipóteses específicas ela pode ser empregada? (iii) cuida-se de uma competência de exercício facultativo, isto é, um simples poder, ou se trata de uma competência de exercício obrigatório (um *dever-poder*)? (iv) ela é conferida apenas aos chefes do Poder

---

competência privativa da União, razão pela qual as normas internas do TCE seriam inconstitucionais. 4. Precedente do STF. 5. Dessa forma, mesmo sem adentrar na discussão da inconstitucionalidade das normas internas do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro em face dos arts. 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93 e 22, inc. XXVII, da CR/88, é de fácil visualização que a simples existência de orientação emanada do Governador do Estado do Rio de Janeiro é suficiente para afastar a ilegalidade da conduta do recorrente - que, como Chefe da Polícia Civil da Secretaria de Estado de Segurança Pública, deixou de enviar edital de determinada licitação para controle do TCE. 6. Legal a conduta, nula a penalidade pecuniária imposta. 7. Não fosse isso bastante, o STF, analisando recurso extraordinário interposto também pelo ora recorrente, com fundamentos idênticos, já entendeu pela efetiva incompatibilidade das normas internas do TCE com a CR/88 (RE 547.063/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Primeira Turma, DJe 12.12.2008). 8. Recurso ordinário provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.675/RJ. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 13.10.2009. DJe 23.10.2009.

<sup>1290</sup> Excerto do voto do Conselheiro Alexandre de Moraes na decisão: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 343. Relatora Cons. Ruth Carvalho. 9ª Sessão Extraordinária. Julgado em 17.04.2007. DJU 27.04.2007.

Executivo ou também aos seus subordinados? (v) quais os requisitos a serem observados quando do seu manejo?

Iniciando-se com o primeiro questionamento, serão expostos a seguir: **(a.1)** os principais argumentos *contrários* à recusa administrativa de execução de leis inconstitucionais; **(a.2)** os mais relevantes argumentos *favoráveis* à legitimidade dessa prática. Cada um deles será objeto de apreciação crítica. No ponto **(a.3)** será então formulada a proposta a ser defendida na presente tese, buscando responder às cinco perguntas do parágrafo anterior – (i) a (v) – com a indicação das *hipóteses* em que se deve admitir o manejo da prerrogativa em apreço, dos *agentes competentes* para exercitá-la, do seu caráter *vinculado* ou *discricionário* e dos *requisitos* a serem respeitados pela Administração Pública. Nesse terceiro momento – (a.3) – serão também apreciados diversos *exemplos concretos* que podem reclamar essa espécie de prática administrativa.

Cabe ressaltar, antes de começar, o fato de que há uma multiplicidade de elementos contrários e favoráveis ao reconhecimento de uma competência de rejeição, por parte da Administração Pública, de leis que se lhe afigurem inconstitucionais. Em ambos os lados há alguns argumentos mais robustos, outros mais frágeis. O que se buscará nas próximas páginas é desenvolver uma síntese dos principais prós e contras que, a partir da leitura de textos sobre a temática, foram aqui considerados como os mais relevantes para sustentar uma ou outra posição. Não se pretende de modo algum esgotar o assunto, que já foi objeto de extensas e minuciosas obras monográficas, às quais se remete para a verificação de outros fundamentos que, embora interessantes, não serão expostos no presente trabalho.<sup>1291</sup>

**(a.1)** Entre os múltiplos *argumentos contrários* à admissibilidade de uma prerrogativa administrativa de negar execução à lei tida por inconstitucional, cumpre examinar oito deles, a saber: **(i)** o princípio da legalidade administrativa; **(ii)** o princípio da separação dos poderes; **(iii)** a presunção de constitucionalidade das leis; **(iiii)** a inexistência de uma competência expressa na Constituição; **(iv)** a possibilidade de controle prévio pelo veto do chefe do Poder Executivo; **(v)** a legitimidade ativa do Presidente da República e dos Governadores de Estado para suscitar o controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade; **(vi)** a previsão constitucional de crime de responsabilidade do Presidente da República em caso de descumprimento da lei; **(vii)** os riscos de anarquia, insegurança jurídica e arbitrariedades da Administração Pública.

Cada um será analisado separadamente, com a exposição de contra-argumentos que a eles se opõem e que se apresentam como fundamentos aptos a legitimar a possibilidade de a Administração Pública deixar de aplicar a lei inconstitucional, ainda que de forma excepcional e mediante a observância de uma série de critérios, que serão indicados posteriormente no ponto (a.3).

**(i)** *Primeiro* argumento contrário: *por força do princípio da legalidade administrativa, que tem por objetivo impedir o arbítrio estatal e proteger as liberdades individuais, a*

<sup>1291</sup> CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos:** limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa; MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade:** contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e Administração Pública no Estado Social de Direito. Coimbra: Almedina, 2004; GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no Direito português e no Direito brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 149-286.

*Administração Pública se encontraria obrigada a agir sempre “secundum legem”, sendo-lhe vedado atuar “contra legem” ou “praeter legem”.*

A submissão da Administração Pública à lei em sentido formal, aprovada pelo Parlamento, constituiu um dos pilares fundamentais da versão liberal do Estado de Direito,<sup>1292</sup> cujo ápice se manifesta no século XIX. A ideia que subjaz à formulação do princípio da legalidade administrativa repousa sobre o anseio dos revolucionários burgueses de impedir interferências abusivas do Estado no espaço de autonomia dos particulares, ofendendo com isso suas liberdades individuais. Somente a lei, fruto da vontade geral do povo expressada através de seus representantes democraticamente eleitos, teria legitimidade para impor limites à atividade administrativa, pois sendo o povo simultaneamente autor e destinatário das normas legais, não seria racionalmente possível que o seu conteúdo fosse injusto ou contrário às liberdades fundamentais. Essa fórmula ganhou enorme profusão e, inclusive, um acentuado grau de dogmatização, logrando permanecer, com maior ou menor intensidade, no ideário jurídico dos Estados de Direito contemporâneos.

Com apoio nessa racionalidade, há quem sustente como óbice à recusa da Administração Pública em aplicar lei que repute inconstitucional o fato de que ela se encontraria subordinada “à restrita legalidade, ou seja, só lhe é concedido promover o que esteja rigorosamente previsto em lei”, havendo uma “irrestrita vassalagem” do Poder Executivo em relação ao Legislativo.<sup>1293</sup> Sob ponto de vista mais ameno, outros autores invocam o mesmo princípio da legalidade administrativa para opor reservas à existência de uma competência administrativa de rejeição, argumentando que, no choque entre a lei e a ordem constitucional, haveria uma “prevalência tendencial do princípio da legalidade” (em face do princípio da constitucionalidade) a ser observada pela Administração,<sup>1294</sup> que estaria direta e primariamente vinculada à lei formal, e apenas secundariamente à Constituição.<sup>1295</sup>

Esse argumento, asseverando a preponderância da legalidade sobre a constitucionalidade no âmbito da atividade administrativa, presta homenagem à *segurança jurídica*, visando a evitar possíveis excessos e desmandos da Administração Pública, mas o faz em detrimento da *justiça*, olvidando os sérios riscos de arbitrariedade do legislador. E isso porque a Constituição juridiciza os valores fundamentais comungados pela sociedade, “reservando para si as ‘ideias de justiça’ ou os princípios de justiça que a *experiência*

<sup>1292</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. f. 59.

<sup>1293</sup> ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, nº 91, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 117-122, jul./set. 1989. p. 118.

<sup>1294</sup> A expressão é de José Joaquim Gomes Canotilho, que só admite a possibilidade de a Administração desobedecer à lei em duas hipóteses: (i) “*leis inexistentes*, violadoras de direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime” (mais especificamente, os casos em que “a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em situação de estado-de-sítio podem ser suspensos”); ou (ii) “leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 444.

<sup>1295</sup> É a posição de Paulo Otero, que embora aceite exceções, afirma que “existindo uma lei, excepto no que diz respeito às normas constitucionais dotadas de aplicabilidade directa, os órgãos administrativos, ao invés do que acontece com os tribunais, encontram-se primeiro vinculados à lei e só depois à Constituição: o princípio da legalidade goza, salvo no âmbito da mencionada excepção, de preferência perante o princípio da constitucionalidade junto da Administração Pública”. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 671.

comunitária dos homens” acaba revelando.<sup>1296</sup> Como se viu no início deste capítulo, esse foi o motivo que levou, após a Segunda Guerra Mundial, à solução de conferir supremacia às Constituições, tornando o seu conteúdo material o principal critério axiológico para verificar a validade das leis, que deixa de ser aferida somente desde o ponto de vista formal de sua elaboração. A proposta de guindar as disposições constitucionais a um patamar hierárquico-normativo mais elevado, infenso à alteração por maiorias parlamentares simples e eventuais, baseou-se justamente na percepção de que, distintamente da mentalidade dominante no liberalismo oitocentista, o Poder Executivo não é o único possível ofensor dos direitos fundamentais. O legislador, em que pese estar respaldado pela representatividade popular, “é, também ele, um potencial «inimigo» das liberdades”.<sup>1297</sup> Daí a necessidade de proteger o cidadão não só contra as ingerências da Administração em sua esfera jurídica, mas também contra a elaboração de leis substancialmente injustas pelo Parlamento.<sup>1298</sup>

Diante disso se percebe que assegurar que a atuação administrativa siga fielmente os termos da lei não é sinônimo de garantia de respeito aos direitos fundamentais. Havendo desvio do legislador em cumprir com o que determina a Constituição, a obediência da norma legal pela Administração implicará concretização da injustiça abstratamente positivada no plano legislativo. Negar-lhe a possibilidade de verificar a compatibilidade constitucional da lei aplicanda significa obrigar-lhe a perpetuar a antijuridicidade já praticada pelo Parlamento. Ou seja: se no Estado Liberal de Direito essa saída – execução cega da lei pela Administração<sup>1299</sup> – resolvia o problema da transgressão estatal de direitos fundamentais, no paradigma do Estado Social e Democrático de Direito não se pode dizer o mesmo, uma vez que se aceita a falibilidade do legislador, que também é suscetível de praticar atos ofensivos à órbita jurídica dos cidadãos.

Diferentemente do positivismo legalista do século XIX, que não se importava em emitir juízos de valor a respeito das normas (se eram justas ou injustas) e cingia-se a realizar juízos de fato (se eram formalmente válidas ou inválidas),<sup>1300</sup> na perspectiva jusfilosófica contemporaneamente hegemônica o teor axiológico das leis é crucial para que se possa apreciar a sua validade jurídica. E a Constituição é o parâmetro utilizado para empreender essa verificação. O abandono da concepção de Direito anterior derivou de nefastas experiências históricas pautadas em um viés exclusivamente formalista da lei e do Estado de Direito. Consoante recorda Luís Roberto Barroso, os regimes totalitários nazi-fascistas “ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome de lei”. Em razão desses acontecimentos, na segunda metade do século XX a visão de um sistema jurídico “indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”.<sup>1301</sup>

<sup>1296</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1358.

<sup>1297</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 206.

<sup>1298</sup> A relação entre injustiça e inconstitucionalidade é tratada por: FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes/EDIPUCRS, 1989.

<sup>1299</sup> A norma jurídica para o positivismo – destaca Clèmerson Clève – é concebida como “algo pronto desafiante de mera aplicação (execução)”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

<sup>1300</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135.

<sup>1301</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 120.

Todas essas mudanças na Teoria do Direito e no Direito Constitucional, conforme se explicou no início deste capítulo, geraram impactos no Direito Administrativo. Reconhece-se que a lei é apenas um dos elementos normativos que norteia a atuação administrativa, entre outras fontes jurídicas que passaram a revestir-se de normatividade – inclusive superior à da legislação ordinária – como é o caso da Constituição, com suas regras e princípios expressos e implícitos, e das convenções internacionais de direitos humanos. Ao lado da *legalidade estrita*, figuram também como critérios de validade dos atos administrativos a *constitucionalidade* e a *convencionalidade*, além da *autovinculação* aos atos normativos praticados pela própria Administração, impondo a esta última o dever de respeitar em sua atividade esses quatro níveis de normatividade jurídica. Para sintetizar essa ampla gama de parâmetros jurídicos vinculativos ao agir administrativo, fala-se em princípio da *juridicidade* (ou *legalidade em sentido amplo*), que abrange todas as modalidades de amarras que prendem o agir do Poder Público ao Direito. Portanto, ainda que a Administração Pública permaneça submetida ao respeito à lei formal emitida pelo Parlamento, a alegação de sua sujeição ao princípio da legalidade administrativa, por si só, não parece argumento suficiente para inadmitir em termos absolutos que os órgãos administrativos possam deixar de aplicar leis que se afigurem inconstitucionais. A problemática é mais complexa do que isso.

(ii) *Segundo* argumento contrário: *a rejeição de leis pela Administração Pública violaria o princípio da separação de poderes, pois, de um lado, afrontaria a autoridade de um ato emanado do Poder Legislativo no exercício de sua função típica, e, de outro, usurparia a competência supostamente exclusiva do Poder Judiciário de controlar repressivamente a constitucionalidade das leis.*

Para que haja harmonia e independência entre os poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal, a ordem jurídica fixa as funções que tipicamente incumbem a cada um deles. Por conta dessa repartição de competências, é ao Poder Legislativo que compete inovar no ordenamento jurídico, criando direitos, obrigações e proibições ainda não previstos, com força jurídica vinculante à Administração Pública e aos particulares. E é ao Poder Judiciário que a ordem constitucional confia, como atribuição típica, a tarefa de fiscalizar de forma repressiva a conformidade das leis com a Constituição, declarando a nulidade daquelas que se mostrem contrárias às normas constitucionais. Por conta disso, alguns autores aduzem que a aceitação de que a Administração Pública possa desobedecer às ordens legislativas (que lhe são de observância obrigatória), exercendo uma atividade que segundo o texto constitucional não lhe compete (mas sim ao Judiciário),<sup>1302</sup> geraria uma afronta ao princípio da separação de poderes, o qual constitui uma das vigas mestras do Estado de Direito.<sup>1303</sup>

<sup>1302</sup> É o entendimento, já antes referido, que restou manifestado na seguinte decisão: “LEI INCONSTITUCIONAL – PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. I – O controle da constitucionalidade da lei vigente no Brasil é função jurisdicional, não podendo a Administração Pública, após a sanção do chefe do Executivo e depois de aplicá-la, a pretexto de inquiná-la de inconstitucional, deixar de lhe dar cumprimento, pois nesse caso usurparia a função do Judiciário. II – Se suscitada a inconstitucionalidade, antes do pronunciamento judicial, defeso será à Administração negar cumprimento a norma vigente” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Mandado de segurança coletivo nº 18-9/205. Relator Des. Jamil Pereira de Macedo. Segunda Câmara Cível. Julgado em 03.12.1991. DJe 23.01.1992). O acórdão, no entanto, foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do julgamento já citado anteriormente, registrado sob a seguinte ementa: “Lei inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 23.121/GO. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. Julgado em 06.10.1993. DJ 08.11.1993).

<sup>1303</sup> Nessa linha: MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. **Revista Forense**, v. 284, Rio de Janeiro, Forense, p. 101-119, out./dez 1983. p. 118-119;

Não se está, aqui, diante de um argumento desarrazoado. Mas ele deve ser interpretado com cautela, pois embora relevante, não é capaz de conduzir ao resultado a que se propõe: negar de forma incondicional a admissibilidade de uma inexecução administrativa de lei que transparea inconstitucionalidade. E isso por quatro razões. A *primeira*: “separação de poderes” não é um princípio abstrato, perene, que sobrevive aos séculos e às realidades concretas mantendo intocada a mesma fisionomia por ele adquirida em sua conformação liberal ao final do século XVIII.<sup>1304</sup> Portanto, não pode ser aplicado nos dias atuais com base em “esquemas conceituais anacrônicos”.<sup>1305</sup> É preciso aproveitar o fundamento subjacente a essa construção teórica – impedir a concentração de poderes em único órgão, evitando arbitrariedades – e adaptá-lo às especificidades de cada sistema jurídico-político. A garantia desse equilíbrio no exercício do poder e das funções estatais é proporcionada mediante a institucionalização de um arranjo que preveja mecanismos de controles recíprocos entre os blocos orgânicos do Estado, tradicionalmente denominados de Executivo, Legislativo e Judiciário.<sup>1306</sup> Mais do que em “separação de poderes”, fala-se hoje em um “sistema de freios e contrapesos”.<sup>1307</sup> Os caminhos para se fixar essa sistemática são muito diversos e dependem das opções adotadas concretamente por cada Constituição, em conformidade com o modelo de Estado vigente.<sup>1308</sup>

A *segunda* razão: tendo em vista o motivo precedente, hodiernamente se tem a consciência de que o Poder Legislativo pode ser tão perigoso quanto o Executivo. Como constata José Cláudio Carneiro Filho, “há tempos que o Executivo deixou de se apresentar como o carrasco, e o Legislativo ‘deixou de ser’ um herói infalível (se é que de fato um dia foi)”.<sup>1309</sup> E a afirmação da supremacia constitucional surge exatamente para proteger os indivíduos tanto da arbitrariedade do legislador quanto dos descomedimentos do administrador.

---

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 41; DUARTE, Clencio da Silva. Inconstitucionalidade de lei. **Revista de Direito Público**, nº 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 150-155, out./dez. 1967. p. 154; MARINHO, Josaphat. Leis inconstitucionais e o Poder Executivo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional: Defesa da Constituição**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, nº 75, São Paulo, Malheiros, p. 12-18, 1998. p. 17. No Direito argentino o argumento é empregado, entre outros, por: BUTELER, Alfonso. La interpretación de la Constitución en sede administrativa. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, RAP, p. 151-162, sep. 2012. p. 158; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D. La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración Pública. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coords.). **Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 12.

<sup>1304</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 406.

<sup>1305</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 16.

<sup>1306</sup> O tema é tratado de forma mais aprofundada em: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público**, nº 70, Belo Horizonte, Fórum, p. 37-73, nov./dez. 2011.

<sup>1307</sup> GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996. p. 36.

<sup>1308</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 221; MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade: contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e Administração Pública no Estado Social de Direito**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 287.

<sup>1309</sup> CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos: limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes**. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 73.

A *terceira* razão: o princípio da constitucionalidade incide sobre todos os setores do Estado. A submissão à Constituição aplica-se ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário. É exatamente para evitar que um dos poderes constituídos descumpra as normas constitucionais que devem ser admitidas hipóteses excepcionais de interferência de um deles nos atos praticados pelo outro que transgridam a Lei Fundamental. Do contrário, a afirmação da supremacia constitucional não teria razão de ser, pois os órgãos estatais poderiam vilipendia-la sem que nenhuma medida fosse tomada a respeito, vulnerando com isso tanto o Direito objetivo quanto as esferas jurídicas subjetivas dos cidadãos. Logo, a aplicação da lei pela Administração não pode ser realizada de forma cega, mecânica. A esta última compete também verificar a sua compatibilidade com o conteúdo da Constituição. Ao Poder Judiciário incumbe dar a *última* palavra a propósito da interpretação constitucional, mas não a *única*.<sup>1310</sup> Até que os órgãos judiciários sejam conclamados a exercer a função jurisdicional nesse sentido, os demais agentes públicos deverão interpretar as leis à luz da Constituição.

A *quarta* razão: não há que se falar em usurpação de competência exclusiva do Poder Judiciário porque o ato administrativo que negar aplicação a uma lei havida por inconstitucional não será definitivo. Ele não faz coisa julgada e, portanto, não desfruta de imutabilidade. Esta consiste no traço jurídico-formal que caracteriza a função *jurisdicional*, distinguindo-a das funções legislativa e administrativa sob o ponto de vista do Direito.<sup>1311</sup> Se o ato da Administração pode ser revisto, ele conserva sua natureza administrativa e assim não representa hipótese de exercício de função jurisdicional não autorizado constitucionalmente, não havendo que se falar em invasão de competência do Poder Judiciário.

(iii) *Terceiro* argumento contrário: *a lei, após ser promulgada, goza de presunção de constitucionalidade, a qual só poderia ser quebrada mediante pronúncia do Poder Judiciário em sede de controle repressivo de constitucionalidade, razão pela qual, enquanto isso não ocorresse, a Administração Pública estaria obrigada a aplicá-la mesmo que lhe reputasse inconstitucional.*

A comunidade jurídica, em geral, aceita a existência jurídica de uma presunção de constitucionalidade das leis. De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ela seria necessária “para a manutenção da ordem jurídica, pois seria um verdadeiro caos social se os indivíduos pudessem deixar de cumprir as leis toda vez que, em sua opinião, elas estivessem em conflito com as normas constitucionais”. E por esse motivo, deve-se “presumir que toda norma jurídica é constitucional, isto é, válida, até que seja comprovada, pelos órgãos competentes, a existência de vício, de inconstitucionalidade”.<sup>1312</sup> Ancorados nesse raciocínio, alguns autores afirmam que à Administração seria proibido deixar de aplicar uma lei havida por inconstitucional justamente em decorrência da presunção de sua constitucionalidade,<sup>1313</sup> entendendo que no

<sup>1310</sup> FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 218; MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 343; POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 132. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92.

<sup>1311</sup> É esse o único critério aceitável para diferenciar as funções legislativa, administrativa e jurisdicional no Estado contemporâneo. A explicação é dada por: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 32-36.

<sup>1312</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

<sup>1313</sup> COOK JÚNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, nº 136, Brasília, Senado Federal, p. 355-360, out./dez.



Brasil os órgãos competentes para elidi-la são os que integram o Poder Judiciário, e somente no exercício da função jurisdicional.<sup>1314</sup>

O argumento é incapaz de sustentar uma total inadmissibilidade de negativa administrativa de aplicação de lei considerada inconstitucional, já que se trata de uma presunção *juris tantum* (relativa) e não *juris et de jure* (absoluta).<sup>1315</sup> Ela pode ser infirmada a partir da demonstração, acompanhada de fundamentada argumentação jurídica, de que a normal legal infringe o texto constitucional.<sup>1316</sup> E isso é admitido de forma unânime por todos aqueles que aceitam o controle repressivo de constitucionalidade. A questão, portanto, circunscreve-se a saber se o Poder Judiciário detém com exclusividade a competência para verificar a compatibilidade das leis com a Constituição, e assim romper a sua presunção *juris tantum* de constitucionalidade, ou se os demais Poderes da República, no exercício da função administrativa, também ostentam essa prerrogativa (ainda que em caráter extraordinário), já que todos se encontram vinculados ao princípio da supremacia constitucional. O assunto já foi enfrentado no exame do *segundo* argumento contrário, em que se concluiu pela ausência de monopólio do Poder Judiciário para analisar a constitucionalidade das leis. Outros fundamentos para embasar essa intelecção serão expostos a seguir.

(iv) *Quarto* argumento contrário: a Constituição Federal não teria instituído uma competência expressa para que o Poder Executivo ou os órgãos da Administração Pública em geral se negassem a aplicar as leis e atos normativos que considerassem inconstitucionais.

É ao poder constituinte que compete estabelecer quais são as funções típicas e atípicas que incumbem a cada um dos Poderes do Estado e aos órgãos que os integram. A configuração da relação entre os poderes não é algo abstrato, que se possa deduzir de dogmas cristalizados e supostamente imutáveis. Ela é delineada pela Constituição, que fixa a articulação entre Executivo, Legislativo e Judiciário e institui os mecanismos de controles recíprocos imprescindíveis para garantir a supremacia e a normatividade constitucional. Com lastro nesse raciocínio, um grupo de autores alega que a Lei Fundamental brasileira encartou entre as atribuições típicas da função *judicial* a competência de controlar repressivamente a

1997. p. 358; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. t. I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 384. Na doutrina estrangeira, o argumento é utilizado por uma série de autores alemães, citados por André Salgado de Matos e por Rui Medeiros. Cf.: MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade**: contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e Administração Pública no Estado Social de Direito. Coimbra: Almedina, 2004. p. 258, nota nº 944; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 224-236.

<sup>1314</sup> VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000. p. 323; SIMÕES, Mônica Martins Toscano. O controle de constitucionalidade pela Administração Pública mediante recusa de cumprimento a lei por si reputada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 739. Parece ser essa também a posição de Regina Ferrari, quando afirma que “o controle *a posteriori* é o realizado pelos órgãos jurisdicionais, comuns ou especiais, no exercício de sua função principal, que é a de aplicador do direito. Este é o sistema adotado pelos Estados Unidos, Brasil e outros”. Mais adiante, assinala que “em decorrência da própria natureza da função judiciária, da aplicação das normas jurídicas segundo uma determinada hierarquia, (...) o órgão indicado para solucionar conflitos normativos é o Poder Judiciário”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...** *Op. Cit.*, p. 79-80.

<sup>1315</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 227-228.

<sup>1316</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Lei. Inconstitucionalidade manifesta. Recusa ao seu cumprimento pelo Executivo. Legitimidade desse procedimento. Veto já anteriormente manifestado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional**: Defesa da Constituição. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 530.

constitucionalidade das leis, razão pela qual somente uma previsão constitucional explícita poderia autorizar que os Poderes da República a desempenhassem atipicamente no exercício da função *administrativa*. Não seria admissível, pois, deduzir implicitamente do sistema constitucional uma competência atípica que não foi conferida de maneira expressa à Administração Pública e que nesse caso seria imprescindível, por tratar-se de uma incumbência anômala, extraordinária, estranha às suas funções regulares. Eventual interpretação ampliativa, nessa situação, estaria vedada pela Constituição.<sup>1317</sup>

Essa leitura deve ser levada em conta *cum grano salis*. Não se mostra nem totalmente procedente, nem completamente inaceitável. Ela acerta ao demonstrar que o encargo de fiscalizar a constitucionalidade das leis, culminando com a sua inaplicação caso se conclua pela sua invalidade, não é inerente às funções naturais da atividade administrativa. Se admitido o seu exercício, este há de ser tido como algo excepcional, por cuidar-se de medida atípica não admitida explicitamente no texto constitucional como uma competência ordinária da Administração Pública. Por conseguinte, não se trata de uma atitude que deva/possa ser realizada a torto e a direito pela máquina administrativa.

Mas de outra banda, esse *quarto* argumento contrário se equivoca ao supor que a falta de uma previsão constitucional expressa impediria completamente – em qualquer situação – os órgãos e agentes administrativos de se recusarem a aplicar leis inconstitucionais. Há outros fundamentos que dão suporte para o desempenho dessa competência de maneira extraordinária pelo Estado quando no exercício da função administrativa. É a própria Lei Maior, em seu art. 78, que obriga o Presidente e o Vice-Presidente da República a assumirem o compromisso de “manter, defender e cumprir a Constituição”.<sup>1318</sup> E o mesmo ocorre com os Governadores e Prefeitos, por exigência das Constituições estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal. Qual seria o sentido dessas previsões normativas se os chefes do Poder Executivo fossem obrigados a executar leis que *abalam, atacam e descumprem* a Constituição? Há uma segunda previsão constitucional que pode ser considerada como um fundamento específico e que não se limita às chefias do Executivo, aplicando-se à Administração Pública em geral: o art. 23, I da CF, segundo o qual é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “zelar pela guarda da Constituição (...)”. Essa disposição reafirma a evidência de que os princípios da *supremacia constitucional* e da *aplicabilidade*

<sup>1317</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, nº 75, São Paulo, Malheiros, p. 12-18, 1998. p. 17; ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, nº 91, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 117-122, jul./set. 1989. p. 117-118; MACHADO, Hugo de Brito. Aplicação de lei inconstitucional pela Administração. **Revista dos Tribunais**, nº 702, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 26-27, abr. 1994. p. 26; MARINHO, Josaphat. Leis inconstitucionais e o Poder Executivo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional: Defesa da Constituição**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 316-317. Cabe assinalar que a publicação original deste último artigo é datada de 1984, de modo que o autor se referia à Constituição de 1967, o que não traz qualquer repercussão nesse ponto, uma vez que, tanto quanto a Constituição de 1988, a que lhe antecedeu não continha enunciado expresso conferindo à Administração Pública competência para rejeitar leis tidas por inconstitucionais. O argumento da falta de uma competência específica para exercer a fiscalização da constitucionalidade também é usado por José Carlos Vieira de Andrade, embora o autor admita a rejeição administrativa da lei que se apresentar *evidentemente* inconstitucional, restringindo a prerrogativa aos órgãos superiores da Administração Pública, em casos de inconstitucionalidade *material*, além de outras condicionantes. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 202-204.

<sup>1318</sup> O argumento é utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para admitir essa prerrogativa aos Chefes do Poder Executivo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.675/RJ. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 13.10.2009. DJe 23.10.2009.

*imediate dos direitos fundamentais* vinculam todos os órgãos públicos, o que impõe à totalidade deles o respeito aos comandos da Lei Fundamental.<sup>1319</sup> A questão será retomada com maior detença no ponto (a.2), *infra*, quando se apresentar o (ii) *segundo* argumento favorável.

Vale referir, ainda, um terceiro contra-argumento: mesmo no que concerne ao controle jurisdicional repressivo de constitucionalidade, a Constituição Federal não confere competência expressa para que os juízes de primeira instância o exerçam. Aliás, por mais estranho que possa parecer, nem mesmo um órgão fracionário de um tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei (ou deixar de aplicá-la sob tal fundamento),<sup>1320</sup> já que o art. 97 da CF impõe um quórum qualificado para tanto.<sup>1321</sup> Vale dizer: de acordo com as previsões textuais da Constituição, um desembargador sozinho – ou mesmo acompanhado em um colegiado por mais dois, quatro ou quantos forem os que componham a sua turma ou câmara – não poderá exercer o controle de constitucionalidade. E ainda assim, sem que exista qualquer atribuição constitucional expressa de competência aos magistrados de primeiro grau, atualmente não se questiona o fato de que eles gozam, em virtude de competência implícita, dessa prerrogativa.<sup>1322</sup>

(v) *Quinto* argumento contrário: *o Poder Executivo não poderia deixar de aplicar uma lei que reputasse inconstitucional pelo fato de que a Constituição já lhe confere competência para realizar esse juízo previamente à promulgação do ato normativo, por meio do veto na etapa final do processo legislativo, de sorte que após esse momento já teria se operado a preclusão.*

A Constituição Federal estabelece, no art. 66, §1º,<sup>1323</sup> que após a aprovação do projeto de lei pelas duas Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional, compete ao Presidente da República sancioná-lo, se com ele estiver de acordo, ou vetá-lo (no todo ou em parte) caso o considere contrário à Constituição ou ao interesse público. O prazo para essa avaliação é de quinze dias úteis. O mesmo ocorre com os Chefes do Poder Executivo nos demais planos federativos (estadual, distrital e municipal). Diante disso, parcela da doutrina defende que, muito embora incumba também a tais autoridades públicas a guarda da Constituição, o desenho institucional traçado pelo ordenamento jurídico define o momento certo e o mecanismo específico para isso: previamente à entrada em vigor da lei e por meio do veto. Transcorrida essa oportunidade, a função de apreciar e decidir repressivamente sobre a (in)constitucionalidade das

<sup>1319</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 248; POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 132; GASPARETTO, Patrick Roberto. **A Administração Pública frente à lei inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 182.

<sup>1320</sup> A posição foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal com a Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>1321</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 97.** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

<sup>1322</sup> A discussão já se encontra sepultada, mas nem sempre foi assim. A propósito do debate acerca da possibilidade ou não de os juízes singulares declararem a inconstitucionalidade das leis, conferir: BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 59 *et seq.*

<sup>1323</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 66.** A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

leis e atos normativos escaparia das mãos da chefia do Executivo e se centraria com exclusividade na esfera de competência do Poder Judiciário.<sup>1324</sup>

O argumento não convence por pelo menos seis motivos. Em *primeiro* lugar, porque ele diz respeito somente ao Chefe do Poder Executivo, que é a autoridade que ostenta a prerrogativa constitucional de vetar os projetos de lei. Ocorre que, à exceção do Presidente, dos Governadores e dos Prefeitos, todo o resto dos agentes que integram os quadros da Administração Pública pode se deparar com a dúvida a respeito da consonância da lei com a Constituição. Ou seja: o fundamento não é válido para a vasta maioria dos servidores públicos, que não detém o poder de veto. Em *segundo* lugar, porque pode se tratar de uma lei cuja conformidade constitucional seja contestada pela Administração Pública de âmbito federativo diverso (v.g. lei federal impugnada pela Administração estadual; lei estadual questionada pela Administração municipal). O Prefeito Municipal e seus agentes subordinados não participam do processo legislativo estadual ou federal para poderem vetar as leis que reputeem inconstitucionais; o mesmo se diga acerca do Governador estadual ou distrital e seus inferiores hierárquicos em relação às leis federais. Não procederia, pois, o argumento de que eles já tiveram a oportunidade de exercer o juízo de constitucionalidade da norma.<sup>1325</sup> Em *terceiro* lugar porque, ainda que se trate do mesmo âmbito federativo, a lei pode ter sido sancionada em mandato anterior, por Presidente, Governador ou Prefeito diverso daquele que tem de aplicá-la, e que portanto não pôde vetá-la no momento oportuno.

Em *quarto* lugar, porque mesmo limitando a incidência do argumento ao dirigente máximo do Poder Executivo que sancionou a lei havida por inconstitucional, o prazo de que ele dispõe para desempenhar o juízo prévio de (in)constitucionalidade e apor o seu veto é curtíssimo. Diante da complexidade do sistema constitucional brasileiro, é natural que a uma primeira vista e de modo abstrato não seja possível perceber dentro de quinze dias úteis o vício contido no projeto de lei, que só virá à tona quando começar a ser aplicado na realidade concreta. Em *quinto* lugar, porque seria absolutamente irrazoável obrigar o Presidente, Governador ou Prefeito a insistir no erro por ele identificado após ter sancionado a lei, negando-lhe a possibilidade de corrigi-lo posteriormente e evitar um agravamento da violação à Constituição, que certamente ocorrerá com a proliferação de atos jurídicos inconstitucionais pautados na norma viciada. Uma autoridade que recebeu do texto constitucional os encargos de “manter, defender e cumprir a Constituição” (art. 78) e de “zelar pela guarda da Constituição” (art. 23, I) não pode ser forçada a permanecer de braços cruzados diante de uma afronta à Lei Maior por ela percebida. Em *sexto* lugar, porque o Presidente da República e os Governadores dos Estados e do Distrito Federal

<sup>1324</sup> Posição advogada por: DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição:** do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 162; MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. **Revista Forense**, v. 284, Rio de Janeiro, Forense, p. 101-119, out./dez 1983. p. 119; ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, nº 91, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 117-122, jul./set. 1989. p. 118; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, nº 75, São Paulo, Malheiros, p. 12-18, 1998. p. 15-16. Utilizando esse argumento para refutar a prerrogativa administrativa ordinária de recusa às leis inconstitucionais na Argentina: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D. La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración Pública. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coords.). **Derecho Administrativo:** Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 14.

<sup>1325</sup> Assim entende: CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos:** limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 77.

podem propor ação direta de inconstitucionalidade impugnando a compatibilidade constitucional de leis que tenham sido por eles sancionadas.<sup>1326</sup> Logo, seria um contrassenso dizer que teria precluído a sua oportunidade de considerar inconstitucional a lei em questão em face da sua concordância manifestada pela sanção, visto que se admite que eles possam fazê-lo *a posteriori* através dessa via.

(vi) *Sexto* argumento contrário: *considerando que desde a promulgação da Constituição de 1988 o Presidente da República e os Governadores dos Estados receberam legitimação ativa para deflagrar o processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal, não haveria mais razão para admitir que eles deixassem de aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais.*

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16/1965, inseriu-se no sistema constitucional brasileiro um mecanismo, até então inexistente, de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, com competência de julgamento concentrada no Supremo Tribunal Federal, cuja legitimidade para propositura circunscrevia-se ao Procurador-Geral da República: a ação direta de inconstitucionalidade. Ainda que tenha representado importante inovação, tratava-se, ainda, de uma legitimação extremamente restritiva, se comparada com a sistemática adotada pelo ordenamento constitucional vigente, que ampliou significativamente o rol de órgãos, entidades e agentes legitimados para dar início ao processo. Com o advento da Constituição de 1988, o Presidente da República e os Governadores dos Estados foram autorizados pelo art. 103 a ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Por meio do art. 2º, I da Lei nº 9.882/99, foram também formalmente legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), instrumento que permite a impugnação, em abstrato, da constitucionalidade de outras leis e atos normativos insuscetíveis de questionamento via ADI, tais como as leis municipais<sup>1327</sup> e as leis pré-constitucionais. Tais ferramentas admitem, inclusive, a concessão de medida liminar pelo STF, que mediante aprovação por maioria absoluta dos seus membros poderá suspender os efeitos da lei ou ato normativo questionado.

Em função do acesso dos dirigentes máximos do Poder Executivo federal e estadual a esses meios de desencadear o controle repressivo judicial da constitucionalidade das leis, oportunizado pela nova Constituição, parcela da doutrina passou a argumentar que não subsistiria mais qualquer motivo para aceitar a recusa administrativa de execução de leis inconstitucionais. Antes da EC nº 16/65 a alternativa até seria cogitável, pois eles se viam de mãos atadas frente à lei inconstitucional; após a inclusão da ADI pela emenda, ainda que com legitimação restrita, poderiam eles formular representação perante o Procurador-Geral da República para que desencadeasse o processo, o que já começou a ensejar questionamentos em relação à manutenção da possibilidade de rejeição de aplicação da lei.<sup>1328</sup> Mas em face do atual

<sup>1326</sup> Tal possibilidade é atestada por: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 171, nota nº 66; MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Informação Legislativa**, nº 134, Brasília, Senado Federal, p. 11-39, abr./jun. 1997. p. 20; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 188.

<sup>1327</sup> Sobre o tema, ver, por todos: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>1328</sup> Entre outros, já utilizavam esse argumento desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 16/1965: DUARTE, Clencio da Silva. Inconstitucionalidade de lei. *Revista de Direito Público*, nº 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 150-155, out./dez. 1967. p. 153-155; MARINHO, Josaphat. Leis inconstitucionais e o Poder

sistema constitucional – para esses autores – nenhuma dúvida persistiria: bastaria que o Presidente da República ou o Governador do Estado suscitasse a invalidação da lei que se lhe afigurasse inconstitucional através de ADI ou ADPF, postulando a supressão temporária de sua eficácia jurídica até a apreciação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, órgão dotado de explícita competência constitucional para o exercício dessa tarefa e revestido de maior capacidade técnica para realizar esse juízo. Não haveria, por isso, fundadas razões para continuar aceitando uma solução tão excepcional como a negativa de aplicação da lei considerada inconstitucional pela Administração Pública, se agora lhe é autorizado contestar a validade da norma pelas vias processuais adequadas e constitucionalmente estabelecidas de maneira explícita para essa finalidade.<sup>1329</sup>

De tal argumento é possível aproveitar o fato de que ele realça a existência de caminhos mais seguros para que o Presidente da República e os Governadores de Estado questionem a constitucionalidade das leis, o que inegavelmente reduz a amplitude da sua prerrogativa – se esta for admitida – de deixar de aplicar os atos normativos que a seu juízo sejam inconstitucionais. Todavia, ainda que seja esse um dos argumentos contrários mais utilizados na atualidade, ele não se mostra adequado para rechaçar por completo tal possibilidade por pelo menos duas razões. A *primeira*: a legitimação ativa para propositura das ações de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos não é conferida a todos os chefes do Poder Executivo, pois não contempla os Prefeitos Municipais. Se o fundamento para refutar a competência administrativa de negar execução a uma lei inconstitucional for a possibilidade de ajuizar ADI ou ADPF, o que supriria a necessidade de recorrer à alternativa extraordinária, ele valeria para o Presidente da República e para os Governadores, mas não para os Prefeitos. E então, conforme enfatiza Clèmerson Merlin Clève, seria admitido um “evidente paradoxo: em relação a algumas leis federais ou estaduais, os Prefeitos Municipais gozariam de posição mais vantajosa que o Presidente da República e os Governadores de Estado”.<sup>1330</sup>

A *segunda* razão: não são somente os titulares dos órgãos de cúpula do Poder Executivo que se deparam com leis inconstitucionais no desempenho de suas funções administrativas. Isso acontece cotidianamente com agentes que integram os quadros de toda a Administração Pública brasileira, seja das entidades da Administração direta, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos Tribunais de Contas ou no Ministério Público, seja dos entes da Administração

Executivo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional: Defesa da Constituição**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315-316.

<sup>1329</sup> Empregam tal fundamento: SOARES, Humberto Ribeiro. Pode o Executivo deixar de cumprir uma lei que ele próprio considere inconstitucional? **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 50, Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, p. 519-151, 1997. p. 537; ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, nº 91, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 117-122, jul./set. 1989. p. 120-121; COOK JÚNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, nº 136, Brasília, Senado Federal, p. 355-360, out./dez. 1997. p. 358; VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000. p. 317-328; MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Informação Legislativa**, nº 134, Brasília, Senado Federal, p. 11-39, abr./jun. 1997. p. 20. Este último autor, contudo, admite algumas exceções na página 18 do mesmo estudo.

<sup>1330</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 248. A observação é tecida também por: BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 93; TAVARES, André Ramos. A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador**, nº 1, Salvador, Universidade Católica do Salvador, p. 36-51, 2008. p. 43-44.

indireta. O argumento não tem validade, portanto, para a maior parte dos servidores que compõem o aparelhamento administrativo do Estado, os quais se veriam compelidos a propagar a inconstitucionalidade de uma lei cuja validade não poderiam questionar, multiplicando essa antijuridicidade máxima através da sua implementação concreta por meio de atos administrativos igualmente inconstitucionais.

(vii) *Sétimo* argumento contrário: *a Constituição Federal seria tão avessa à possibilidade de o Poder Executivo negar aplicação às leis – independentemente do motivo apresentado para tanto – que chegou a estabelecer, no art. 85, VII, que configuram crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra “o cumprimento das leis”.*

A Constituição brasileira de 1988, que adota o sistema de governo presidencialista, prevê a possibilidade de perda do cargo do Presidente da República (e de outras autoridades públicas) em situações de grave infração a alguns alicerces fundamentais da ordem constitucional. Tais hipóteses são indicadas no texto constitucional e tipificadas em lei como crimes de responsabilidade. Consistem em condutas de extrema seriedade, a ponto de justificar o desfazimento do vínculo existente entre o agente e o cargo público por ele conquistado (com o robusto respaldo da aprovação popular, quando se trata de ocupante de cargo eletivo, como os chefes do Poder Executivo). E uma das infrações que, segundo a Constituição Federal, autoriza a aplicação dessa drástica sanção é, precisamente, a prática de atos que atentem contra o cumprimento das leis (art. 85, VII, CF). Os Governadores dos Estados estão sujeitos a incorrer nos mesmos crimes de responsabilidade estipulados para o Presidente da República (art. 74 da Lei nº 1.079/50) e o art. 4º, VII do Decreto-Lei nº 201/67 estabelece como infração político-administrativa do Prefeito Municipal, passível de *impeachment*, “praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática”. Em face disso, há quem alegue ser esse um fundamento para rechaçar a admissibilidade de uma competência administrativa de recusa à aplicação de lei aparentemente inconstitucional, haja vista o repúdio manifestado pelo constituinte e consolidado pelo legislador ordinário em relação à possibilidade de descumprimento da lei pelo Poder Executivo.<sup>1331</sup>

O argumento não vinga por duas razões. Primeiramente, porque embora o art. 85, VII da Constituição se refira a atos que atentem contra o cumprimento das leis, o parágrafo único do mesmo artigo determina que tais crimes “serão definidos em lei especial”. O texto constitucional acena genericamente para os fins que a criação dos crimes de responsabilidade deverá atingir, mas delega ao legislador ordinário o encargo de especificar com precisão quais condutas se enquadrarão em tais infrações. E a Lei nº 1.079/50, recepcionada pela ordem constitucional vigente, não instituiu um tipo tão genérico como o descrito no art. 85, VII da CF. Ela tipificou como crime de responsabilidade diversos comportamentos ligados ao descumprimento das leis orçamentárias (art. 10), e ao tratar dos crimes contra a segurança interna do país definiu como infração o ato de “permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública” (art. 8º, inc. 7). Mas mesmo nesse último caso, considerando que a tese que prevalece no Direito Constitucional brasileiro é a da nulidade (e não anulabilidade) das leis inconstitucionais, conforme se verá mais adiante, logicamente que a Lei nº 1.079/50 está se

---

<sup>1331</sup> COOK JÚNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, nº 136, Brasília, Senado Federal, p. 355-360, out./dez. 1997. p. 358.

referindo às leis existentes e válidas, o que não é o caso daquelas inquinadas com o vício da inconstitucionalidade.

O segundo contra-argumento reside no fato de que o próprio *caput* do art. 85 da Constituição, antes de aludir a qualquer outra conduta, determina que são crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos “que atentem contra a Constituição Federal”. E a disposição é repetida no art. 4º, *caput* da Lei nº 1.079/50. Daí se denota a irrefutável evidência de que o constituinte reputou a violação à Constituição como a espécie mais reprovável de ato que pode ser praticado pelo chefe do Poder Executivo federal, o que implica deduzir que entendeu ser mais grave infringir o conteúdo constitucional do que inobservar as disposições legais que com ele colidam. Seria um contrassenso, pois, imaginar que o art. 85, VII da CF e o art. 8º, inc. 7 da Lei nº 1.079/50 estão se referindo também ao descumprimento administrativo de leis *inconstitucionais*, se a primeira conduta reprimida por tais diplomas normativos é justamente a ofensa à Lei Fundamental. Nesse sentido, José Cláudio Carneiro Filho pontua, com sobras de razão, que “seria ilógico e temerário imaginar que a Constituição preserve a lei infraconstitucional, mas não preserve ela própria”. Assinala, então, que aceitar que a Constituição Federal sancione o agente que descumpra a lei que lhe é hierarquicamente inferior, mas nada faça com aquele que transgide os próprios comandos constitucionais seria admitir um “sistema constitucional autofágico”.<sup>1332</sup>

**(viii)** *Oitavo* argumento contrário: *a aceitação de que a Administração Pública possa rejeitar a aplicação de leis que lhe pareçam inconstitucionais conduziria à anarquia e a uma grave insegurança jurídica, abrindo ensejo à ocorrência de práticas abusivas e autoritárias pelo Poder Executivo, que se desataria das amarras de contenção que lhe são impostas pelo Legislativo.*

A sujeição da Administração Pública às restrições fixadas pelo legislador tem o escopo de proporcionar segurança jurídica aos cidadãos, garantindo a previsibilidade dos atos do Estado a partir de uma atuação obrigatoriamente pautada na lei. Sendo esta a expressão da vontade popular, elaborada por representantes do povo democraticamente eleitos, a sua observância consistiria, em última análise, na salvaguarda da própria democracia. Essa fórmula visa a assegurar a estabilidade e a ordem na sociedade, impedindo possíveis excessos e arbitrariedades do Poder Executivo. Amparados nesse raciocínio, alguns autores manifestam fortes receios ao reconhecimento de que a Administração possa negar aplicação às leis que, em sua opinião, mostrem-se inconstitucionais. Argumentam que essa prática acarretaria sérios riscos à segurança jurídica e à confiança legítima dos cidadãos, gerando um cenário de incerteza dos indivíduos quanto à validade e aplicabilidade das normas jurídicas, suscetível de ensejar verdadeira anarquia. O perigo estaria, ademais, na amplitude das prerrogativas conferidas ao Poder Executivo, que se sobreporia ao próprio legislador, reunindo em torno de si uma concentração de poderes nociva à democracia e tendente ao autoritarismo.<sup>1333</sup>

<sup>1332</sup> CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos:** limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 137.

<sup>1333</sup> BUTELER, Alfonso. La interpretación de la Constitución en sede administrativa. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, RAP, p. 151-162, sep. 2012. p. 158; VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000. p. 322-326; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. t. I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 384; SARAIVA, Oscar. Declaração de inconstitucionalidade das leis: empresas de seguros: acionistas estrangeiros. **Revista Forense**, nº 116, Rio de Janeiro, Forense, p. 42-46, mar. 1948. p. 44-45;



São quatro os contra-argumentos que se opõem a esse receio. O *primeiro*: o risco de práticas abusivas vai depender das hipóteses excepcionais e restritas em que se admitir o uso da prerrogativa de recusa à execução de lei inconstitucional. Caso só se aceite essa prática com o fito de *proteger o cidadão e sua esfera jurídica*, o quadro muda de figura. A aplicação de leis inconstitucionais pela Administração Pública pode ser tão ou mais perigosa do que a sua inexecução. Pense-se no tema dos direitos fundamentais, objeto principal deste estudo. Não seria ainda mais temerário admitir que as leis lesivas a tais direitos devam ser obrigatoriamente aplicadas em sede administrativa? O risco, nesse ponto, pode vir a ser idêntico, ou mesmo pior. O que importa é identificar com cautela as situações em que a rejeição de aplicação da lei inconstitucional é extraordinariamente autorizada pelo Direito, buscando-se admiti-la apenas quando se tem em vista a tutela jurídica do indivíduo.

O *segundo* contra-argumento: no que toca à segurança jurídica, relacionada à certeza do cidadão quanto à validade ou não das normas jurídicas, é de se lembrar que no Brasil convivem os sistemas de controle jurisdicional difuso e concentrado de constitucionalidade. Enquanto a nulidade da lei não é pronunciada ou afastada pelo STF em decisão dotada de eficácia vinculante, os demais órgãos do Poder Judiciário podem deixar de aplicá-la. E é possível, por exemplo, que alguns juízes singulares entendam pela sua inconstitucionalidade e outros julguem de forma diversa.<sup>1334</sup> Aliás, dada a recorrência desse tipo de situação, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade, precisamente para resolver o estado de insegurança jurídica proporcionado pelo controle difuso de constitucionalidade. Se fosse válido o argumento de que a possibilidade de disparidade de decisões estatais sobre a validade das leis seria responsável por instaurar uma anarquia, o controle jurisdicional difuso teria de ser sacrificado. É evidente que o ideal é que a questão seja resolvida de maneira geral pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos vinculantes, inclusive para privilegiar o princípio da igualdade. Mas enquanto isso não ocorre, para garantir a supremacia da Constituição os juízes e tribunais devem negar aplicação às leis que considerem inconstitucionais – ainda que, lamentavelmente, não o façam sempre de modo uniforme.

O *terceiro* contra-argumento: somente a outorga de poderes sem a respectiva previsão de mecanismos de controle é capaz de conduzir à arbitrariedade. O ato administrativo que recusar aplicação à lei inconstitucional não é definitivo. Como qualquer outro ato fruto do exercício da função administrativa, ele está sujeito a controle judicial posterior. Por conseguinte, não há o que temer a respeito dessa possibilidade, já que eventuais abusos cometidos no desempenho da competência administrativa serão passíveis de correção e sanção pelo Poder Judiciário.<sup>1335</sup>

Daí deriva o *quarto* contra-argumento: os agentes públicos de todos os Poderes da República, ao manifestarem a função administrativa, sujeitam-se à responsabilização civil,

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. O controle de constitucionalidade pela Administração Pública mediante recusa de cumprimento a lei por si reputada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 740-742.

<sup>1334</sup> CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos**: limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 129.

<sup>1335</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 268; GASPARETTO, Patrick Roberto. **A Administração Pública frente à lei inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 207.

criminal e administrativa pelos seus atos.<sup>1336</sup> É lógico que a rejeição de execução de uma lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade não poderá ser leviana. Ela necessitará de amplo respaldo jurídico, exigindo farta fundamentação a ser elaborada por órgão responsável pela assessoria jurídica do agente que pretender negar aplicação à lei. Do contrário, tratando-se de simples hipótese de abuso de poder carente de qualquer amparo argumentativo, a autoridade que houver determinado a inobservância da lei será punida pelos ilícitos disciplinares, cíveis, penais e de improbidade administrativa que vier a praticar. Mas isso somente caso, de fato, venha a praticá-los, porque não será qualquer equívoco na interpretação da constitucionalidade da lei que importará, necessariamente, o enquadramento da conduta nos referidos ilícitos.

(a.2) No que toca aos *argumentos favoráveis* à verificação administrativa de compatibilidade da lei com a Constituição, e conseqüente rejeição da sua aplicação caso se identifique a existência de inconstitucionalidade, nove fundamentos merecem apreciação. São eles: (i) o princípio da constitucionalidade (supremacia da Constituição); (ii) a previsão expressa da submissão de todos os órgãos e entidades públicas à incumbência de zelar pela guarda da Constituição (art. 23, I e art. 78, CF); (iii) a falta de legitimidade dos Prefeitos Municipais para deflagrar o processo abstrato de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; (iv) a inexistência de risco de anarquia, diante da possibilidade de controle jurisdicional posterior e de responsabilização civil, penal e administrativa do agente; (v) a previsão constitucional de que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade produzem eficácia vinculante relativamente à Administração Pública (art. 102, §2º, CF); (vi) o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF); (vii) a nulidade absoluta (e não anulabilidade) das leis inconstitucionais; (viii) o princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, CF); (ix) a prevenção contra a concretização administrativa da inconstitucionalidade, evitando violações a direitos e posterior responsabilização estatal pela prática de ato administrativo inconstitucional.

Levando em conta que alguns deles já foram esmiuçados no ponto (a.1.) a título de contra-argumentação aos fundamentos contrários, serão feitas algumas remissões aos momentos em que tais argumentos foram trabalhados no ponto precedente, com o intuito de evitar repetições.

(i) *Primeiro argumento favorável: por força do princípio da constitucionalidade, que determina a supremacia da Constituição e o dever de conformidade de todas as normas jurídicas infraconstitucionais ao seu conteúdo formal e material, a Administração Pública não deve respeito apenas à lei em sentido estrito, mas também à Constituição.*

A Constituição assumiu, no paradigma do Estado Constitucional, a posição de Lei Fundamental, sobrepondo-se a todas as demais disposições normativas previstas no ordenamento jurídico e funcionando como o parâmetro de validade de todas elas. Os fundamentos para tanto já foram grifados anteriormente: percebeu-se que também o legislador poderia cometer arbitrariedades, criando leis formalmente válidas mas dotadas de teor injusto, antidemocrático e ofensivo a valores essenciais da sociedade, tais como a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Logo, de nada adianta assegurar que a Administração irá respeitar o que determinam as leis, se o conteúdo destas pode se apresentar como abusivo e atentatório contra

<sup>1336</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Lei. Inconstitucionalidade manifesta. Recusa ao seu cumprimento pelo Executivo. Legitimidade dêsse procedimento. Veto já anteriormente manifestado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional: Defesa da Constituição**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 530; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 267.

bens jurídicos fundamentais da vida comunitária, como a igualdade e a liberdade. É preciso também proteger o cidadão contra os desmandos do legislador. E é com esse propósito que se sustenta a supremacia da Constituição, que incorpora na forma de normas jurídicas os valores mais caros da comunidade, vinculando através de seus comandos toda a atuação estatal, no exercício de suas funções executiva, legislativa e jurisdicional. Remete-se, aqui, às explicações oferecidas como resposta ao (i) *primeiro* e ao (ii) *segundo* argumentos contrários exibidos no ponto (a.1), *supra*.

Nessa linha, a admissão – ainda que em caráter excepcional – de uma prerrogativa administrativa de negar aplicabilidade a uma lei que se afigure inconstitucional constitui decorrência lógica do princípio da constitucionalidade, que eleva a Constituição ao ápice de uma ordem de hierarquia normativa e incide sobre a Administração Pública tanto quanto sobre os demais setores do Estado.<sup>1337</sup> Afastar de forma absoluta a possibilidade de um juízo administrativo sobre a validade das leis implicaria conferir ao legislador o amplíssimo (e inaceitável) poder de nulificar a submissão da Administração à cogência suprema da Constituição, forçando-a sempre a aplicar cegamente a legislação infratora, mesmo ciente dos vícios que ela ostenta. Importaria admitir, de forma incompatível com os postulados do Estado Constitucional, que as normas constitucionais valeriam somente na medida de lei, ao invés de se compreender – adequadamente – que são as leis que só valem na medida de sua conformidade constitucional.

Os órgãos administrativos que implementam a lei inconstitucional incorrem na mesma violação à ordem jurídica que foi cometida pelo Poder Legislativo. E com um agravante: é muito mais fácil identificar os agentes que praticaram a inconstitucionalidade e cobrar deles suas responsabilidades. O ato administrativo que dá execução a uma lei contrária à Constituição é tão inconstitucional quanto aquele que cumpre a legalidade estrita mas transgredir a Lei Fundamental.<sup>1338</sup> Ambos são inválidos e passíveis de correção judicial, além de conducentes à responsabilização posterior daqueles que os expediram. A questão é saber os limites e os critérios a serem observados pela Administração Pública em situações como essa, os quais serão sugeridos mais à frente. O que importa sublinhar, desde já, é que a ampliação da vinculação jurídica da Administração à *juridicidade* e não somente à *legalidade estrita* faz com que ela deva conformar a sua conduta ao Direito como um todo, respeitando os diversos níveis de normatividade jurídica tendo em vista os seus diferentes degraus, os quais se organizam em escala hierárquica (da superior à inferior): (i) *constitucionalidade* (normas formalmente e materialmente constitucionais); (ii) *convencionalidade* (tratados internacionais); (iii) *legalidade estrita* (leis em sentido formal); (iv) *autovinculação* (atos administrativos normativos).

(ii) *Segundo* argumento favorável: *o dever de respeito primário à Constituição, derivado de sua supremacia e incidente sobre a atividade administrativa, encontra-se expressamente previsto pelo art. 23, I da CF, ao estabelecer como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “zelar pela guarda da Constituição”, e pelo art. 78, que compele o Presidente e o Vice-Presidente da República a assumirem o compromisso de “manter, defender e cumprir a Constituição”.*

<sup>1337</sup> MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade**: contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e Administração Pública no Estado Social de Direito. Coimbra: Almedina, 2004. p. 318-322; MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 167-169.

<sup>1338</sup> GASPARETTO, Patrick Roberto. **A Administração Pública frente à lei inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 198.

A alegação de que a Administração Pública não se encontraria diretamente vinculada à Constituição não recebe amparo do sistema constitucional brasileiro. A Lei Fundamental de 1988 foi claríssima ao dirigir a todas as entidades federativas, de forma genérica – e não apenas aos seus Poderes Legislativo e Judiciário – a incumbência de preservar a integridade constitucional. Uma interpretação sistemática confirma essa inteligência. Qual é o órgão, no Estado brasileiro, ao qual ninguém nega a competência de controlar a constitucionalidade das leis? Certamente, o Supremo Tribunal Federal. E qual foi a técnica utilizada pelo constituinte para lhe conferir essa atribuição? Ao definir suas competências, no art. 102, a Constituição dispõe no *caput* que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Trata-se, com ligeira diferença redacional, da mesmíssima locução empregada no art. 23, I. Por conseguinte, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de “zelar pela guarda da Constituição” não pode significar outra coisa senão o dever-poder de *assegurar a observância dos comandos constitucionais*. Afinal, “zelar pela guarda” é ser guardião. Note-se, pois, que a dicção do art. 23, I da CF não deixa brechas: ela atesta, literalmente, que *todos* os entes que integram a Federação brasileira são *guardiões da Constituição*. A tarefa não foi constitucionalmente outorgada apenas ao STF, mas sim – e por meio da mesma expressão vocabular – à totalidade dos órgãos e agentes que compõem o Poder Público brasileiro.

Se é assim – e assim o é – significa que as entidades federativas, no desempenho de quaisquer de suas funções – e portanto também no uso de suas competências administrativas – estão obrigadas a respeitar os mandamentos constitucionais. Se fossem compelidas, quando do exercício da função administrativa, a dar concretude às leis inconstitucionais, estariam elas *zelando pela guarda da Constituição*? Obviamente que não. Daí decorre a inequívoca permissiva constitucional para que os órgãos administrativos – porque igualmente sujeitos, tanto quanto os legislativos e os judiciais, ao dever disposto no art. 23, I da CF – examinem a compatibilidade das leis que incidem sobre a sua atividade com os princípios e regras constitucionalmente estatuídos. A depender da situação, consoante o preenchimento de determinados requisitos, estarão extraordinariamente autorizados a rejeitar a aplicação da lei inconstitucional.

Ao dispositivo mencionado soma-se o art. 78, segundo o qual o Presidente e o Vice-Presidente da República hão de assumir o compromisso de “manter, defender e cumprir a Constituição”. Esse dever recai também sobre os Governadores e Prefeitos, em decorrência das Constituições estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal.<sup>1339</sup> Seria racionalmente ilógico aceitar que uma autoridade administrativa que presta um compromisso desse jaez está obrigada a levar adiante uma infração à ordem constitucional, devendo, supostamente, aplicar a lei mesmo quando tenha plena convicção da contrariedade de seu teor com o conteúdo substancial da Lei Fundamental. Isso não seria manter, nem defender, nem cumprir a Constituição, mas sim quebrantá-la, agredi-la e desobedecê-la.

(iii) *Terceiro argumento favorável: os Prefeitos Municipais não detêm legitimidade ativa para deflagrar o processo abstrato de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Por isso, é inválido o argumento de que a legitimação conferida ao Presidente da República e aos Governadores de Estado pela Constituição de 1988 afasta a necessidade de uma prerrogativa administrativa de rejeição de leis inconstitucionais, uma vez que ele não se*

<sup>1339</sup> O argumento é também utilizado por TAVARES, André Ramos. A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador**, nº 1, Salvador, Universidade Católica do Salvador, p. 36-51, 2008. p. 43.

*aplicaria aos Prefeitos e seria um contrassenso admitir que estes dispusessem de um poder maior do que aqueles.*

O tema já foi explanado ao contestar o (iv) *sexto* argumento contrário no ponto (a.1), *supra*, ao qual se reporta neste momento para uma ampliação dessa explicação.

(iv) *Quarto* argumento favorável: *inexiste o risco de anarquia supostamente derivado do descumprimento de leis inconstitucionais pela Administração Pública, diante da possibilidade de controle jurisdicional posterior e de responsabilização civil, penal e administrativa do agente que rejeitar a aplicação da lei.*

Os fundamentos para se chegar a essa afirmação foram expostos na contra-argumentação alinhavada em face do (viii) *oitavo* argumento contrário do ponto (a.1), *supra*.

(v) *Quinto* argumento (supostamente) favorável: *o art. 102, §2º da Constituição estabeleceu que as decisões definitivas de mérito prolatadas pelo STF em sede de ADI ou ADC, que declararem a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, produzem efeito vinculante sobre a Administração Pública. Por esse motivo, seria de se presumir que o constituinte admitiu, implicitamente, a hipótese de que os órgãos administrativos possam negar aplicação à lei inconstitucional, pois do contrário a previsão específica de que os efeitos vinculantes atingem a Administração não faria sentido.*

O art. 102, §2º da CF, cuja redação atual foi conferida pela EC nº 45/2004, estipula que: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante, relativamente* aos demais órgãos do Poder Judiciário e à *administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”. A referida emenda constitucionalizou a previsão que já havia sido estabelecida pelo legislador no art. 28 da Lei nº 9.868/99. Por conta da afirmação expressa de que as decisões definitivas de mérito do STF sobre a (in)constitucionalidade de leis ou atos normativos, exaradas em sede de ADI ou ADC, são vinculativas também à Administração, alguns autores passaram a sustentar que havia uma pressuposição de que enquanto não sobreviesse a decisão da Suprema Corte, os órgãos administrativos estariam autorizados a deixar de aplicar as leis que reputassem inconstitucionais.<sup>1340</sup> Para Gustavo Binjenbojm, se o sistema jurídico brasileiro não aceitasse essa possibilidade, “simplesmente a parte final do §2º do art. 102 da Constituição seria inútil e sem sentido”. Sustenta o autor que “esta é a única interpretação plausível do dispositivo constitucional em tela”, por entender que “a alusão às *Administrações Públicas* das diversas esferas federativas (...) seria ociosa caso não se lhes reconhecesse a prerrogativa do descumprimento auto-executório da lei reputada inconstitucional”.<sup>1341</sup>

Esse argumento, todavia, não procede. Não se trata, conforme entende o autor, da “única interpretação plausível” do art. 102, §2º da CF. Pelo contrário: tal interpretação está equivocada, porque não leva em conta a adequada distinção técnico-jurídica entre eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante. Afirmar que uma decisão é dotada de eficácia *erga omnes* – como ocorre naquelas prolatadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade – significa dizer que a sua *parte dispositiva* produz efeitos diretos contra todos. Tais efeitos não recaem apenas sobre quem deflagrou o processo. Eles incidem sobre *todos* – o que inclui tanto os particulares

<sup>1340</sup> Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

<sup>1341</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 241-242.

quanto os Poderes Públicos, aí incluída a Administração. O objetivo dessa espécie de eficácia é impossibilitar o ulterior questionamento em concreto a respeito da validade daquela norma em particular, já apreciada abstratamente pela Corte e sumariada no dispositivo do decisório. Se o STF declara a inconstitucionalidade da Lei Federal nº “X” no exercício do controle abstrato, os cidadãos não poderão mais invocá-la, nem a Administração Pública ou os órgãos do Poder Judiciário poderão aplicá-la. *Todos*, portanto, estarão diretamente submetidos aos efeitos da *parte dispositiva* da decisão, que pronunciou a invalidade daquela lei específica. Essa eficácia (*erga omnes*), desse modo, já atinge e obriga a Administração.<sup>1342</sup>

Categoria diversa, no entanto, é a eficácia vinculante. Consoante bem esclarece Luiz Guilherme Marinoni, distintamente da eficácia *erga omnes*, a eficácia vinculante “não se destina a obrigar os órgãos judiciais a adotar o *dispositivo* das decisões de (in)constitucionalidade. Objetiva, isto sim, vinculá-los aos *fundamentos determinantes* destas decisões”. Por esse motivo, “não há racionalidade em supor que, em virtude da eficácia vinculante, os demais órgãos judiciais [e administrativos] estão obrigados a respeitar o *dispositivo* das decisões de (in)constitucionalidade, uma vez que isto decorre da eficácia *erga omnes* da decisão”. Assim, “o problema obviamente não está em fazer respeitar a decisão de que a norma X é constitucional ou inconstitucional, mas sim em vincular os demais órgãos judiciais [e administrativos] aos fundamentos utilizados para se chegar à conclusão de que a norma X é constitucional ou inconstitucional”.<sup>1343</sup>

Da explicação denota-se que a finalidade da eficácia vinculante não é garantir que a Lei Federal nº “X”, declarada abstratamente como inconstitucional, deixará de ser aplicada pela Administração. Isso já se dá por conta da eficácia *erga omnes* do *decisum*. Afinal, ela está incluída entre os “*todos*” que estão submetidos ao dispositivo da decisão que atestou a inconstitucionalidade da lei. O que se visa com a eficácia vinculante é algo diverso: assegurar que a *ratio decidendi* – isto é, os fundamentos determinantes que constam da fundamentação da decisão – será observada em casos análogos. Ela transcende o dispositivo do acórdão e passa a vincular, também, os demais órgãos judiciais e administrativos.<sup>1344</sup> Seu escopo, pois, não é impedir que a compatibilidade da Lei Federal nº “X” com a Constituição seja questionada em sede administrativa ou judicial – o que já é assegurado pelos efeitos *erga omnes* – mas sim proporcionar coerência e estabilidade ao sistema jurídico, fornecendo unidade à interpretação do

<sup>1342</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 974.

<sup>1343</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade... *Op. Cit.*, p. 990.

<sup>1344</sup> Para Gilmar Ferreira Mendes, o qualificativo “vinculante” significa que “a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (...) e dos fundamentos determinantes (...) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros”. Desse modo, “o caráter *transcendente* do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado”. Conclui, assim, que “a melhor doutrina defende que o efeito vinculante transcende a parte dispositiva da decisão. Assim, os princípios extraídos da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes da decisão vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros”. MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, nº 4, Brasília, Presidência da República, ago. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

ordenamento para, com isso, propiciar previsibilidade e igualdade de trato a situações semelhantes.<sup>1345</sup>

Eventual refutação dessa explicação, apoiada no argumento de que a coisa julgada incide somente sobre o dispositivo da decisão e não sobre os seus fundamentos, seria irrelevante e impertinente, porque aqui não se está falando de *res iudicata*, mas de uma categoria distinta, que é a eficácia vinculante. Para aquela, o que importa é a vinculatividade da parte dispositiva; para esta, a obrigatoriedade de respeito às razões de decidir, constantes da fundamentação.<sup>1346</sup> Em face dessa diferenciação, qual seria, então, o significado da parte final do art. 102, §2º da CF, quando prevê que a decisão definitiva de mérito exarada pelo STF em ADI ou ADC produz *eficácia vinculante* sobre as Administrações Públicas federal, estadual e municipal? O que o dispositivo visa a estabelecer é que os fundamentos determinantes que conduziram àquela decisão, vale dizer, as razões decisivas para concluir pela (in)constitucionalidade da lei, devem obrigatoriamente ser levadas em conta por todas as Administrações Públicas em situações análogas. Por conseguinte, se o STF declara inconstitucional a Lei Estadual nº “X” do Estado de São Paulo, a Administração Pública do Estado do Paraná estará vinculada aos motivos determinantes que levaram a Corte a entender pela sua inconstitucionalidade, e por isso se verá proibida de aplicar a Lei Estadual nº “Y” vigente em solo paranaense, cujo teor contraria a Constituição pelas mesmas razões que a lei paulista.<sup>1347</sup> De nada importa que a lei paranaense não haja sido apreciada pelo STF, porque a Administração está vinculada à *ratio decidendi* da Corte já manifestada na fundamentação da decisão que julgou a inconstitucionalidade da (análoga) lei paulista.<sup>1348</sup>

<sup>1345</sup> Nesse sentido: LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 150; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 600-601.

<sup>1346</sup> Conforme explana Marinoni: “A eficácia vinculante tem o mesmo objetivo da eficácia obrigatória dos precedentes. O precedente apenas é garantido com a vinculação dos órgãos judiciais. Mas a parte dispositiva não é capaz de atribuir significado ao precedente; esse depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação, ou, mais precisamente, da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão. Tudo isto contradiz a limitação da eficácia vinculante ao dispositivo da decisão”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 991.

<sup>1347</sup> O Ministro Celso de Mello, adotando essa fundamentação, concedeu medida liminar postulada na Reclamação nº 2.986 para suspender a eficácia de uma decisão judicial singular da Justiça do Trabalho de Aracaju, no Estado de Sergipe. O argumento utilizado foi o de que o juízo monocrático declarou *inconstitucional* um dispositivo de uma lei estadual sergipana, contrariando com isso os fundamentos determinantes da decisão do STF na ADI 2.868, que havia atestado a *constitucionalidade* de dispositivo de conteúdo semelhante contido em uma lei estadual do Piauí. Entendeu-se que, por conta do efeito vinculante das razões essenciais da decisão proferida na ADI, todos os órgãos do Poder Judiciário se encontrariam obrigados a respeitá-las em situações análogas, ainda que se tratasse da aplicação de outras leis, ainda não apreciadas pelo STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 2.986. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 11.03.2005. DJ 18.03.2005. O principal precedente invocado para respaldar o posicionamento foi o julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1.987. Relator Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 01.10.2003. DJ 21.05.2004. Em sentido contrário, o STF negou efeitos transcendentais à decisão definitiva de mérito proferida no julgamento da ADC nº 1/DF, com votos vencidos dos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Joaquim Barbosa, ao julgar o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.475: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 2.475. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 02.08.2007. DJe-018 divulgado em 31.01.2008, publicado em 01.02.2008.

<sup>1348</sup> Pontue-se, todavia, que a diferenciação acima esposada não é unânime na doutrina, nem mesmo na jurisprudência do STF (vide a decisão proferida na Reclamação nº 1.987, julgada em 2003, e a divergência suscitada na Reclamação nº 2.475, ocorrida em 2007), mas ao que tudo indica revela-se como a mais apropriada sob o ponto de vista da dogmática jurídica. Há autores que, embora cientes de que haja quem defenda a distinção aqui apresentada entre eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante, negam que esta última seja necessariamente caracterizada por abranger a *ratio decidendi*, produzindo efeitos transcendentais vinculativos aos demais órgãos judiciais e administrativos em casos análogos. Preferem, pois, assemelhar tais categorias, considerando a segunda

Em face do exposto, discorda-se que o *quinto* argumento, ora analisado, seja de fato um fundamento jurídico capaz de supedanear a prerrogativa administrativa de negar execução à lei havida por inconstitucional, já que a categoria jurídica da “eficácia vinculante” exibe um significado distinto, que não se confunde com a eficácia *erga omnes*. A previsão constitucional (art. 102, §2º, CF) que pretendeu incluir expressamente as Administrações Públicas entre os setores estatais submetidos à eficácia vinculante das decisões de (in)constitucionalidade proferidas pelo STF em ADI e ADC teve, como se viu, intuito diverso daquele sugerido pelos autores que utilizam esse *quinto* argumento (supostamente) favorável.

(vi) *Sexto* argumento favorável: o art. 5º, §1º da CF, segundo o qual “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, incide sobre todos os segmentos do Poder Público, inclusive sobre a Administração, a qual, portanto, encontra-se diretamente vinculada aos direitos fundamentais.

O argumento sob análise tangencia o objeto central de investigação desta tese. Conforme se vem sustentando desde o início do trabalho, o art. 5º, §1º da CF produz efeitos jurídicos que se dirigem ao Estado como um todo. Ele institui uma dupla proteção aos cidadãos em face de todos os setores do Poder Público, seja contra condutas positivas, seja contra comportamentos negativos, revelando-se simultaneamente como *escudo protetor contra ações e espada impulsionadora contra omissões*. Assim, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais vincula: (i) o Poder Legislativo, ordenando que o legislador: (i.ii) não contrarie disposições constitucionais jusfundamentais ao criar as leis; e (i.i) concretize-as mediante normas infraconstitucionais regulamentadoras; (ii) o Poder Judiciário, autorizando que os juízes: (ii.i) afastem a incidência de leis contrárias aos direitos fundamentais; e (ii.ii) adotem as medidas necessárias à sua implementação nos casos em que o Parlamento e a Administração não o fizerem satisfatoriamente; (iii) o Poder Executivo e a Administração Pública dos demais poderes, impondo-lhes: (iii.i) o dever de não violação aos bens jurídicos tutelados na forma de direitos fundamentais; e (iii.ii) a incumbência de empregar de ofício todas as providências exigíveis para que eles possam ser efetivamente exercidos por toda a coletividade, removendo os obstáculos existentes à real fruição desses direitos pelos cidadãos. O primeiro desdobramento dessa terceira consequência – (iii.i) – é o que reclama atenção neste momento.

Dizer que a Administração Pública encontra-se proibida de violentar os direitos fundamentais é afirmação elementar, óbvia, inquestionável. O relevante é saber em que medida. Na medida da lei? Só deverá respeitá-los nos termos fixados pelo legislador? Ou sua vinculação aos direitos fundamentais é direta e independe da mediação concretizadora efetuada pelo Poder Legislativo? Em sistemas constitucionais que não versam explicitamente sobre o assunto, o questionamento poderia suscitar acentuadas dúvidas. Mas não é o que se passa na ordem jurídica brasileira. A Constituição Federal foi expressa. Ela já deu a resposta. Em seu art. 5º, §1º, o ordenamento constitucional estabeleceu inequivocamente uma ordem de preferência claríssima, irrefutável, ao menos no que diz respeito aos direitos fundamentais. As normas que os veiculam

---

um reforço da primeira, como se ambas fossem duas faces da mesma moeda. É o caso de José Adércio Leite Sampaio, que a elas se referindo, questiona: “Fará diferença ainda hoje? Apenas técnica, porquanto a decisão tem *ex constitutionem* a dupla característica. *Erga omnes* é a qualidade comum do caso julgado de oponibilidade a todos. Vinculante é a força e garantia de que a decisão seja mesmo *erga omnes* e extraprocessual, porque incide sobre outros processos, vetando decisão em sentido contrário à proferida pelo Tribunal”. SAMPALIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 531. Rejeitando também a existência de efeitos transcendentais da eficácia vinculante e inadmitindo, portanto, a vinculatividade da *ratio decidendi*: ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 136-143.



incidem *imediatamente* sobre a Administração Pública e, portanto, sua eficácia jurídica vinculante se opera em face da máquina administrativa independentemente da *mediação* realizada pela legislação. Entender de forma diversa significaria fazer *tabula rasa* de uma previsão literal da Constituição brasileira que institui uma garantia ampliada à esfera jurídica do cidadão.

Veja-se que a temática que se está a discutir ao longo deste trecho – (a), (a.1), (a.2) – é mais ampla, pois concerne à vinculação administrativa à Constituição como um todo. Mas neste (vi) *sexto* argumento favorável, em específico, está-se tratando unicamente das disposições constitucionais que albergam direitos fundamentais. Se em relação às leis que parecem ofender o restante da Constituição pode haver dúvidas e ponderações a serem feitas no tocante à prerrogativa administrativa de negar-lhes execução, quanto ao parâmetro ora examinado – normas definidoras de direitos fundamentais – não se passa o mesmo. A esse respeito não se pode admitir qualquer divergência ou matização: se a Administração Pública se vê diante de uma lei que infringe normas constitucionais protetivas de direitos fundamentais, ela terá o dever-poder de rejeitar a sua aplicação, haja vista sua vinculação imediata aos enunciados normativos jusfundamentais.

(vii) *Sétimo* argumento favorável: *as leis que infringem a Constituição são inquinadas de nulidade absoluta (e não de mera anulabilidade) e por isso são inválidas desde a sua promulgação, independentemente de declaração judicial, razão pela qual a Administração Pública não estaria obrigada a cumpri-las.*

Em que pese a existência de fundamentadas posições em sentido oposto,<sup>1349</sup> consagrou-se no Direito brasileiro o entendimento de que as leis maculadas com o vício da inconstitucionalidade são nulas de pleno direito (e não, simplesmente, anuláveis). Essa consequência deriva da gravidade de tal espécie de invalidade. Diante do princípio da supremacia da Constituição sobre todas as normas, entende-se que a contrariedade das leis às disposições constitucionais implica sua invalidade desde o nascedouro, sob pena de se negar a supremacia constitucional e admitir que durante a vigência da lei viciada ela teria o poder de suspender a eficácia da Constituição.<sup>1350</sup> Nas palavras de Alfredo Buzaid, “uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso”.<sup>1351</sup> Assim, embora produzam eficácia jurídica enquanto não tiverem a sua inconstitucionalidade declarada, elas são inválidas *ab initio*. Por consequência, conforme constata Clèmerson Merlin Clève, a decisão judicial que atesta a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo “é declaratória (declara um estado preexistente) e não constitutiva-negativa. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei (...), mas apenas reconhece a existência

<sup>1349</sup> Como é o caso do entendimento manifestado por Regina Maria Macedo Nery Ferrari, uma das principais defensoras, no Brasil, da tese da anulabilidade (e não nulidade absoluta) das leis inconstitucionais. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 151-176.

<sup>1350</sup> Nos dizeres de Luís Roberto Barroso: “Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. (...) Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37-38.

<sup>1351</sup> BUZAIID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 131.

de um ato viciado”.<sup>1352</sup> A decisão, nesses termos, pronuncia a nulidade da norma desde a sua criação, operando, assim, efeitos retroativos (*ex tunc*).

É bem verdade, não se pode deixar de registrar, que o dogma da nulidade absoluta das leis inconstitucionais foi flexibilizado pela doutrina e pelo próprio Supremo Tribunal Federal em homenagem a outros princípios jurídicos, tais como a boa-fé de terceiros, a segurança jurídica,<sup>1353</sup> a proibição de enriquecimento sem causa, a irredutibilidade de vencimentos e a proteção da coisa julgada.<sup>1354</sup> A possibilidade de o STF modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi inclusive formalmente autorizada pelo legislador, por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, mediante aprovação dessa solução por maioria de dois terços dos membros da Corte.<sup>1355</sup> Mas o que ocorreu nesses casos foi uma relativização e não uma alteração da regra geral. São hipóteses excepcionais. Persiste o entendimento de que, em regra, a lei inconstitucional é nula de pleno direito.

Dessa forma, a tese que prevalece no Direito pátrio é a de que, sendo nula a lei inconstitucional, o Poder Executivo – e aqui se deve acrescentar: a Administração Pública em geral – encontra legitimação excepcional para, em determinadas hipóteses, negar execução às normas inválidas contidas no diploma legal, sem prejuízo de que os eventuais afetados por essa conduta questionem o comportamento administrativo perante o Poder Judiciário, postulando o pronunciamento judicial a respeito da conformidade da lei com a Constituição.<sup>1356</sup>

**(viii)** *Oitavo* argumento favorável: *o princípio constitucional da eficiência administrativa, previsto no art. 37, caput da CF, impõe à Administração Pública o dever de exercitar suas competências de forma célere, conferindo a máxima efetividade aos comandos constitucionais que incidem sobre a atividade administrativa.*

A Administração Pública tem o dever de optar pelo caminho que, dentro das balizas fixadas pelo sistema normativo (e jamais à sua revelia), permita-lhe tutelar mais celeremente e com maior efetividade os bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Em estudo elaborado em coautoria com Emerson Gabardo, afirmou-se que o conteúdo jurídico do princípio constitucional da eficiência administrativa pode ser traduzido como a incumbência imposta constitucionalmente à Administração Pública de: (i) *exercitar a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade*, (ii) atuando de modo a concretizar fielmente a finalidade pública subjacente às normas jurídicas às quais está submetida, (iii) utilizando os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo Direito positivo (interesse público), (iv) *conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico*, (v) sempre

<sup>1352</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 244.

<sup>1353</sup> A respeito da necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em função de outros valores juridicamente relevantes como a boa-fé e a segurança jurídica, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 279-307, abr./jun. 1997.

<sup>1354</sup> Luís Roberto Barroso arrola as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais que admitiram a relativização da tese da nulidade absoluta em tais casos: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43-44.

<sup>1355</sup> A previsão consta do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e do art. 11 da Lei nº 9.882/99.

<sup>1356</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 246; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92.

em consonância com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa.<sup>1357</sup> O primeiro e o quarto elementos, acima grifados, demandam atenção para o deslinde da problemática vertente.

O princípio da eficiência administrativa se trata, aqui, de argumento acessório, não principal.<sup>1358</sup> Há que se ter cautela quando se trata de aparente colisão entre os princípios da eficiência e da legalidade.<sup>1359</sup> Todavia, no que toca à situação em apreço, há diversos outros elementos – explanados nos argumentos precedentes – que apontam para a nocividade de uma postura passiva da Administração Pública frente à lei inconstitucional e que se apresentam como fundamentos jurídicos que exigem, em alguns casos, a rejeição da execução da norma legal. A esses componentes se soma o princípio da eficiência, transformando em *dever* uma solução que em princípio poderia parecer mera *possibilidade*. Explica-se.

Se, de acordo com tudo o quanto foi dito, a ordem constitucional brasileira autoriza extraordinariamente os órgãos administrativos a refutarem a implementação de uma lei contrária à Constituição, em casos como esse eles se veem, sob o ponto de vista fático, diante de duas alternativas: (i) aplicar a norma enquanto ninguém a questiona judicialmente, aguardando de braços cruzados um pronunciamento provocado do Poder Judiciário e descumprindo a Constituição enquanto isso não acontece; (ii) cumprir de imediato a Constituição, independentemente de manifestação judicial, exercitando assim sua competência de forma célere e emprestando efetividade aos mandamentos constitucionais que lhe são impostos.

Perceba-se que, uma vez admitida a legitimidade jurídica dessa conduta – desaplicação da lei inconstitucional – ela deixa de ser uma faculdade administrativa e se converte em uma competência vinculada. E o elemento jurídico que vincula o seu comportamento nesse sentido é o princípio constitucional da eficiência administrativa. Conforme os desdobramentos dessa norma acima elucidados, ela obriga a Administração a (i) *exercitar a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade*, (iv) *conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico*. Se o órgão administrativo *pode* agir dessa maneira, ele *deve* optar pelo caminho que mais celeremente confira a mais ampla efetividade aos comandos constitucionais. Trata-se, portanto, de um dever-poder: a prerrogativa lhe é dada com o único objetivo de cumprir um dever, qual seja, a tutela célere e efetiva da Constituição.

(ix) *Nono* argumento favorável: *a possibilidade de rejeição administrativa da lei inconstitucional viabiliza uma observância espontânea do Direito pela Administração Pública, evitando com isso a consumação da inconstitucionalidade contida na lei, a consequente violação de direitos que pode vir a ser causada aos afetados pelo ato e a eventual responsabilização do Estado pelos danos decorrentes do ato administrativo inconstitucional.*

<sup>1357</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245.

<sup>1358</sup> CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos: limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes**. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 159.

<sup>1359</sup> Conforme alerta Emerson Gabardo, “a eficiência não está no enfraquecimento da lei ou do procedimento, mas no seu aprimoramento”. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 126. A advertência é feita também por Odete Medauar: “O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 146.

Esse argumento mostra-se intimamente ligado com o anterior. A atuação administrativa eficiente, implementadora do Direito objetivo em sua máxima medida, implica uma realização espontânea do sistema jurídico pela Administração. O cumprimento regular daquilo que dispõe o Direito positivo – resultado que se pretende com a afirmação do direito à tutela administrativa efetiva – impede uma série de eventos prejudiciais tanto ao cidadão quanto ao próprio Estado. Na situação ora em discussão isso é claramente perceptível. Negar em termos absolutos que a Administração se recuse a executar a lei inconstitucional significa opor um entrave à promoção natural do Direito pelo Poder Público, compelindo-o a concretizar a inconstitucionalidade veiculada pela lei. A consequência disso será, grande parte das vezes, a prática de atos administrativos lesivos a direitos dos particulares protegidos pelas normas constitucionais. Em consequência, aqueles que sofrerem ofensas às suas órbitas jurídicas por conta do ato administrativo inválido expedido com fulcro na lei inconstitucional recorrerão ao Poder Judiciário, buscando a sua anulação e a responsabilização estatal pelos danos que lhes tiverem sido ocasionados.

Em contrapartida, admitir que a Administração, ao menos no que se refere aos direitos fundamentais, deve rejeitar a consumação da inconstitucionalidade legalmente prevista significa, em consonância com o direito à tutela administrativa efetiva, conduzir a atuação administrativa ao cumprimento espontâneo do ordenamento jurídico (vale dizer, das normas jurídicas *válidas*). As repercussões dessa postura são benéficas aos cidadãos, que terão os seus direitos fundamentais respeitados voluntariamente pelo Poder Público, sem a necessidade de instaurar um litígio que levaria anos para ser resolvido no âmbito judicial, além de ser também favorável ao Estado, que não seria posteriormente condenado ao pagamento de indenizações.

**(a.3)** Observadas as argumentações favoráveis e contrárias, compete neste momento averiguar se o atual posicionamento acolhido pelo Estado brasileiro a propósito da temática encontra-se de acordo com a ordem jurídico-constitucional. Viu-se, inicialmente, que o Poder Público no Brasil aceita a possibilidade de recusa administrativa às leis inconstitucionais, independentemente da espécie de inconstitucionalidade que seja identificada nas normas legais, mas desde que seja exercida pelos chefes do Poder Executivo. Admite-se, portanto, a existência de uma *competência genérica* (no sentido de que se aplica em relação à *generalidade* das leis inconstitucionais), mas *concentrada* no feixe de atribuições do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e dos Prefeitos Municipais.

O entendimento vigente não parece ser o mais ajustado à arquitetura constitucional pátria. Ao que tudo indica, ele comporta a necessidade de uma série de lapidações para adequar-se ao desenho institucional traçado pela Constituição Federal. Para demonstrar a posição que aqui será adotada, convém responder, de forma sistematizada, às cinco indagações ventiladas no início deste subitem e que ora são retomadas: **(i)** há uma competência administrativa regular e genérica para a rejeição de atos normativos inconstitucionais, exercitável sempre e independentemente da espécie de inconstitucionalidade? **(ii)** caso exista a possibilidade, mas não se trate de uma prerrogativa genérica, em quais hipóteses específicas ela pode ser empregada? **(iii)** cuida-se de uma competência de exercício facultativo, isto é, um simples poder, ou se trata de uma competência de exercício obrigatório (um *dever-poder*)? **(iv)** ela é conferida apenas aos chefes do Poder Executivo ou também aos seus subordinados? **(v)** quais os requisitos a serem observados quando do seu manejo? Passa-se ao enfrentamento dessas questões.

(i) *Primeira questão: há uma competência administrativa regular e genérica para a rejeição de leis inconstitucionais, exercitável sempre e independentemente da espécie de inconstitucionalidade?*

A resposta a essa pergunta pressupõe uma articulação dos mais substanciosos argumentos contrários e favoráveis até aqui apresentados, por meio de um balanço que extraia o que há de realmente procedente e relevante em cada um deles para equacionar apropriadamente essa polêmica.

Inexiste uma competência regular, típica, passível de uso corrente, conferida aos órgãos estatais para, no exercício de suas funções administrativas, deixarem de aplicar a lei ao seu talante. Os entes administrativos não podem fazê-lo de maneira caprichosa, sempre que cogitarem abstratamente de uma eventual e remota suspeita de inconstitucionalidade. Admite-se, aqui, a existência de uma prerrogativa que autoriza a Administração a negar-se a aplicar as leis que repute inconstitucionais, mas ela é excepcional, atípica, extraordinária, cabível somente em determinados casos (que serão posteriormente elucidados). Não é algo natural, ínsito à função administrativa do Estado. Uma das principais características jurídico-formais que tipifica essa modalidade de atividade pública é a *infralegalidade*.<sup>1360</sup> Ela deve situar-se, por força do princípio da legalidade, abaixo da lei e em consonância com ela. Portanto, em regra a Administração Pública há de respeitar e fazer cumprir as disposições legais. As leis, efetivamente, presumem-se em conformidade com a Constituição a partir de sua promulgação. Ainda que a presunção seja *juris tantum*, a sua inversão exige um ônus argumentativo elevado do órgão que pretende quebrá-la para atestar a inconstitucionalidade da lei, seja ele de natureza administrativa ou judicial. A autoridade que emana do Poder Legislativo, externada em seus atos de cunho legiferante, deve em princípio ser respeitada. A sua observância inspira segurança jurídica, certeza e previsibilidade aos cidadãos. A legalidade administrativa – lembre-se – foi criada para evitar o arbítrio da Administração Pública e a instabilidade dos comportamentos estatais.

É bem verdade que a Constituição posiciona-se em um patamar superior e deve ser guardada, protegida, zelada por todos os Poderes da República. E ao separar as atribuições de cada qual, articulando-os de forma harmônica e independente, a Lei Fundamental de 1988 conferiu competências *típicas* para que todos eles exerçam, em caráter *ordinário*, o controle de constitucionalidade. O Poder Legislativo, através: das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania; do próprio voto dos parlamentares (que, ao discutirem as proposições apresentadas, rejeitarão aquelas que lhes pareçam inconstitucionais); e também da possibilidade de o Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem de seu poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. O Poder Judiciário, por meio do controle judicial repressivo de constitucionalidade, difuso e concentrado. E o Poder Executivo, mediante o poder de vetar os projetos de lei aprovados pelo Legislativo que se lhe afigurem inconstitucionais, modalidade preventiva de fiscalização. Ele poderá, ainda, provocar o Judiciário para que declare repressivamente a inconstitucionalidade das leis já promulgadas, embora nesse caso o resultado dependa do juízo exercido pelo órgão judicial. O fato é que são essas as espécies de competências *típicas* dos três poderes para garantir a supremacia da Constituição. Elas é que serão exercidas com frequência, de modo regular e cotidiano, por cada

---

<sup>1360</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, nº 75, São Paulo, Malheiros, p. 12-18, 1998. p. 16; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 36.

um desses ramos orgânicos do Estado brasileiro. E não há como negar que se trata de um sistema muito bem arquitetado, com múltiplas possibilidades de controle de constitucionalidade por todos os poderes.

A orientação geral a ser seguida é, nessa toada, a sujeição da Administração Pública à legislação, não lhe sendo autorizado recusar-se a cumpri-la a seu bel-prazer, em qualquer situação corriqueira. Porém, há uma diferença substancial entre estar *subordinado* à lei e ser *subserviente* a ela. Consoante observou Themístocles Brandão Cavalcanti, é verdade “que uma lei regularmente votada pelo Poder Legislativo deve ser presumidamente considerada constitucional, mas não é menos certo que nenhum dos Podêres exerce as suas funções como simples autômato”.<sup>1361</sup> Assim, a obediência administrativa aos termos da lei não pode ser realizada de forma cega, mecânica, automática. Há casos excepcionais que reclamam o descumprimento administrativo das normas legais inconstitucionais, precisamente pelo fato de estas últimas contrariarem disposições normativas que lhes são hierarquicamente superiores. Do contrário, cairia por terra a compreensão de que, no Estado Constitucional, a Lei Fundamental opera como parâmetro jurídico e axiológico de validade de todas as normas infraconstitucionais, como meio de se proteger o cidadão contra arbitrariedades que venham a ser cometidas pelo legislador através da aprovação de leis antidemocráticas, injustas e ofensivas aos valores mais caros da sociedade, como são os direitos fundamentais.

Esse objetivo, que se busca implementar com a afirmação da supremacia constitucional, jamais seria alcançado se a Administração estivesse juridicamente compelida a curvar-se a absolutamente todos os desmandos do Legislativo, executando como um fantoche as leis de conteúdo abusivo por ele criadas e materializando na realidade concreta eventuais afrontas à dignidade humana, à igualdade e à liberdade positivadas em abstrato pela norma legal inconstitucional. Assim como a superioridade hierárquica da Constituição visa a combater o legislador-opressor, ela é uma forma de se lutar contra o administrador-carrasco: aquele que aceita passivamente qualquer ordem ditada pelo legislador-tirano e executa subservientemente as arbitrariedades contidas no comando legislativo inconstitucional, sacrificando com indiferença os direitos das vítimas condenadas, que nada mais são do que os cidadãos – verdadeira justificativa para a existência do Estado. Enfim: a incidência conjugada dos princípios da legalidade e da supremacia constitucional sobre a Administração implica que esta seja respeitosa ao legislador, mas evita que ela seja usada como sua marionete para praticar inconstitucionalidades.

Por essa razão é que se deve admitir a possibilidade *atípica* de rejeição administrativa à aplicação de lei considerada inconstitucional. E ela deve ser aceita como algo *excepcional* justamente pelo fato de que a Constituição não outorgou uma competência aos órgãos administrativos para, de maneira ordinária e habitual, controlar repressivamente a constitucionalidade das leis. O controle regular que incumbe ao Executivo se manifestará previamente com o veto ou *a posteriori* com o pedido de declaração judicial de inconstitucionalidade. Contudo, nem por isso a prerrogativa em discussão é negada à Administração em termos absolutos pela Constituição, já que esta impõe a todas as entidades federativas a competência comum de zelar pela guarda da Lei Maior (art. 23, I), além de dirigir à

---

<sup>1361</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Lei. Inconstitucionalidade manifesta. Recusa ao seu cumprimento pelo Executivo. Legitimidade desse procedimento. Veto já anteriormente manifestado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional**: Defesa da Constituição. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 530.

chefia do Poder Executivo a incumbência de manter, defender e cumprir a Constituição (art. 78). O argumento é reforçado quando se trata de leis atentatórias contra os direitos fundamentais, os quais, de acordo com o art. 5º, §1º, desfrutam de aplicabilidade imediata. Se esse dispositivo se destina também à Administração – posição aqui defendida – ele seria claramente transgredido se o administrador negasse a incidência direta de um direito fundamental sobre a sua atividade, privilegiando em vez disso o cumprimento da lei que o viola. Para cumprir de maneira *eficiente* o ordenamento jurídico, conferindo a máxima efetividade aos mandamentos constitucionais, a Administração Pública deverá em determinadas hipóteses (e desde que alguns requisitos sejam observados) prestigiar a Constituição em detrimento da legislação.

Logo, entende-se que o sistema constitucional brasileiro admite, a título *extraordinário*, a prerrogativa de recusa administrativa de aplicação de leis inconstitucionais, em função: (i) do princípio da supremacia da Constituição; (ii) da incidência deste último sobre as Administrações Públicas de todas as entidades federativas; (iii) da nulidade das leis inconstitucionais, que poderá ser reconhecida administrativamente em certas ocasiões; (iv) da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; (v) da falta de legitimidade dos Prefeitos Municipais para deflagrar o processo abstrato de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; (vi) da inexistência de risco de anarquia, diante da possibilidade de controle jurisdicional posterior e de responsabilização civil, penal e administrativa do agente, que por conta disso só o fará de maneira excepcional; (vii) do princípio constitucional da eficiência administrativa, que embora seja acessório na argumentação, torna vinculada essa competência nos casos em que o seu manejo seja juridicamente cabível; (ix) da prevenção contra a concretização administrativa da inconstitucionalidade, nas hipóteses admissíveis, evitando violações a direitos e posterior responsabilização estatal pela prática de ato administrativo inconstitucional.

Cuida-se de uma competência *atípica*, pois: (i) a Administração está, em regra, sujeita ao princípio da legalidade; (ii) há outros mecanismos institucionais típicos previstos pela Constituição para que todos os Poderes da República exerçam, em caráter *ordinário*, o controle de constitucionalidade; (iii) as leis desfrutam de uma presunção *juris tantum* de constitucionalidade, que para ser rompida reclama um ônus argumentativo enorme por parte dos órgãos administrativos, que só comparece em determinadas hipóteses; (iv) a admissão de um manejo frequente e corriqueiro dessa prerrogativa atentaria contra o princípio da segurança jurídica, que ostenta enorme relevância no Estado Democrático de Direito.

Se o uso dessa prerrogativa é excepcional, conforme aqui se propõe, é indispensável identificar quais são os casos em que o seu emprego é autorizado. Portanto, respondendo à parte final na indagação ora discutida, não é qualquer espécie de inconstitucionalidade que autoriza a rejeição administrativa de execução das leis, mas apenas algumas hipóteses específicas, a seguir relacionadas.

(ii) *Segunda questão: caso exista a possibilidade de recusa administrativa à aplicação de lei inconstitucional, mas não se trate de uma prerrogativa genérica, em quais hipóteses específicas ela pode ser empregada?*

O debate até aqui apreciado pode ser resumido, simplificada e prioritariamente à lei ou à Constituição? A resposta a esse problema – que permitirá identificar as situações que autorizam o descumprimento administrativo da lei inconstitucional – só pode ser encontrada em um lugar: nos fundamentos que justificam a existência dos princípios da *legalidade administrativa* e da *constitucionalidade*.

No Capítulo 5 e no início deste Capítulo 7 tentou-se demonstrar, respectivamente, as razões que deram origem à afirmação: (i) da sujeição da Administração à lei; e (ii) da submissão de todos os Poderes Públicos à Constituição. Qual é o objetivo que estava por trás de cada uma delas? No final do século XVIII, a preocupação era resguardar o indivíduo contra os desmandos do Poder Executivo que ofendessem as suas *liberdades individuais*. Invocou-se então a *legalidade administrativa* para impor limites à atuação administrativa, isto é, amarras legais que resguardassem as esferas jurídicas dos indivíduos. Na segunda metade do século XX, por sua vez, viu-se que a submissão da Administração à lei era insuficiente, pois o próprio legislador poderia ser o inimigo. A preocupação, então, tornou-se a tutela do cidadão tanto contra as *ações agressivas* quanto contra as *omissões transgressoras* dos três poderes do Estado (e não mais apenas do Executivo), que fossem suscetíveis de violar os seus *direitos fundamentais* (e não mais apenas as *liberdades individuais*). Invocou-se então a *supremacia constitucional* para impor restrições e parâmetros valorativos condicionantes da validade das leis e demais atos normativos, que salvaguardassem as órbitas jurídicas das pessoas contra abusos do administrador, do legislador e do juiz. Em suma: *legalidade* e *constitucionalidade* foram soluções criadas para proteger os direitos fundamentais contra o mau uso (excessivo ou inoperante) das competências públicas.

Assim, não é difícil perceber que, em última instância, a finalidade de ambas as fórmulas é a mesma: *proteger a pessoa e os seus direitos fundamentais contra o exercício arbitrário do poder político*.<sup>1362</sup> Mudam os conteúdos e a configuração jurídica desses direitos, mudam os inimigos estatais que utilizam mal os poderes que lhes incumbem e mudam as formas de exercitá-los arbitrariamente, mas a essência desses dois princípios não mudou. A solução para resolver a aparente colisão entre *legalidade* e *constitucionalidade* só pode ser, portanto, aquela que preserve a um só tempo a verdadeira razão de ser desses dois princípios: *a tutela da esfera jurídica dos cidadãos contra a atuação lesiva do Estado*. A saída, por conseguinte, terá de ser sempre aquela que proporcione de maneira mais ampliativa a *proteção de direitos do cidadão*, sejam eles fundamentais ou não.

Se a lei determina uma atuação da Administração que atenta contra direitos fundamentais, subverte-se o sentido da *legalidade administrativa*: a observância da lei não mais servirá para proteger o cidadão contra o arbítrio. Ela importará a consumação, pelo órgão administrativo, do abuso já cometido pelo legislador contra a órbita jurídica jusfundamental do indivíduo. Em tais casos, o respeito administrativo ao princípio da *legalidade* não mais estará servindo ao propósito que justifica a sua existência, pois ao invés de resguardar, ele irá atacar o direito fundamental do cidadão. É aí que entra a proteção garantida pelo princípio da *constitucionalidade*: ele assegura que as pessoas não serão violentadas em seus direitos pelos desmandos do legislador, nem do administrador ao executar a lei. Exemplifique-se com o caso de leis municipais que vedam a utilização de serviços públicos de saúde por pessoas que não habitem o Município, impondo às repartições públicas que só os prestem mediante a apresentação do título de eleitor por parte do postulante. Não se trata de prática inédita no

---

<sup>1362</sup> Nessa linha, Román Duque Corredor frisa que “a razão de ser do princípio da sujeição da administração pública à Constituição e à lei é a de proteger a preeminência dos direitos humanos, por cima de qualquer autoridade ou ato”. DUQUE CORREDOR, Román J. Postulados y principios. El sistema constitucional de los derechos humanos en la Constitución venezolana. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coord.). **Derecho Administrativo Iberoamericano**: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. t. I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 170.



Brasil.<sup>1363</sup> Se a Administração atender à lei, recusando-se a disponibilizar prestações dessa natureza aos não residentes na municipalidade, sua conduta implicará violação do direito fundamental social à saúde, eis que o acesso aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, segundo o art. 196 da CF, deverá ser universal e igualitário.<sup>1364</sup> Veja-se, pois, que cumprir a lei nesse caso não significa tutelar um direito fundamental – fim a que se destina o princípio da legalidade. Pelo contrário: o sentido da *legalidade administrativa* numa tal situação seria exatamente oposto à sua razão de ser, que é salvaguardar os direitos do cidadão.

Por outro lado, a lei não pode ser descumprida pela Administração, ainda que sob o argumento de sua inconstitucionalidade (formal ou material), se o intuito for afastar a previsão legal para adotar medidas restritivas à órbita jurídica do particular – mesmo que o cumprimento da Constituição, contrariamente àquilo que determina a lei inconstitucional, exija a restrição ou supressão dos direitos do indivíduo legalmente assegurados. Um exemplo pode aclarar a assertiva. O art. 34, §1º da Lei Estadual nº 12.398/98 do Paraná assegurou o mesmo regime de aposentadoria dos servidores públicos – mais benéfico do que o regime geral da previdência social – aos serventuários da Justiça remunerados pelos cofres públicos, bem como aos não remunerados, admitidos anteriormente à vigência da Lei Federal nº 8.935/94.<sup>1365</sup> A lei, além de conter vício formal de inconstitucionalidade posteriormente identificado (ofensa aos arts. 63, I e 61, §1º, II, “c” da CF), contrariou materialmente o art. 40, *caput* da Constituição Federal, pois aplicou aos serventuários um regime previdenciário reservado aos servidores detentores de cargo público de provimento efetivo. Foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar abstratamente a constitucionalidade desse dispositivo no julgamento da ADI nº 2.791.<sup>1366</sup> Enquanto a nulidade da norma legal ainda não havia sido pronunciada pelo STF,

<sup>1363</sup> No Município da Itapagibe (Minas Gerais), ainda que não se tenha notícia da existência de lei municipal prevendo a exigência, constatou-se que o Secretário de Saúde Municipal determinou a cobrança da apresentação do título de eleitor, pelo usuário, para recebimento das ações e serviços públicos de saúde. A questão foi tratada em parecer jurídico formulado pelo Ministério Público estadual, que concluiu pela inconstitucionalidade dessa prática. Ver: BRASIL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Defesa da Saúde – Cao-Saúde. Parecer Técnico-Jurídico nº 016/2009. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA410F393C0141510162530191>>. Acesso em: 10 jan 2014. O mesmo ocorreu no Município de Magé (Rio de Janeiro), conforme notícia veiculada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que propôs ação civil pública postulando a concessão de provimento mandamental que compelisse a municipalidade a se abster de exigir a apresentação do título de eleitor, sob pena de aplicação de multa diária. Disponível em: <<http://mp-rj.jusbrasil.com.br/noticias/127185/mprj-processa-municipio-de-mage-por-exigencia-indevida-do-titulo-de-eleitor>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>1364</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>1365</sup> Lei Estadual nº 12.398/98 (Estado do Paraná): “**Art. 34.** Serão obrigatoriamente inscritos no PARANÁPREVIDÊNCIA os servidores públicos estaduais ativos, com vínculo funcional permanente de todos os Poderes, inclusive os membros do Poder Judiciário, o Ministério Público, o Tribunal de Contas e as Instituições de Ensino Superior, bem como das respectivas administrações públicas, direta, autárquica e fundacional, os servidores inativos e os militares estaduais da ativa, na reserva remunerada e os reformados. § 1º. Enquadram-se no conjunto de servidores públicos, abrangidos pelo caput deste artigo, aqueles que se encontrem à disposição, cedidos ou em disponibilidade e os serventuários da Justiça remunerados pelos cofres públicos, bem como os não remunerados, admitidos anteriormente à vigência da Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994”.

<sup>1366</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 34, §1º, da Lei Estadual do Paraná nº 12.398/98, com redação dada pela Lei Estadual nº 12.607/99. (...) 6. Inconstitucionalidade formal caracterizada. Emenda parlamentar a projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo que resulta em aumento de despesa afronta os arts. 63, I, c/c 61, §1º, II, “c”, da Constituição Federal. 7. Inconstitucionalidade material que também se verifica em face do entendimento já pacificado nesta Corte no sentido de que o Estado-Membro não pode conceder aos serventuários da Justiça aposentadoria em regime idêntico ao dos servidores públicos (art. 40, caput, da Constituição Federal). 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de

deveria a Administração recusar-se a aplicar o dispositivo da lei estadual, negando aos serventuários um direito que lhes era concedido por uma lei dotada de presunção de constitucionalidade? Não, pois nesse caso a rejeição implicaria ofensa à esfera jurídica do cidadão ampliada pela lei. Preserva-se, nesse sentido, o caráter protetivo do princípio da *legalidade administrativa*: o órgão administrativo será obrigado a respeitar a lei enquanto não houver pronunciamento judicial, pois a norma legal está a tutelar direitos do cidadão, ainda que de forma contrária ao que dispõe a Constituição.

Em suma: a resolução do problema relativo à Administração ter de preferir a aplicação da lei ou da Constituição, quando cada uma delas acena para um caminho oposto, deverá ser obrigatoriamente pautada no resultado que seja mais *protetivo aos direitos do cidadão*. Nesse sentido, a resposta para a pergunta “o descumprimento da lei pela Administração Pública é algo arbitrário?” haverá de ser: “depende, se for para ferir a esfera jurídica do cidadão sim; se for para ampliá-la ou protegê-la, não”. Note-se que essa conjugação dos princípios da *legalidade administrativa* e da *supremacia constitucional* preserva os fundamentos essenciais que justificam a existência jurídica de ambos. Nem sempre a Administração deverá privilegiar a ordem legal, pois esta pode ser lesiva ao universo jurídico dos indivíduos, contrariando a Constituição e a função tutelar que lhe é inerente. Tampouco deverá, por outro lado, prestigiar sempre as normas constitucionais em detrimento dos comandos legais que com elas conflitarem, já que a Constituição protege também outros valores que podem colidir com os direitos fundamentais e inclusive restringir seu conteúdo e raio de incidência. Nesse caso, se a norma legal – ainda que inconstitucional – for mais protetiva, ela é que deverá ser respeitada pela Administração. Isso tudo, é claro, considerando-se que o Poder Judiciário ainda não tenha se manifestado a respeito da constitucionalidade da lei, pois em sede judicial a solução obrigatoriamente terá de ser aquela que confira prevalência às disposições constitucionais, independentemente de serem mais ou menos protetivas do que os dispositivos legais que com ela se choquem.

A proposta aqui defendida tem como fundamento jurídico o direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Ele consiste, como já se disse no Capítulo 6, no direito do cidadão de: (1) *de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos*; (2) *que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (praeter legem) ou contrariamente à lei (contra legem)*; (3) *e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais*. É dentro dessa perspectiva que se devem admitir as condutas administrativas contrárias à lei inconstitucional: com o fito de resguardar e implementar os direitos fundamentais.

Do teor acima descrito se deduz que os três componentes do direito fundamental em questão impõem que a Administração Pública tutele efetiva e integralmente os direitos dos particulares, o que pode reclamar excepcional descumprimento da lei. As hipóteses que autorizam essa *exceção* à observância da legalidade estrita, referida no segundo desdobramento, devem ser extraídas do primeiro e do terceiro elementos: a atuação *contra legem* se justifica apenas se o objetivo for a *tutela efetiva dos direitos* (1), restando vedada a atuação estatal que se mostre contrária aos direitos fundamentais (3). É o direito à tutela administrativa efetiva, com a

sua configuração jurídica supradescrita, que permitirá a extraordinária atividade administrativa *contra legem*.

Expostos os fundamentos dos quais se parte para identificar quando é que a Administração Pública poderá exercer a excepcional e atípica prerrogativa de recusar-se a aplicar uma lei que repute inconstitucional, insta relacionar as quatro hipóteses específicas em que se considera, nesta tese, ser possível esse tipo de conduta administrativa.

*Primeira hipótese: tratando-se de dispositivo legal ofensivo a direitos fundamentais, a Administração Pública se verá obrigada a recusar a sua execução, em decorrência da aplicabilidade imediata das normas que os definem, preconizada pelo art. 5º, §1º da Constituição Federal.*

Retome-se aqui a argumentação já expendida quando se apresentou o (vi) *sexto* argumento favorável no ponto (a.2), *supra*. O art. 5º, §1º da CF determinou expressamente que as disposições constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais incidem de forma *imediata* sobre os Poderes Públicos. A Administração, assim como os demais segmentos do Estado (v.g. legislador, juiz...), é destinatária dessa previsão legal. E sob o ponto de vista negativo – isto é, de *proibições* impostas pela norma – o que o referido enunciado determina é que, independentemente do que estipulem as normas infraconstitucionais, o Estado deverá conferir preferência à tutela dos direitos fundamentais, abstando-se de violá-los. Trata-se de decisão explícita do constituinte a respeito do tema. Em matéria de direitos fundamentais, qualquer nebulosidade a propósito da dúvida entre privilegiar a *legalidade administrativa* ou a *supremacia constitucional* é afastada pela inteligência do art. 5º, §1º. Entre o respeito à lei e a salvaguarda dos direitos fundamentais, o Poder Público deverá optar pela segunda opção.

Negar que a Administração deva rechaçar a execução de lei inconstitucional por contrariedade a direitos fundamentais implicaria esvaziar o conteúdo jurídico do art. 5º, §1º da CF, pois conduziria à interpretação de que as normas que os albergam não se aplicam *imediatamente* sobre a atividade administrativa, mas somente *mediatamente*, vale dizer, na medida de sua *mediação* realizada pela legislação. Enfraquece-se, assim, o sentido do princípio da supremacia da Constituição, que tem por escopo proteger o indivíduo tanto contra os abusos do legislador quanto do administrador. Volta-se ao paradigma do Estado Legislativo do século XIX, segundo o qual a Administração encontrava-se vinculada juridicamente apenas à lei em sentido formal e no qual a proteção dos direitos fundamentais valia somente nos termos de sua regulamentação legislativa. Considerando que os princípios da legalidade e da supremacia constitucional têm o escopo de resguardar os direitos do cidadão, se eles não forem interpretados em favor deste, com a aceitação de que a Administração está legitimada provisoriamente a deixar de aplicar as leis que ameacem tais direitos, “a garantia universal e indivisível dos direitos humanos se converte em pura fumaça”<sup>1367</sup>.

Destarte, caso a Administração Pública se depare com um dispositivo legal que ofenda normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais, ela se encontrará diante de uma hipótese que a obriga – e não apenas autoriza – a recusar-se a aplicá-lo, por força da incidência imediata das disposições normativas protetoras de direitos fundamentais sobre a atividade

<sup>1367</sup> DUQUE CORREDOR, Román J. Postulados y principios. El sistema constitucional de los derechos humanos em la Constitución venezolana. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coord.). **Derecho Administrativo Iberoamericano**: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. t. I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 170.

administrativa. Convém expor alguns exemplos concretos que possam ilustrar a afirmação, todos envolvendo direitos fundamentais sociais.

O primeiro exemplo diz respeito a um dispositivo da ainda vigente Medida Provisória nº 2.220/2001 (que ostenta força de lei), cujo conteúdo viola o direito fundamental social à moradia, bem como o direito fundamental à igualdade. A Constituição de 1988, em seu art. 183, *caput*, assim dispôs: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. No §1º do mesmo artigo, o constituinte referiu-se a duas espécies distintas de títulos jurídicos por meio dos quais é possível proteger a moradia do cidadão que habita um imóvel sob condições juridicamente irregulares: o título de domínio e a concessão de uso. No §3º, estabeleceu que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, de sorte que em relação a esses a forma de tutelar o direito à moradia do particular em situação irregular deverá se dar mediante a concessão de uso (e não pela transferência do título dominial).

A concessão de uso especial de bens públicos para fins de moradia (CUEM) foi prevista inicialmente no projeto de lei do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), nos arts. 15 a 20. Trata-se de uma medida que concretiza parcela do art. 183, §1º da CF, visando a conceder o uso de imóvel público ao cidadão que o vem ocupando irregularmente após um determinado lapso temporal, garantindo-lhe a segurança da posse, elemento crucial que integra o direito fundamental à moradia. Consoante Ligia Melo, o instituto “permite que o Poder Público promova o acesso à moradia pela via do processo curativo, dando solução à situação que ele próprio deu causa, seja porque não criou condições para o acesso legal à habitação, seja porque não foi vigilante quanto à ocupação de terras públicas ociosas”. Ele se traduz, portanto, em um “dever de regularizar uma situação precária que impõe insegurança ao exercício de um direito”.<sup>1368</sup> Ocorre que todos os artigos supramencionados, que constavam do projeto de lei, foram vetados pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Na Mensagem de Veto nº 730, um dos fundamentos apresentados para justificar a contrariedade do Executivo aos dispositivos foi o fato de que “o projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada”.

Sobreveio então, dois meses depois da promulgação do Estatuto da Cidade parcialmente retalhado pelo chefe do Executivo, a Medida Provisória nº 2.220/2001, que disciplinou o instituto em seu Capítulo I (arts. 1º a 9º). De acordo com essa nova regulamentação, as diferentes hipóteses de concessão de uso especial para fins de moradia só serão deferidas àquele que, dentre outros requisitos, “até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição” o imóvel público.<sup>1369</sup> A disposição, que possui força de lei, não admite que essa

<sup>1368</sup> MELO, Ligia. **Direito à moradia no Brasil**: política urbana e acesso por meio da regularização fundiária. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 225.

<sup>1369</sup> Medida Provisória nº 2.220/2001: “**Art. 1º.** Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”. A limitação temporal é também estabelecida para a hipótese descrita no art. 2º: “**Art. 2º.** Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins

medida protetiva do direito fundamental social à moradia seja proporcionada a outros cidadãos que, embora se encontrem em idêntica situação e preencham todos os demais pressupostos ali descritos, não tenham completado o prazo de cinco anos até o dia 30 de junho de 2001. Assim, o cidadão que no dia 1º de julho de 2001 cumpriu todas as demais exigências para ver regularizada a sua permanência no imóvel – e obter, com isso, a tutela estatal de seu direito à moradia – não logrará receber a concessão de uso especial do Poder Público. Essa discriminação negativa não constitucionalmente autorizada – criada pela manobra do Poder Executivo e não constante da elaboração original do Legislativo – representa um tratamento que ofende o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*), refletindo transgressão ao direito fundamental social à moradia (art. 6º, CF). Cuida-se, pois, de ato normativo inconstitucional que contraria direitos fundamentais.

Em casos como este, a Administração Pública haverá de descumprir a previsão inscrita na MP nº 2.220/2001 no que diz respeito à limitação temporal para a aquisição do direito à concessão de uso especial para fins de moradia, deferindo a medida também para aqueles que, conquanto não tenham completado os cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição antes de 30 de junho de 2001, cumpram os demais requisitos fixados no diploma em tela. Em tais circunstâncias, deverá desrespeitar o ato normativo com força de lei para atender às imposições dos direitos fundamentais à moradia e à igualdade, que incidem imediatamente sobre a sua atividade, mesmo que a norma de nível legal lhe ordene a agir de forma diversa do que exige a Constituição.

O segundo exemplo refere-se a um caso concreto que ocorreu no Estado do Paraná e versa sobre violação dos direitos fundamentais à igualdade, à moradia e à liberdade de orientação sexual. O Prefeito do Município de Bocaiúva do Sul expediu o Decreto nº 413/03, o qual, após extensa motivação hostil às pessoas homossexuais, assim determinou: “Art. 1º. Fica vedada a concessão de moradia e a permanência fixa de qualquer elemento ligado a esta classe (homossexuais), que não trará qualquer natureza de benefícios para este município. Isto para a preservação do respeito a um ambiente familiar edificante”.<sup>1370</sup> Ainda que tenha se tratado de uma norma constante de um decreto e não de uma lei, tal espécie de ato normativo também reclama a observância obrigatória da Administração Pública, por conta do princípio da *autovinculação* que igualmente compõe o princípio da *juridicidade*, no patamar logo abaixo ao da *legalidade*. Contudo, para que se mantenham os exemplos no nível legislativo, imagine-se que a norma tivesse sido veiculada por lei municipal e não por decreto do Prefeito. Estaria a Administração Pública obrigada a respeitá-la, negando-se, por exemplo, a conceder em cartório o

---

de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

<sup>1370</sup> Decreto nº 413/2003 (Município de Bocaiúva do Sul): “O Prefeito Municipal de Bocaiúva do Sul, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o interesse público de defesa social, resolve baixar o decreto abaixo, pelas seguintes razões: Tendo recebido insistentes pedidos de providências, no sentido de conseguir uma residência para que um homossexual fixasse domicílio em nosso Município, acompanhado de seu parceiro... Considerando que essa é uma tentativa de ridicularizar a instituição do casamento como instituição natural para a geração e educação de filhos... Considerando que nossas famílias merecem respeito ante as dificuldades que sofrem para manter os filhos nelas gerados... Ante a necessidade de que os cidadãos dignos tenham em nosso Município a guarida que merecem os trabalhadores e produtores que se interessam pela Comunidade... E também para que não venha acontecer em Bocaiúva do Sul o que acontece na Itália hoje, onde o poder público está pagando cerca de US\$ 3.000,00 (três mil dólares) para cada filho que os cidadãos venham ter... Acrescentando ainda que a luta deste Município para suportar os encargos sociais precisa trazer indústrias e com isto necessitam de pessoas com punhos firmes para manejar os instrumentos de produção. **Decreta: Art. 1º.** Fica vedada a concessão de moradia e a permanência fixa de qualquer elemento ligado a esta classe (homossexuais), que não trará qualquer natureza de benefícios para este município. Isto para a preservação do respeito a um ambiente familiar edificante. **Art. 2º.** Ficam revogadas as disposições em contrário. Paço Municipal, em 02 de dezembro de 2003”.

pedido de registro de uma escritura pública de transferência de imóvel para o nome de um homossexual? Ou recusar-se a prestar a ele o serviço público de assistência social, rejeitando-lhe a concessão de um abrigo? Em que pese tratar-se de um exemplo caricato, ele efetivamente aconteceu no mundo dos fatos. A disposição normativa em questão ofende tanto os direitos fundamentais à moradia (art. 6º, CF) e à igualdade (art. 5º, *caput*), formalmente inseridos no catálogo do Título II, quanto o direito materialmente fundamental à liberdade de orientação sexual (art. 5º, §2º, CF), já reconhecido como tal pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>1371</sup> Todos eles incidem diretamente sobre a Administração Pública, que nessa situação se encontrava obrigada a descumprir a norma inconstitucional, eis que transgressora de direitos fundamentais.

O terceiro exemplo concerne a uma disposição de lei federal que ofende o direito fundamental social à aposentadoria do servidor público e o direito à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar: o art. 172 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos servidores públicos federais), que assim determina: “Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada”. A aposentadoria consiste em elemento que compõe o direito fundamental social à previdência social, expressamente referido como tal no art. 6º da Constituição Federal, e no caso dos servidores públicos é disciplinada também em âmbito constitucional (art. 40). A normal legal mencionada restringe de modo inconstitucional o acesso à fruição desse direito ao servidor público que já reuniu todas as condições necessárias para exercê-lo, mas que responde a processo administrativo disciplinar. Além de afrontar o direito fundamental à aposentadoria, também infringe o direito igualmente fundamental à presunção de inocência, de ampla incidência no processo administrativo disciplinar.<sup>1372</sup> Isso porque, se o servidor se presume inocente enquanto não haja condenação administrativa definitiva, ele deve receber tratamento isonômico em relação àquele dispensado aos agentes que não estão sendo processados, sendo vedada a imposição de restrições à sua esfera jurídica derivadas pura e simplesmente da sua condição de acusado.

---

<sup>1371</sup> Confira-se trecho da ementa da decisão: “Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (...) Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em 13.10.2011. Publicado em 14.10.2011.

<sup>1372</sup> No Brasil, ver, por todos: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 37, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-55, jul./set. 2009. Na doutrina estrangeira, as consequências jurídicas do princípio da presunção da inocência no processo administrativo sancionador são minuciosamente destrinchadas por: ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Thomson-Civitas, 2007. p. 339-491. GALLARDO CASTILLO, María Jesús. **Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica**. Madrid: 2008. Ver, ainda: NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 365-378.

Não se nega que as leis podem limitar o conteúdo dos direitos fundamentais, mas para fazê-lo devem respeitar os princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade<sup>1373</sup> e da razoabilidade<sup>1374</sup> – o que não ocorre na hipótese vertente. A previsão legislativa em apreço é irrazoável, uma vez que a aposentação do servidor público não impede em nada o regular processamento do feito de cunho disciplinar. As sanções estipuladas pela Lei nº 8.112/90 podem, todas elas, ser aplicadas ao agente que estiver em inatividade, seja ela a advertência (a ser registrada no histórico funcional do aposentado), a suspensão (com o desconto proporcional do número de dias nos proventos) e a demissão (a ser convertida em cassação da aposentadoria). É também desproporcional, haja vista que limita um direito fundamental sem necessidade, pelos motivos já expostos, não representando a opção menos restritiva ao direito para atingir o resultado a que se pretende (conforme exige o subprincípio da necessidade).<sup>1375</sup> Nessa linha, a Administração Pública, legalmente proibida de deferir o pedido e implementar o direito fundamental social à aposentadoria do servidor sujeito a processo disciplinar em curso, deverá descumprir o art. 172 da Lei nº 8.112/90, efetivando o direito fundamental que sobre ela incide imediatamente e por cima da lei inconstitucional.

Ocorre que nem todas as leis inconstitucionais são contrárias à Constituição por infringir normas veiculadoras de direitos fundamentais. E mesmo assim algumas delas devem deixar de ser aplicadas pela Administração.

*Segunda hipótese: não se tratando de lei contrária a direitos fundamentais, a negativa administrativa de aplicação a uma lei inconstitucional só poderá ser realizada com o objetivo de proteger ou ampliar direitos dos cidadãos, e jamais com o propósito central de desvencilhar-se da previsão legal para sancioná-los ou para restringir suas esferas jurídicas.*

Seguindo a linha de fundamentação aqui adotada e anteriormente exposta, a atuação administrativa *contra legem* é autorizada, de modo extraordinário, pelo direito fundamental à tutela administrativa efetiva, o qual reclama que a Administração Pública proteja de forma adequada os direitos dos cidadãos, mesmo que para tanto seja necessário, em caráter excepcional, desviar-se do cumprimento das leis para prestigiar a Constituição. Logo, o uso dessa prerrogativa atípica só será juridicamente admitido para a finalidade de *tutelar/ampliar a órbita jurídica do cidadão*, e, portanto, nunca para reduzi-la.

Significa dizer que não será admissível a recusa administrativa à aplicação de lei inconstitucional se o vício identificado na norma legal for uma espécie de contrariedade à Constituição que: (i) não guarde qualquer relação com a proteção de direitos fundamentais (v.g. inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa ou de procedimento); (ii) tenha por escopo principal restringir ou suprimir direitos – fundamentais ou não – previstos em lei que, por algum motivo, seja contrária à Constituição. No entanto, caberá o manejo da prerrogativa de rejeição, nos casos em que: (iii) embora não se tratando de direitos fundamentais, a lei por alguma razão se mostre inconstitucional e, além disso, tenha o intuito de diminuir a esfera jurídica do cidadão. Será possível a sua desaplicação, portanto, se tiver o objetivo de proteger ou alargar o círculo de

<sup>1373</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 239 *et seq*; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167-182; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-82; BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. *passim*; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 752-765;

<sup>1374</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 765-769.

<sup>1375</sup> PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 740-742.

direitos do indivíduo ilegitimamente reduzido pela lei. Alguns exemplos podem auxiliar na explicação dessas três situações – as duas primeiras, em que a prerrogativa não pode ser utilizada, e a terceira, na qual a recusa à execução legal é cabível.

Primeiro exemplo: uma lei que tenha nascido de um projeto apresentado por um deputado federal, versando sobre matéria de iniciativa privativa do Presidente da República. O fundamento da incompatibilidade do diploma legal com a Constituição seria o vício de iniciativa, caso de inconstitucionalidade formal. Pense-se numa lei que crie o direito à licença remunerada aos servidores públicos federais que pretendam realizar estudos em programa de pós-graduação *stricto sensu* fora do país, ao qual corresponda uma competência vinculada da Administração de concedê-lo sempre que preenchidos determinados requisitos. A disposição legal afeta o regime jurídico dos servidores públicos da União, temática que, pelo art. 61, §1º, II, “c” da CF, só poderia ser tratada em proposição formulada pelo Presidente da República. Por mais flagrante que seja a contrariedade da lei à Constituição, ela ocorreu por conta do vício formal de iniciativa. Seu conteúdo material, todavia, possui cunho ampliativo da esfera jurídica dos agentes públicos federais. Não poderá a chefia do Poder Executivo negar-se a aplicar a lei ou determinar que os seus subordinados assim o façam, pois a medida restringiria um direito que, embora não seja fundamental, está previsto em uma lei que desfruta de presunção de constitucionalidade. Esta só poderá ser quebrada pelo Poder Judiciário, em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, competência típica, de caráter ordinário, conferida aos órgãos judiciais pela Constituição. Sem que haja uma competência específica para a Administração exercer essa fiscalização repressivamente, ela não poderá desempenhá-la com o fito de limitar a órbita jurídica do particular, já que o princípio da *constitucionalidade* serve para *proteger o cidadão*, e não para *agredir os seus direitos* assegurados pelo legislador. O princípio da *legalidade*, da mesma forma, presta-se a *tutelar os direitos do indivíduo previstos no ordenamento jurídico*, impedindo que a Administração os restrinja e afaste a incidência da lei juridicamente protetiva ou ampliativa sem que detenha competência específica para fazê-lo.

O exemplo acima engloba as duas situações anteriormente descritas em que não se admite o uso da prerrogativa administrativa atípica de rechaçar a aplicação de lei tida por inconstitucional: (i) ausência de relação com a proteção de direitos fundamentais; (ii) pretensão de limitar ou abolir direitos legalmente previstos, mas contrários à Constituição. Pense-se agora na terceira hipótese cogitada, em que a negativa de execução da lei é cabível: (iii) quando, mesmo que não estejam envolvidos direitos fundamentais, a lei se mostre inconstitucional e restrinja a esfera jurídica do cidadão.

Volte-se ao exemplo anterior. Suponha-se que a referida lei tivesse sido originada de um projeto de lei oferecido pelo Presidente da República – e, portanto, em conformidade com a Constituição tanto sob o ponto de vista formal, quanto sob o prisma material. Em seguida, um deputado federal apresenta um projeto de lei que, entre outros assuntos, revoga a disposição que previu o direito à licença remunerada. A proposição é aprovada por ambas as casas do Poder Legislativo, o Presidente apõe o seu veto ao dispositivo revogatório e o Congresso Nacional o derruba. A lei é promulgada e revoga a vantagem previamente existente. Além de ser formalmente inconstitucional, o diploma legislativo em questão exhibe caráter restritivo de direitos não fundamentais dos servidores públicos federais. Exsurge, pois, a terceira hipótese supramencionada: o Presidente de República deverá recusar-se a aplicar a norma legal, praticando ato administrativo que ordene aos seus subordinados que continuem concedendo as licenças remuneradas nos termos da legislação anterior. Logicamente que, simultaneamente,



deverá propor ação direta de inconstitucionalidade, postulando medida cautelar que, se concedida, legitimará o ato por ele praticado. Se denegada, suspenderá o ato expedido pela Presidência e a lei voltará a produzir eficácia jurídica até que o Supremo Tribunal Federal julgue em definitivo a medida.

Poderia alguém entender que a interpretação aqui desenvolvida é arbitrária – no sentido de não se pautar em um critério seguro respaldado na Teoria do Direito ou no Direito positivo – porque em alguns casos admite o rompimento da presunção de constitucionalidade das leis pela Administração, em outros não. Poderia parecer incoerente com a afirmação de que a norma inconstitucional é nula de pleno de direito (e não meramente anulável), pois ora se aceita o seu descumprimento (como se a lei não produzisse efeitos), ora não (como se ela deixasse de operar eficácia). Entretanto, há uma fundamentação para a posição sustentada. Explica-se.

As leis inconstitucionais são nulas, e portanto as decisões que declaram a inconstitucionalidade das normas legais apenas atestam uma situação que já existia previamente, gerando efeitos retroativos. Por outro lado, até que essa declaração seja feita por um órgão que detenha competência (típica ou atípica) para exercer esse controle, elas se presumem constitucionais e devem ser observadas tanto pelos particulares quanto pelo Poder Público. O entendimento de que as leis inconstitucionais são absolutamente nulas não é suficiente para autorizar que qualquer pessoa se negue a respeitá-las. Como assinala Cármen Lúcia Antunes Rocha, “o deixar de cumprir a lei ao argumento de estar-se a cumprir a Constituição compreende-se num sistema normativo, no qual se estabelece quem define e como se define e se declara a inconstitucionalidade de uma lei. *Não diz a inconstitucionalidade quem quer, mas quem pode*”.<sup>1376</sup> E a Administração Pública detém esse dever-poder, cujo exercício é excepcionalmente autorizado quando se busca preservar o objetivo a que se destina tanto o princípio da *legalidade administrativa* quanto o da *supremacia constitucional*: tutelar o indivíduo contra a ação estatal lesiva à sua esfera de direitos. Se tais princípios colidem, o que se deve garantir é que a razão de existir de cada um deles seja – simultaneamente – observada. Por que a Administração não pode descumprir a lei? Para não prejudicar o cidadão. Por que ela não pode desrespeitar a Constituição? Para não prejudicar o cidadão. Pois então, nada mais lógico do que admitir que ela deva descumprir a lei se for para proteger a órbita jurídica do indivíduo, desde que com algum respaldo constitucional, e não possa fazê-lo se o escopo dessa desaplicação for prejudicá-lo, ainda que com fundamento constitucional.

O critério aqui empregado, como se vê, não é somente técnico-formal (nulidade *vs.* anulabilidade). Este se revela insuficiente em um Estado de Direito material e não apenas formal.<sup>1377</sup> Acolhe-se, pois, um fundamento substancial: a essência que subjaz aos princípios da legalidade administrativa e da constitucionalidade, que consiste na *proteção dos direitos do*

<sup>1376</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991. p. 120 (grifos não constam do original).

<sup>1377</sup> Adere-se, aqui, à concepção de Estado de Direito material defendida por Jorge Reis Novais. Segundo o autor, o Estado de Direito pode ser qualificado como *material* nos modelos em que “a limitação jurídica do Poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado”. Sob esse viés deve ser compreendido o perfil dos Estados Sociais e Democráticos de Direito contemporâneos (como é o caso brasileiro), pois neles “é a proteção dos direitos fundamentais que justifica o objectivo de limitação do Estado, pelo que a certeza e a segurança jurídica e as técnicas formais que lhes vêm associadas só cobram verdadeiro sentido e são susceptíveis de ser consideradas como valores *a se* desde que integradas, vinculadas e subordinadas à realização axiológica material implicada na dignidade da pessoa humana”. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 103 e 212.

*cidadão*. É por conta disso – desse embasamento que justificou a origem da sujeição administrativa à lei – que a Administração Pública adquire, em caráter extraordinário, a competência atípica de inverter a presunção de constitucionalidade da lei e recusar-se a aplicá-la. Ela descumprirá a lei para respeitar o objetivo a que se destina o princípio da legalidade – proteção da esfera jurídica do cidadão – sempre que a execução da norma legal inconstitucional conduzir a um resultado diverso dessa finalidade, isto é, sempre que a implementação da lei contrária à Constituição ofender direitos do particular, sejam eles fundamentais ou não.

O raciocínio aqui empreendido parte da premissa de que não se pode pensar o controle de constitucionalidade exclusivamente em termos técnico-formais. É preciso concebê-lo também sob o ponto de vista jurídico material, criticamente, compreendendo *para quem servem os institutos*, isto é, qual é o fundamento que explica a sua existência no mundo jurídico. O reconhecimento do direito à tutela jurisdicional efetiva teve a pretensão de demonstrar, nessa linha, que as técnicas do processo judicial só podem ser pensadas com o intuito de proporcionar uma proteção adequada do direito material.<sup>1378</sup> O mesmo se passa com o direito à tutela administrativa efetiva: ele impõe que as competências e prerrogativas administrativas sejam compreendidas à luz das exigências de uma tutela voltada à efetividade do direito material. Não se pode, assim, interpretá-las somente sob a perspectiva formal da teoria da nulidade da norma inconstitucional.

*Terceira hipótese: havendo reiteradas decisões proferidas pelos tribunais locais ou pelas Cortes Superiores em sede de controle difuso de constitucionalidade, declarando com efeitos “inter partes” a inconstitucionalidade da lei, a Administração Pública deverá deixar de aplicá-la mesmo que a decisão judicial não tenha sido contra si dirigida, desde que esse descumprimento da lei seja a solução mais protetiva aos direitos do cidadão.*

No Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.1., sustentou-se que, em decorrência do direito à tutela administrativa efetiva, compete à Administração e à Advocacia Pública investigar as posições já pacificadas pelos tribunais a propósito do reconhecimento de direitos fundamentais, as quais devem ser respeitadas para evitar o ajuizamento de ações fadadas à condenação do Estado. A proposição também se aplica, logicamente, quando se trata de decisões judiciais reiteradas que declaram, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade de leis ofensivas à esfera jurídica dos cidadãos.<sup>1379</sup> Mesmo que a entidade pública não tenha figurado em um desses processos, por força do direito à tutela administrativa efetiva ela estará obrigada a atuar conforme a orientação jurisprudencial dominante, porque assim estará agindo espontânea e

<sup>1378</sup> Nessa esteira, ancorado no direito à tutela jurisdicional efetiva, Luiz Guilherme Marinoni aduz que “a idéia de adequação do processo ao direito material exige, em um primeiro momento, que *o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos*, para depois se compreender que o processo, como técnica indiferente ao direito material, é fechado em si mesmo, e, portanto, algo inservível”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28 (grifos não constantes do original).

<sup>1379</sup> A adoção desse critério – existência de reiteradas decisões judiciais, proferidas em sede de controle difuso, no sentido da inconstitucionalidade da lei – como fator que habilita a Administração a deixar de aplicá-la é empregado na República Argentina por: COMADIRA, Julio R. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional. In: \_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo**: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 409. Alfonso Buteler também acolhe o critério, admitindo a inaplicação das leis inconstitucionais somente nesses casos (posição jurisprudencial firme) e nas hipóteses em que haja uma autorização legislativa do Congresso Nacional para que a Administração exerça essa atividade. BUTELER, Alfonso. La interpretación de la Constitución en sede administrativa. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, n° 408, Buenos Aires, RAP, p. 151-162, sep. 2012. p. 159-162.

igualmente em favor da proteção dos direitos do cidadão, com respaldo no entendimento pacificado pelo Judiciário, mesmo que não tenha sido judicialmente coagida a fazê-lo.

Esclareça-se que, assim como nos outros casos (*primeira* e *segunda* hipóteses), a Administração só estará obrigada a acompanhar o posicionamento dominante dos tribunais manifestado de forma difusa se a lei reputada inconstitucional for mais restritiva aos direitos dos indivíduos. Não estará compelida a fazê-lo – alias, estará proibida – quando a lei declarada inconstitucional difusamente pela jurisprudência for mais protetiva aos direitos dos particulares. Enquanto não houver decisão com eficácia *erga omnes*, prolatada pela via do controle abstrato, a lei inconstitucional benéfica ao cidadão continuará gozando de presunção de constitucionalidade, que só poderá ser rompida pelo próprio Judiciário. Aplica-se, pois, a lógica que vem presidindo este estudo: o princípio da *legalidade estrita* só pode ser afastado se for para atender à sua razão de ser, que é a tutela do universo jurídico dos cidadãos. É evidente que se a pronúncia da nulidade houver ocorrido nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, com efeitos contra todos e eficácia vinculante, a lei obrigatoriamente haverá de ser desaplicada pela Administração. Não, todavia, se houver sido invalidada em decisão judicial revestida de efeitos *inter partes*.

Note-se que essa terceira hipótese acabará coincidindo com alguma das duas anteriores: lei inconstitucional que viola direitos fundamentais ou lei que, conquanto não ofenda direitos fundamentais, ostente vício de inconstitucionalidade de outra natureza e restrinja a esfera jurídica do indivíduo mediante a supressão de direitos legais. Optou-se por referir-se a esta terceira situação separadamente para destacar um elemento adicional: existência de posicionamento pacificado do Poder Judiciário relativo à inconstitucionalidade da lei restritiva de direitos (fundamentais ou não). Esse fator obriga que a Administração, por meio da orientação de seus órgãos de assessoria e consultoria jurídica, siga os rumos indicados pelos tribunais locais e pelas Cortes Superiores. Do contrário, os particulares serão obrigados a mover ações judiciais para arguir a inconstitucionalidade da lei e, seja no âmbito do tribunal local, seja em última instância, acabarão logrando êxito. Serão, portanto, forçados a enfrentar os severos obstáculos impostos pelas estruturas judiciárias brasileiras para receber um provimento que já poderiam ter obtido se a Administração houvesse respeitado a jurisprudência sedimentada.

A relevância de se dar realce a essa questão, tratando-a como uma terceira hipótese, repousa sobre o fato de que nos dois primeiros casos é dispensável a existência de entendimentos remansosos do Poder Judiciário para que os órgãos administrativos devam se recusar a aplicar a lei inconstitucional. E nessa terceira situação, havendo esses precedentes judiciais iterativos, mesmo que as procuraturas públicas tivessem anteriormente manifestado um posicionamento oposto, orientando a Administração a executar a lei cuja constitucionalidade foi questionada pelo particular, deverão elas modificar a orientação dada tão-logo obtenham conhecimento da posição jurisprudencial pacificada. E, assim, haverão de determinar que o Poder Público rejeite a execução da lei havida por inconstitucional pelas decisões judiciais exaradas com eficácia *inter partes*.

Deixe-se claro, nesse ponto, que não é a eficácia da coisa julgada *inter partes* produzida por julgados esparsos que vinculará o comportamento da Administração em situações envolvendo cidadãos distintos. Se o sujeito A obteve a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº X em uma ação proposta contra uma autarquia estadual, que estava aplicando a lei inconstitucional e afetando negativamente os seus direitos, não é a eficácia *inter partes* da decisão judicial prolatada nesses autos que obrigará a entidade autárquica (ou outros entes

estaduais) a deixar de aplicar a Lei nº X em face dos sujeitos B, C ou D. O fundamento vinculativo é outro: se a lei em referência apresenta uma inconstitucionalidade e, além disso, o seu conteúdo é restritivo à órbita jurídica dos indivíduos, o direito fundamental à tutela administrativa efetiva exige que a Administração Pública proteja os direitos dos cidadãos de forma *espontânea e igualitária*. A consolidação de precedentes judiciais oriundos do controle difuso de constitucionalidade será um fator a mais, que reforçará a demonstração da nulidade da lei, obrigando com isso os órgãos administrativos a satisfazerem o direito à tutela administrativa efetiva. O elemento da *espontaneidade*, que se extrai desse direito, indica que o Poder Público não precisa ser condenado judicialmente para reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma legal cuja invalidade já foi reiteradamente pronunciada pelo Judiciário. E o componente da *igualdade*, também inerente à noção de tutela administrativa efetiva, preconiza que a ação administrativa trate igualitariamente os cidadãos, visto que há agressão ao princípio da isonomia quando alguns indivíduos são protegidos contra a incidência da lei inconstitucional ablativa, porque obtiveram a tutela judicial, e outros não o são.

Com isso acredita-se ter demonstrado a íntima conexão entre o direito fundamental à tutela administrativa efetiva e a prerrogativa administrativa de recusa à aplicação da lei inconstitucional limitadora de direitos. Nessa terceira hipótese excepcional que admite o seu manejo – presença de precedentes judiciais iterativos – o que vincula a Administração a adotar *sponte propria* o entendimento dos tribunais favorável ao cidadão não é a eficácia da coisa julgada, que por seus limites subjetivos restringe-se às partes do processo, mas sim os efeitos jurídicos do direito à tutela administrativa efetiva, que reclama a proteção espontânea e igualitária dos direitos dos cidadãos pela Administração Pública. Em circunstâncias como essa, a chefia da entidade pública deverá expedir um ato administrativo normativo, de caráter obrigatório, determinando que todos os seus subordinados acolham o posicionamento judicial, deixando de executar a lei inconstitucional prejudicial à cidadania.<sup>1380</sup>

Um exemplo dessa terceira situação ocorreu no Estado do Paraná e diz respeito a uma lei ofensiva aos direitos fundamentais à isonomia tributária (art. 150, II, CF) e à irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos (art. 37, XV, CF). O art. 78 da Lei Estadual nº 12.398/98 fixava as alíquotas da contribuição mensal dos segurados e pensionistas ao Fundo de Previdência da seguinte forma: “I – 10% (dez por cento) sobre a parcela da remuneração, subsídios, proventos ou pensão que for menor ou igual a R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais); II – 14% (quatorze por cento) sobre a parcela da remuneração, subsídios, proventos ou pensão que for superior a R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais)”. O dispositivo instituía um tratamento desigual entre contribuintes que se encontravam em situação equivalente, uma vez que sobre a contribuição previdenciária não se justifica a incidência de progressividade, por se tratar de um tributo que ostenta natureza retributiva e proporcional e por não contar com expressa autorização constitucional, exigível para a adoção do critério progressivo. Violou-se, com isso, o art. 150, II da Constituição Federal,<sup>1381</sup> do qual se deduz o direito à isonomia tributária, já reconhecido

<sup>1380</sup> Nesse sentido se manifesta Juarez Freitas: “desde que largamente pacificada a orientação, parece lógico o dever (...) de acatamento dos precedentes judiciais e de emissões rápidas de súmulas administrativas confortadoras de tais diretrizes”. FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 13-22, 1999. p. 16.

<sup>1381</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) **II** – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de

como direito materialmente fundamental pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>1382</sup> Ofendeu-se, ademais, o direito à irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos, consagrado pelo art. 37, XV da CF<sup>1383</sup> e também elevado, pelo STF, à condição de direito materialmente fundamental.<sup>1384</sup>

Tais vícios de inconstitucionalidade material foram identificados incontáveis vezes pelo Poder Judiciário, que mediante o controle jurisdicional difuso declarou repetidamente, *in concreto*, a nulidade do art. 78 da Lei Estadual nº 12.398/98. O entendimento foi pacificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,<sup>1385</sup> pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>1386</sup> e pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>1387</sup> Sem embargo, diversos setores da Administração Pública paranaense continuaram cobrando de maneira inconstitucional a contribuição previdenciária calculada pela alíquota diferenciada, já que a nulidade da norma legal não havia sido declarada pela via do controle abstrato. Numa tal situação, a pacificação da jurisprudência do tribunal local e das Cortes Superiores (STF e STJ), ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, impunha que as entidades administrativas do Estado do Paraná deixassem de aplicar o dispositivo legal inconstitucional e agressivo aos direitos fundamentais dos servidores. Mesmo à ausência de decisão do STF com eficácia *erga omnes* e vinculante, competia à Administração estadual, por meio de sua chefia, expedir decreto determinando que a cobrança da contribuição de todos os servidores fosse realizada de maneira igualitária e compatível com a Constituição, com base na alíquota de 10%. Essa inteligência decorre do direito fundamental à tutela administrativa efetiva, que exigia, nessa conjuntura, uma atuação administrativa espontânea (sem coerção judicial) e igualitária (isonômica a todos os cidadãos) em prol da proteção dos direitos constitucionais violados pelo art. 78 da Lei Estadual nº 12.398/98. A título de curiosidade, a disposição normativa foi revogada pela Lei Estadual nº

---

ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

<sup>1382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3128. Relatora Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 18.08.2004, DJ 18.02.2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105. Relatora Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 18.08.2004. DJ 18.02.2005.

<sup>1383</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 37. (...) XV** – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

<sup>1384</sup> Entendeu a Corte que, nada obstante não encontrar-se formalmente relacionado no catálogo do Título II, o direito à irredutibilidade de vencimentos configura uma “modalidade qualificada de direito adquirido”, e por essa razão consubstancia uma “garantia constitucional oponível às emendas constitucionais”. Trata-se, pois, de direito materialmente fundamental, pois goza do regime jurídico reforçado dos direitos fundamentais, que lhe outorga a condição de cláusula pétreia, revestindo-o de proteção contra reformas constitucionais abolitivas. Os termos entre aspas constam do voto do Ministro Relator (itens 49 e 52): BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24875. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 11.05.2006. DJ 06.10.2006.

<sup>1385</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 0438994-6. 6ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Idevan Lopes. Unânime. Julgado em 03.06.2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão nº 377. 7ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Ruy Francisco Thomaz. DJ 04.04.2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão nº 130. 6ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Prestes Mattar. DJ 03.08.2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 0083477-7. 7ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Viera. Relator Designado: Des. José Maurício Pinto de Almeida. Julgado em 23.10.2007.

<sup>1386</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.139/PR. Relator Min. João Otávio de Noronha. 2ª Turma. Julgado em 06.09.2005. DJ 03.10.2005.

<sup>1387</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 386098. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 03.02.2004. DJ 27.02.2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 414915. Relatora Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 21.03.2006. DJ 20.04.2006.

17.435/2012, que em seu art. 15 instituiu a alíquota de 11% para todos os servidores indistintamente, eliminando a inconstitucionalidade do diploma anterior.

*Quarta hipótese: havendo decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que goze de eficácia “erga omnes” e efeito vinculante, os fundamentos determinantes que levaram à pronúncia da inconstitucionalidade vinculam a Administração Pública, que se encontrará obrigada a rejeitar a aplicação: (i) da norma legal especificamente invalidada pela Corte; (ii) das leis análogas que, embora não hajam sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, sejam contrárias à Constituição de acordo com a “ratio decidendi” da decisão do STF (e isso independentemente de a solução ser mais ou menos protetiva aos direitos do cidadão).*

Essa hipótese admissível de rejeição administrativa de leis inconstitucionais não decorre do direito fundamental à tutela administrativa efetiva, mas sim da eficácia jurídica produzida por aquelas decisões do Supremo Tribunal Federal que gozam de efeitos *erga omnes* e *vinculantes* – expressões que, como já se viu, traduzem categorias jurídicas distintas. Em decorrência das decisões que desfrutam desses predicados, a Administração Pública se vê obrigada a: (i) deixar de aplicar os dispositivos legais específicos que foram anulados em abstrato pelo Supremo Tribunal Federal – consequência da eficácia *erga omnes* do julgado, que faz com que a *parte dispositiva* da decisão incida contra *todos*, aí incluído o Poder Público; (ii) deixar de aplicar dispositivos previstos em leis que, conquanto não tenham sido objeto de declaração abstrata de inconstitucionalidade pelo STF, estejam em desacordo com a Constituição pelos mesmos fundamentos determinantes que conduziram a outras declarações abstratas de inconstitucionalidade – consequência da eficácia *vinculante* do acórdão, que faz com que a fundamentação do *decisum* vincule os demais órgãos do Poder Judiciário e as Administrações Públicas direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Aqui não interessa se a decisão do STF é mais ou menos benéfica ao cidadão do que a aplicação da lei reputada inconstitucional, pois a cogência de sua observância não advém do direito à tutela administrativa efetiva, mas sim dos próprios dispositivos constitucionais e legais que imprimem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a determinados atos do Supremo Tribunal Federal. A Administração Pública deverá, por conseguinte, manter-se atenta (i) às súmulas vinculantes do STF (art. 103-A, CF),<sup>1388</sup> bem como às decisões definitivas de mérito proferidas em sede de (ii) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, §2º, CF),<sup>1389</sup> (iii) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF), e (iv) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 10, §3º da Lei nº 9.882/99).<sup>1390</sup> São essas as quatro espécies de decisões do Supremo Tribunal Federal dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

<sup>1388</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

<sup>1389</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 102.** (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão *eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

<sup>1390</sup> Lei nº 9.882/99: “**Art. 10.** Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. (...) § 3º. A decisão terá *eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*”.

Em que pese haver divergências doutrinárias no que toca ao sentido da eficácia vinculante e na admissibilidade ou não da produção de efeitos transcendentais da decisão, que não se limita à sua parte dispositiva e engloba também sua *ratio decidendi*, já se manifestou a posição adotada neste trabalho. Remete-se, assim, às considerações tecidas ao *quinto* argumento favorável no ponto (a.2.), *supra*. Perceba-se que é justamente por se compartilhar, aqui, da ideia de que eficácia vinculante significa o dever de respeito à *ratio decidendi* em casos análogos, que esta quarta hipótese foi inserida como modalidade de rejeição administrativa de leis inconstitucionais. Lembre-se que há parcela da doutrina que nega os efeitos transcendentais dessas decisões (com exceção das súmulas vinculantes, que já trabalham os temas em abstrato, em geral não se referindo a leis específicas) e propugna que apenas a parte dispositiva do acórdão é vinculativa aos órgãos judiciários e à Administração Pública.<sup>1391</sup> Para tais autores, em tese, não seria aceitável admitir a obrigatoriedade da recusa administrativa à execução de leis que ainda não foram declaradas inconstitucionais pelo STF pela via abstrata, mesmo que leis análogas já o tenham sido, pois a eficácia jurídica da decisão de inconstitucionalidade se limitaria àquela lei específica já apreciada pela Corte. Tal inteligência não parece acertada, pelos motivos já apresentados no apartado suprarreferido.

Concluída a resposta à segunda questão, com a sugestão das hipóteses que comportam o excepcional exercício da prerrogativa sob análise, há que se examinar a próxima indagação suscitada, que diz respeito à existência ou não de discricionariedade do administrador na sua utilização.

**(iii) Terceira questão: o exercício da prerrogativa administrativa de negar execução à lei inconstitucional é facultativo ou obrigatório?**

Nas quatro hipóteses anômalas em que a prerrogativa administrativa de rejeição à observância da lei inconstitucional é admitida pelo Direito brasileiro, a sua utilização pela Administração revela-se obrigatória, inexistindo margem de apreciação subjetiva para praticá-la ou não.<sup>1392</sup> As razões jurídicas que justificam essa inferência são distintas mas levam ao mesmo resultado, caso se esteja analisando as três primeiras hipóteses ou a quarta hipótese, uma vez que o embasamento jurídico do primeiro e do segundo bloco de situações é diverso. Observe-se.

<sup>1391</sup> ABBoud, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 136-143.

<sup>1392</sup> A doutrina diverge a respeito desse tema, havendo quem sustente tratar-se de um *poder*, de exercício facultativo, e quem defenda cuida-se de um *dever*, de prática obrigatória. Como a fundamentação aqui apresentada para aceitar quatro hipóteses excepcionais do uso da prerrogativa administrativa de rejeição às leis inconstitucionais, a referência aos argumentos utilizados pelos autores em um ou outro sentido seria incongruente, pois as situações em que cada um admite a utilização dessa competência e os embasamentos jurídicos para tanto são diversos daqueles expostos neste trabalho. Por isso, limita-se aqui a indicar a parcela da doutrina que considera tratar-se de: (i) um *poder*, discricionariamente manejado pelo administrador (CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos**: limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 180-184); (ii) um *dever*, de exercício obrigatório ao agente (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 204-209; BARROSO, Luís Roberto. Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento. **Revista de Direito Administrativo**, nº 181-182, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 387-414, jul./dez. 1990; MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade**: contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e Administração Pública no Estado Social de Direito. Coimbra: Almedina, 2004. p. 399-400); (iii) ora um *poder*, ora um *dever*, a depender da natureza da invalidade da norma legal (GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no Direito português e no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 131-298; MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. t. I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 394 *et seq*).

No que diz respeito às três primeiras hipóteses supradescritas, o fundamento utilizado nesta investigação para sustentar a existência da prerrogativa administrativa excepcional de rejeitar a aplicação de uma lei constitucional é o direito fundamental à tutela administrativa efetiva. O cidadão, justamente por titularizar o direito a que a Administração Pública proteja a sua esfera jurídica de forma espontânea, integral e igualitária, pode dela exigir o descumprimento das normas legais com o único fim de proporcionar essa tutela efetiva dos seus direitos (fundamentais ou não), resguardando-os inclusive contra as arbitrariedades do legislador. Sendo assim, e considerando que nas três primeiras hipóteses em que é cabível a recusa administrativa à aplicação de lei a Administração só poderá assim agir para proteger ou ampliar o universo jurídico dos cidadãos, o emprego dessa prerrogativa será *obrigatório* e não facultativo. Não faria sentido supor que o Poder Público teria a mera *faculdade* de adotar ou não uma providência à qual a pessoa tem direito, e que se afigura imprescindível para a salvaguarda de sua esfera jurídica. Nas situações em que o ordenamento concede implícita e extraordinariamente essa competência *atípica* aos órgãos administrativos, ele o faz de forma vinculada e não discricionária, pois ela consiste em autêntico *dever-poder*: o sistema normativo confere à Administração o *poder* de descumprir a lei exclusivamente para o fim de obedecer ao *dever* de tutelar efetivamente os direitos dos indivíduos, protegendo-os contra as medidas abusivas praticadas no exercício da função legislativa.

Ainda no que toca às três primeiras hipóteses, o princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, CF) reforça a argumentação no sentido da obrigatoriedade (e não facultatividade) do emprego dessa excepcional competência. A explicação foi oferecida quando se apresentou o *oitavo* argumento favorável no ponto (a.2), *supra*. Esse princípio jurídico impõe à Administração Pública o dever de exercitar a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade, conferindo a maior efetividade possível aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico.<sup>1393</sup> Se a prerrogativa administrativa de rechaço à lei inconstitucional atentatória contra direitos do cidadão é autorizada pelo sistema normativo, e, no caso concreto, ela se revela como a maneira mais célere e efetiva de emprestar tutela à esfera jurídica dos indivíduos, o princípio da eficiência compele a Administração a adotar essa solução.

Em relação à quarta hipótese – existência de decisão do STF revestida de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante – a obrigatoriedade da inexecução administrativa da lei declarada inconstitucional decorre diretamente da Constituição (arts. 102, §2º e 103-A). Se foi pronunciada a *nulidade* da norma legal especificamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a de todas as demais normas que, embora não apreciadas pela Corte, pelos mesmos fundamentos determinantes do julgado se mostrem contrárias à Constituição, tais disposições normativas já terão sido expurgadas do ordenamento jurídico por incompatibilidade constitucional. Logo, cuidando-se de normas invalidadas, forçosamente a Administração deverá negar-lhes aplicação.

(iv) *Quarta questão: a competência administrativa de rejeição de aplicação de leis inconstitucionais é conferida apenas aos chefes do Poder Executivo ou também aos seus subordinados?*

---

<sup>1393</sup> Os fundamentos e consequências jurídicas dessa compreensão são destrinchados em: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245 *et seq.*



Como se relatou no início da exposição, o entendimento que vem sendo acatado pela jurisprudência e pelo Poder Público brasileiro em geral, com forte apoio da doutrina, é o de que a competência administrativa de deixar de aplicar a lei tida por inconstitucional é conferida somente às chefias do Poder Executivo. Não parece, porém, ser essa a leitura mais adequada do sistema constitucional pátrio. Como bem adverte José Cláudio Carneiro Filho, essa limitação subjetiva “retira grande parcela do efeito principal da rejeição, qual seja, o rompimento das amarras burocráticas em homenagem à salvaguarda de preceitos constitucionais. Em muitas situações, a autoridade administrativa não pode aguardar um posicionamento da autoridade máxima, sob pena de ver ofendido o bem protegido constitucionalmente”.<sup>1394</sup>

Qualquer agente público que executar uma lei inconstitucional restritiva da esfera jurídica do cidadão (afrontando um direito fundamental ou um direito legalmente previsto) ofenderá, com seu ato, o direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Não é preciso que seja um chefe do Poder Executivo o executor da ação inconstitucional para que ela seja lesiva a esse direito, que todo cidadão possui, de que a Administração proteja seu conjunto de direitos de modo espontâneo, integral e igualitário. Por esse motivo, seria contraditório com a fundamentação até aqui oferecida admitir que somente o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais seriam legitimados para exercer essa prerrogativa excepcional. Até porque, se não há uma previsão constitucional explícita que autorize, com todas as letras, os chefes do Executivo ou qualquer outro agente a fiscalizar repressivamente a constitucionalidade das leis, por qual razão *jurídico-normativa* apenas os primeiros ostentariam essa competência implícita?

Observe-se que os motivos geralmente invocados para sustentar essa restrição não são de ordem jurídica, mas sim *política*. O primeiro argumento está ligado à *conveniência* de se concentrar nas mãos dos dirigentes máximos do Executivo essa prerrogativa atípica, sob o argumento de que se trata de “medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes”.<sup>1395</sup> Concorde-se com a altíssima gravidade e magnitude desse tipo de prática, mas tão grave quanto ela é a transgressão de direitos dos indivíduos ocorrida com a aplicação da lei inconstitucional pelos demais servidores públicos: eles cumprem a lei contrariando a razão de ser do próprio princípio da legalidade, que é a proteção da órbita jurídica dos cidadãos. Portanto, sob o ponto de vista político, considera-se, aqui, que tão grave quanto afetar a relação entre os Poderes da República é vilipendiar a supremacia constitucional e, notadamente, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O segundo argumento relaciona-se com a *representatividade política* dos chefes do Executivo, que exercem cargos de provimento eletivo. Todavia, o fato de eles serem respaldados pelo voto popular, ao contrário de seus subordinados, tampouco serviria de lastro para a limitação subjetiva da competência em discussão. Isso porque os juízes singulares não são eleitos pelo povo, não detêm competência expressa da Constituição para exercer o controle difuso de constitucionalidade, mas a sua legitimidade jurídica para desempenhá-lo é consensualmente admitida. Ou seja: o fundamento da representatividade

<sup>1394</sup> CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos:** limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 188.

<sup>1395</sup> RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis:** vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 238. Concordam expressamente com Elival da Silva Ramos: TAVARES, André Ramos. A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador**, nº 1, Salvador, Universidade Católica do Salvador, p. 36-51, 2008. p. 40; MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 737.

popular também não poderia ser empregado para cingir aos chefes do Executivo o dever-poder de desaplicação das leis inconstitucionais. Em consequência, não parece que esse critério – o político – seja o mais apropriado, circunscrevendo a competência de rejeição às leis inconstitucionais ao Presidente da República, aos Governadores dos Estados e aos Prefeitos Municipais.

Do ponto de vista jurídico-normativo, poderia alguém buscar amparo a esse argumento subjetivamente restritivo no art. 78 da CF, segundo o qual o Presidente da República deve assumir o compromisso de “manter, defender e cumprir a Constituição”. Previsões similares ocorrem nos demais âmbitos federativos, por força de disposições contidas nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal. Este sim é um fundamento jurídico, que enxergaria nesses enunciados normativos uma competência diferenciada agregada ao feixe de atribuições dos chefes do Poder Executivo, não extensível aos demais agentes administrativos. Cuida-se, entretanto, de intelecção improcedente, já que o art. 23, I da Constituição Federal outorga à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência comum de “zelar pela guarda da Constituição”. Discorreu-se sobre o tema no *segundo* argumento favorável do ponto (a.2), *supra*. O conteúdo jurídico que se desprende dessa norma constitucional traduz-se na obrigação de *todos os entes federativos* de preservar o respeito aos mandamentos da Constituição. A competência é atribuída constitucionalmente às pessoas jurídicas estatais, cujos atos são manifestados por quaisquer dos seus agentes. O servidor que pratica o ato administrativo no exercício de suas funções não o faz em nome próprio, mas sim no da entidade pública à qual está vinculado. Por lógica consequência, todos aqueles que integram os quadros da Administração Pública dos entes da Federação recebem da Lei Fundamental o dever-poder de garantir a observância das normas constitucionais. Não se cuida, pois, de prerrogativa a cargo exclusivo do Presidente da República, dos Governadores de Estado e dos Prefeitos Municipais.

A interpretação eminentemente jurídica que ora se realiza, com embasamento normativo constitucional, é também a que produz resultados mais benéficos no plano pragmático. Toda a multiplicidade de agentes públicos enfrenta cotidianamente o desafio de, através da prática de seus atos, dar cumprimento à Constituição. Não é um problema específico dos dirigentes do alto escalão da Administração. Seria inadequado retirar a prerrogativa que se está a debater das mãos dos servidores que estão mais próximos da vida dos cidadãos, analisando seus requerimentos administrativos, julgando seus recursos, concedendo-lhes licenças e autorizações, prestando-lhes serviços, aplicando-lhes sanções... Retomando alguns exemplos que já foram aqui ventilados, são os inferiores hierárquicos dos chefes do Executivo que terão de aplicar (ou não) a norma municipal que restringe a concessão de moradia aos homossexuais, a lei que veda a prestação de serviços de saúde aos que não habitam o Município, a disposição legal que cobra a contribuição previdenciária dos servidores em percentual anti-isonômico, a lei com vício de iniciativa que suprime o direito à licença remunerada ao servidor que irá estudar fora do país, entre tantas outras. Impedi-los de descumprir os enunciados legais inconstitucionais que ofendam as esferas jurídicas dos cidadãos significaria transgredir o direito fundamental à tutela administrativa efetiva, cuja eficácia incide sobre todos os que integram a Administração Pública, forçando-os a fornecer proteção adequada aos direitos dos indivíduos.

O que pode haver de *jurídico* no argumento que restringe a competência às chefias do Executivo é o risco que a aceitação de uma competência administrativa difusa poderia acarretar aos princípios da igualdade e da segurança jurídica. Se todo e qualquer servidor gozasse de plena

liberdade para interpretar o sistema jurídico legal e constitucional diferentemente de seus pares ou de seus superiores hierárquicos, cada situação seria tratada de uma forma no que diz respeito à aplicação das leis, gerando um cenário de tratamento desigual e carente de previsibilidade. Mas esse argumento só é válido para exigir que a prática da inexecução administrativa de leis inconstitucionais seja obrigatoriamente uniformizada no seio da Administração, com a necessidade de padronização das interpretações pelos órgãos administrativos hierarquicamente superiores. Vale dizer: o perigo de ofensa à igualdade e à segurança jurídica impõe que sejam observadas algumas condições para o exercício da prerrogativa administrativa de recusa à execução das leis inconstitucionais, reclamando a adoção de mecanismos que tornem homogêneo o entendimento de cada entidade pública a propósito da validade e aplicabilidade das normas legais, mas não se presta a restringir o uso dessa competência aos chefes do Poder Executivo.

Incumbe, pois, verificar quais são esses requisitos de observância obrigatória.

(v) *Quinta questão: quais os requisitos a serem obrigatoriamente observados quando do manejo da prerrogativa administrativa de recusa à aplicação de lei inconstitucional?*

Tratando-se de uma competência administrativa excepcional, exercitável somente em determinadas hipóteses, o seu emprego deverá cumprir rigorosamente alguns requisitos. Não poderá a Administração Pública, descompromissadamente, ignorar a existência da norma legal que a seu juízo seja inconstitucional e simplesmente abster-se de respeitá-la. Ela deverá expedir um ato administrativo formal e escrito expondo os fundamentos que justificam esse comportamento, além de adotar algumas providências logo em seguida. Considera-se aqui ser necessário, sob pena de invalidade do ato, o atendimento dos cinco requisitos a seguir indicados.

*Primeiro requisito: necessidade de parecer jurídico confeccionado pela unidade técnica especializada.*

É evidente que nem todas as autoridades administrativas são versadas em letras jurídicas. Assim, não será qualquer agente que reunirá o conhecimento técnico especializado para atestar com segurança que a lei aplicanda se encontra maculada de inconstitucionalidade. Sendo assim, previamente à prática do ato administrativo motivado, que irá expor as razões pelas quais a lei não será observada, o agente competente para expedi-lo deverá solicitar à unidade técnica especializada a emissão de um parecer jurídico. É dizer: será imprescindível uma anterior avaliação do setor responsável por prestar assessoramento jurídico ao órgão ao qual esteja vinculado o servidor que irá desaplicar a lei – seja uma procuradoria jurídica, seja um núcleo de assessoramento jurídico. Essa condição mostra-se crucial tanto para evitar comportamentos desastrosos e desastrosos, oriundos de eventuais opiniões infundadas de agentes leigos, quanto para preservar o próprio servidor, evitando que ele pratique inadvertidamente um ato contrário ao Direito e seja posteriormente sancionado pelo seu comportamento ilícito.

*Segundo requisito: motivação expressa do ato administrativo de recusa à aplicação da lei.*

O dever de fundamentação expressa do ato de rejeição de execução da lei inconstitucional consiste em um pressuposto de validade tão óbvio quanto fundamental. No Direito brasileiro, a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos pode ser deduzida, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, do princípio constitucional da publicidade administrativa previsto no art. 37, *caput* da CF, pois através da divulgação da fundamentação do ato o Estado

expõe a público as razões que conduziram à sua prática.<sup>1396</sup> Demais disso, o art. 2º, *caput* da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99) arrola a motivação como um dos princípios regentes da Administração Pública brasileira, além de determinar no inciso VII, como critério de observância obrigatória nos processos administrativos, a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Acresça-se que o art. 50, I do mesmo diploma legal compele expressamente a Administração Pública a motivar os seus atos quando estes “afetarem direitos ou interesses”.<sup>1397</sup> O §1º do dispositivo citado estabelece que a motivação “deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

Na situação em apreço, é evidente que o ato em questão afeta direitos e interesses, tanto do particular como do próprio Poder Público. Se em circunstâncias mais corriqueiras a fundamentação explícita já é exigível, ela o será maiormente quando se estiver diante de casos “em que é maior a probabilidade e o temor (ou são mais funestas as consequências) do erro ou do arbítrio da Administração”.<sup>1398</sup> Lembre-se, ademais, que sobre o ato de rechaço à validade da lei impenderá um ônus argumentativo muito elevado, visto que até então o diploma legal desfrutará de presunção de constitucionalidade. A inversão dessa presunção *juris tantum* reclama uma sólida argumentação para que possa ser operada, inclusive por se estar diante de uma competência administrativa atípica: o fundamento deverá ser muito relevante para justificar e autorizar o seu emprego. Sendo assim, a motivação expressa é um requisito constitucional e legal indispensável para que a Administração Pública possa recusar a aplicação de uma lei que se lhe afigure inconstitucional.<sup>1399</sup>

O agente deverá, com o respaldo do parecer jurídico anteriormente elaborado, expor de maneira aprofundada a farta fundamentação jurídica que o está levando a deixar de aplicar uma lei vigente. Com isso será possível averiguar futuramente se a motivação que embasou o ato era de fato razoável, para apurar eventuais responsabilidades caso não o tenha sido. É de se anotar que mesmo sobrevivendo declaração de constitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário, isso não implicará necessariamente a compreensão de que o agente que expediu o ato de desaplicação da lei tenha incorrido em ilicitudes. É precisamente a plausibilidade (ou não) do embasamento jurídico do ato que permitirá essa aferição.

*Terceiro requisito: publicidade do ato administrativo que rejeita a execução da lei inconstitucional.*

<sup>1396</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217.

<sup>1397</sup> Lei nº 9.784/99: “**Art. 50.** Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: **I** - neguem, limitem ou *afetem direitos ou interesses*”.

<sup>1398</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75.

<sup>1399</sup> RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 238-239; GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no Direito português e no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 339-344; TAVARES, André Ramos. A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador**, nº 1, Salvador, Universidade Católica do Salvador, p. 36-51, 2008. p. 39; CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos: limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes**. Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. f. 190-193.

O ato administrativo de rejeição à aplicação da lei inconstitucional, além de expressamente motivado e acompanhado de fundamentação jurídica que lhe ofereça sustentação, deverá ser amplamente publicizado. Além de traduzir imposição do princípio da publicidade administrativa, consagrado no art. 37, *caput* da Constituição Federal e reproduzido no art. 2º da Lei nº 9.784/99, a situação em comento produz repercussões importantes tanto do ponto de vista dos particulares quanto da perspectiva do Estado, demandando por isso larga divulgação.

Em primeiro lugar, a publicização do entendimento adotado pela Administração Pública é de extrema relevância para que todos possam ter ciência de que aquela lei, cujos efeitos restringiam ou suprimiam direitos do cidadão reduzindo a sua esfera jurídica, não será cumprida pelo Poder Público. Proporcionar o conhecimento de todos a propósito da nova orientação administrativa significa prestigiar o princípio da igualdade, já que com isso todos aqueles que possam ser beneficiados por essa prática receberão igual tratamento em relação à tutela dos seus direitos.

Em segundo lugar, a ampla divulgação do ato possibilita que outros órgãos e entidades da Administração Pública tomem ciência da inconstitucionalidade da lei, aplicando medidas semelhantes para evitar a lesão às órbitas jurídicas dos indivíduos. Além disso, o conhecimento acerca do ato poderá incitar os legitimados ativos do art. 103 da Constituição a darem início ao processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade da lei, logrando obter a invalidação *erga omnes* e com eficácia vinculante do diploma legal questionado.

Em terceiro lugar, o cumprimento desse requisito também facilita o controle *a posteriori* do ato, dando-se notícia de sua prática aos órgãos de fiscalização, como é o caso dos órgãos de controle interno e do Ministério Público. Estes poderão investigar a juridicidade do comportamento administrativo e apurar eventuais responsabilidades, seja questionando jurisdicionalmente a validade do ato administrativo de rejeição à execução da lei, com vistas à sua anulação judicial, seja verificando a ocorrência de ilícitos de ordem civil, criminal, administrativa e ocorrência de improbidade administrativa.

*Quarto* requisito: *comunicação imediata ao dirigente máximo da entidade para reexame de ofício, e, no caso de entes da Administração Pública indireta, também a comunicação ao chefe do ente dotado do poder de tutela administrativa.*

Uma vez expedido o ato de recusa à aplicação da lei, o agente deverá imediatamente comunicar a sua ocorrência ao dirigente máximo da entidade (e não do órgão) à qual se encontra vinculado, encaminhando-lhe cópia do expediente para que exerça um reexame de ofício. Os objetivos aqui serão dois: possibilitar rapidamente o controle hierárquico, caso a medida haja sido equivocada, e estender os seus efeitos a todos os órgãos administrativos que integram a entidade, caso tenha sido acertada.

Primeiramente, a comunicação presta-se a assegurar que há procedência na interpretação realizada pela autoridade administrativa que expediu o ato e que ela se encontra em conformidade com o ordenamento jurídico. Havendo discordância do chefe da pessoa jurídica estatal em relação à leitura do sistema normativo levada a efeito pelo órgão subordinado, ele manifestará o seu poder de autotutela, anulando o ato de rejeição à execução da lei.

Em segundo lugar, o escopo será dispensar um tratamento igualitário a todos os cidadãos pela entidade administrativa. Isso porque, havendo concordância do dirigente máximo do ente – o qual terá reexaminado o ato – ele o endossará expedindo um ato normativo geral, com a determinação de que todos os órgãos e agentes integrantes da Administração Pública sob sua chefia deixem de cumprir a lei tida por inconstitucional. Com isso, garante-se a integridade

do princípio da igualdade, uma vez que todos aqueles que possam ser beneficiados com a inaplicação da lei serão positivamente afetados.

Caso se trate de um ato praticado no seio de uma entidade da Administração Pública indireta, o seu chefe realizará, como nos outros casos, o reexame de ofício. Caso repute-o improcedente, anulará o ato. Caso julgue-o procedente, determinará que todos os seus subordinados deixem de aplicar a lei e remeterá o ato ao conhecimento do chefe do Poder Executivo do ente federativo ao qual está vinculada a pessoa jurídica sob sua direção. Por exemplo: tratando-se de uma autarquia estadual, o seu dirigente máximo deverá encaminhar o ato ao Governador do Estado, para que exerça o seu juízo quanto à (in)constitucionalidade da lei cuja execução encontra-se suspensa no âmbito da entidade autárquica. A depender da sua opinião, será o caso de exercer a tutela administrativa, intervindo na autarquia, ou de estender os efeitos do ato a toda a Administração Pública estadual direta e indireta.

*Quinto requisito: dever do chefe do Poder Executivo de suscitar o controle abstrato de constitucionalidade da lei, caso reconheça a legitimidade jurídica do ato que rejeitou a execução da lei inconstitucional.*

Por ser uma competência administrativa atípica e extraordinária, não se pode pretender que, mediante a prerrogativa de negar execução à lei inconstitucional, sejam praticados atos que adquiram um caráter definitivo. Quem deve pronunciar-se de maneira decisiva a propósito da (in)constitucionalidade da lei e dar a última palavra é o Poder Judiciário. É a ele que a Constituição Federal conferiu competência expressa para exercer esse múnus. Assim, não se pode esperar que o ato de recusa à aplicação da lei havida por inconstitucional permaneça *ad eternum* sem a apreciação da jurisdição constitucional.

Considerando o requisito anterior, observa-se que, tão-logo o ato seja expedido, ele chegará ao conhecimento do Presidente da República, se ocorrer na esfera federal, do Governador do Estado, se for praticado no âmbito estadual, ou do Prefeito Municipal, caso o fenômeno se passe na seara municipal. Nos dois primeiros casos, os chefes do Executivo federal ou estadual deverão ajuizar ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, a depender das circunstâncias, postulando a declaração abstrata de inconstitucionalidade da lei, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Será o caso de postular a concessão de medida cautelar, haja vista que se trata de uma situação de extrema gravidade e sensibilidade no que toca à relação entre os Poderes da República. Há urgência em resolver-se se a lei é de fato inválida ou não, e, por conseguinte, se deve ser executada ou não, já que até o julgamento definitivo da demanda ela não estará sendo aplicada.

Se a questão ocorrer em nível municipal, o Prefeito deverá formular uma representação ao Governador do Estado, informando-o a respeito dos fatos e postulando a propositura da ADI ou da ADPF, uma vez que o chefe do Executivo municipal, na maior parte das situações, não desfruta de legitimidade ativa para deflagrar o processo de controle abstrato de inconstitucionalidade das leis. Caso se trate de um Estado que outorgue legitimidade para o Prefeito Municipal propor representação de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual perante o Tribunal de Justiça, e a inconstitucionalidade em questão for dessa natureza, logicamente que o próprio chefe do Executivo municipal deverá adotar essa medida.

A imposição desse requisito reforça a ideia de que a medida ora discutida é de fato excepcionalíssima, sendo imperioso respeitar ao máximo o desenho institucional expressamente traçado pela Constituição de 1988 no que tange à relação entre os Poderes Executivo, Legislativo

e Judiciário. As competências típicas e explícitas relativas ao controle repressivo de inconstitucionalidade devem ser prestigiadas e exercidas em caráter ordinário. É forçoso aceitar, no sistema jurídico vigente, a prerrogativa atípica de rejeição da lei inconstitucional pela Administração Pública, como forma de prestigiar os princípios da supremacia da Constituição e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e salvaguardar a esfera jurídica dos cidadãos. Porém, ela deve ser mantida como algo extraordinário e transitório, razão pela qual este *quinto* requisito – assim como os demais – é de observância obrigatória.

(b) A segunda situação que pode reclamar, em caráter extraordinário, a atividade *contra legem* da Administração Pública é aquela em que o cumprimento de uma lei compatível com a Constituição enseja, *in concreto*, violação a direitos fundamentais. Ou seja: embora a lei não se mostre inconstitucional quando analisada abstratamente, os efeitos produzidos pela sua aplicação administrativa concreta acarretam ofensa a tais direitos. Nesses casos, para atender ao direito à tutela administrativa efetiva deverá o ente estatal temperar a execução da lei com ingredientes extraídos da Constituição, flexibilizando assim a observância da norma legal para não deixar à deriva outros valores jurídicos que ostentam a mesma hierarquia constitucional de que desfruta o princípio da legalidade. São hipóteses em que o princípio da *legalidade em sentido estrito* conflita com princípios constitucionais diversos, tais como o da segurança jurídica (e um de seus elementos: a proteção à confiança legítima) e o da moralidade administrativa (e um de seus elementos: o respeito à boa-fé do particular).

É interessante notar que, em um primeiro momento, pode parecer difícil imaginar que a noção de legalidade administrativa seja suscetível de se chocar com a de segurança jurídica. Afinal, a afirmação da sujeição da Administração Pública à legalidade tem como base justamente a pretensão de se proporcionar previsibilidade ao cidadão em relação aos comportamentos estatais. A garantia de que a Administração observará os trâmites dispostos em lei permite que o particular saiba, para cada uma de suas ações, quais serão as reações do Poder Público, bastando para isso verificar o que é que estabelece o sistema legal. Tome-se como exemplo as sanções administrativas. A partir da leitura das leis que regulam as infrações e as penas a elas cominadas o indivíduo terá ciência de quais condutas lhe são autorizadas e quais as punições que lhe serão aplicadas em caso de descumprimento da lei. A Administração deverá se limitar a sancioná-lo nas hipóteses legalmente tipificadas, restringindo-se ao emprego dos meios legalmente previstos para tanto. Também no campo da concessão de direitos o respeito administrativo à lei proporciona segurança jurídica ao cidadão. Uma vez descritos no diploma legislativo os requisitos necessários e suficientes para que ele faça jus a uma prestação estatal – v.g., licença-maternidade – ele saberá que, preenchidas tais exigências, a Administração lhe outorgará o direito legalmente previsto.

Contudo, essa é apenas a faceta *objetiva* do princípio da segurança jurídica, que se expressa na perspectiva da *certeza* e da *previsibilidade*. Ele também se manifesta, por outro lado, através de uma vertente *subjetiva*, ligada à noção de *estabilidade* das relações jurídicas, na qual ganham relevância as ideias de confiança legítima e boa-fé. Levando em conta esse segundo aspecto, haverá situações em que a *legalidade administrativa em sentido estrito* venha a colidir com a *segurança jurídica* e com outros princípios que a ela se encontram intimamente interligados. Isso se dará, em geral, quando se concede um direito, um benefício, uma vantagem ao particular por meio de um ato maculado de vício que o torna contrário a uma lei *válida* (isto é, compatível com a Constituição). A norma legal violada pela prática do ato, portanto, não contraria a Lei Fundamental, não ostentando qualquer inconstitucionalidade quando encarada

abstratamente, mas a sua observância no caso concreto implicará o dever de invalidar o ato do qual decorrem efeitos ampliativos à esfera jurídica do cidadão.

Em tais circunstâncias, comparecerão princípios constitucionais explícitos e implícitos, tais como segurança jurídica, proteção à confiança legítima, moralidade administrativa, boa-fé, que apontarão para a necessidade de manutenção dos efeitos produzidos pelo ato (com a sua conservação retroativa ou mesmo prospectiva), ou ainda, em alguns casos, preservação do próprio ato, com a correção dos vícios nele contidos. A incidência desses princípios sobre a atividade administrativa formará uma barreira em prol do cidadão contra o cumprimento da legalidade estrita, conferindo estabilidade aos efeitos gerados pelo ato administrativo garantidor de direitos, desde que algumas condições estejam presentes.

Em tais casos, pode-se falar em atuação administrativa *contra legem* porque, conquanto a lei seja válida e imponha o dever de anular o ato e seus efeitos com eficácia *ex tunc*, a observância da Constituição mediante uma interpretação sistemática de seus valores e princípios jurídicos reclamará um temperamento,<sup>1400</sup> que pode culminar com a prevalência da segurança jurídica sobre a legalidade administrativa *stricto sensu*.<sup>1401</sup> O tema já vem sendo de há muito versado no Direito Administrativo brasileiro em excelentes estudos monográficos, sendo de se destacar os trabalhos de Weida Zancaner,<sup>1402</sup> Angela Cassia Costaldello,<sup>1403</sup> Almiro do Couto e Silva,<sup>1404</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>1405</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho,<sup>1406</sup> Maria Sylvia

<sup>1400</sup> O significado e o modo de implementação da interpretação sistemática do Direito são explicados por: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Ver, ainda: FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 8, Curitiba, Juruá, p. 13-35, 2002.

<sup>1401</sup> Em tais casos, aduz Clèmerson Merlin Clève, a “estrita legalidade deve ser ponderada com outros princípios, especialmente com o da confiança”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 22, Belo Horizonte, Fórum, p. 183-236, out./dez. 2005. p. 205.

<sup>1402</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>1403</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Curitiba, 1998. 164 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

<sup>1404</sup> SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público**, nº 6, Belo Horizonte, Fórum, p. 7-59, jul./set. 2004.

<sup>1405</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante atos estatais. In: \_\_\_\_\_. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 168-180.

<sup>1406</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 291-313, abr./jun. 2010.



Zanella Di Pietro,<sup>1407</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida,<sup>1408</sup> Ricardo Martins Marcondes,<sup>1409</sup> Rogério Gesta Leal,<sup>1410</sup> Rafael Valim,<sup>1411</sup> Rafael Maffini<sup>1412</sup> e Ana Cláudia Finger.<sup>1413</sup>

O que tais autores demonstram é que, como a Administração Pública se subordina à observância de um amplo plexo de normas jurídicas e como os atos por ela expedidos se presumem em conformidade com o ordenamento jurídico, o particular que trava relações com o Estado e é afetado positivamente pelos seus atos é conduzido a confiar na legitimidade das ações administrativas. Por conseguinte, a boa-fé do cidadão que confiou legitimamente na validade da conduta estatal não pode ser simplesmente violentada com a abrupta invalidação do ato cujos efeitos lhe sejam favoráveis, a pretexto de se corrigir uma ilegalidade à qual a própria Administração deu causa. Afinal, como bem adverte Romeu Felipe Bacellar Filho, “a atuação da Administração Pública deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma ‘Administração de surpresas’”.<sup>1414</sup>

Do direito fundamental à segurança jurídica (inscrito no art. 5º, *caput* da Constituição e dedutível implicitamente de outros dispositivos constitucionais) e do princípio da moralidade administrativa (enunciado no art. 37, *caput* da CF) defluem, respectivamente, os deveres do Estado de *proteger a confiança legítima* do particular e de *respeitar a boa-fé* do cidadão, por tê-lo feito acreditar na (suposta) legalidade de seus atos.<sup>1415</sup> Presentes esses elementos, o direito fundamental à tutela administrativa efetiva exigirá que a Administração, agindo excepcionalmente *contra legem*, adote todas as providências necessárias para resguardar na máxima medida a esfera jurídica do indivíduo. As soluções a serem tomadas irão variar, a depender das condições fáticas e jurídicas que se fizerem presentes no caso concreto, nos termos a seguir indicados.

Dito de outro modo: quando a lei conforme à Constituição tiver sido transgredida por um ato administrativo que gerou efeitos benéficos ao cidadão, ampliando seu universo jurídico,

<sup>1407</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Direito Público Atual: Estudos em homenagem ao Professor Nelson Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 295-316

<sup>1408</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A segurança jurídica e a proteção à confiança em matéria de Direito constitucional e administrativo e seu acolhimento pela jurisprudência constitucional no Brasil. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Org.). **Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática, Jurisprudência**. v. 2. Osasco: Edifício, 2009. p. 169-198.

<sup>1409</sup> MARCONDES, Ricardo Martins. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 288 *et seq.*

<sup>1410</sup> LEAL, Rogério Gesta. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos: reflexões para o Brasil. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; BENAVIDES PINILLA, Victor Leonel; SCHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Orgs.). **El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en IberoAmérica**. Panamá: Congrex, 2009. p. 119-135.

<sup>1411</sup> VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 111-130.

<sup>1412</sup> MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

<sup>1413</sup> FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público – Fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 307-346.

<sup>1414</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública, Estado Democrático de Direito e os princípios consectários. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 1, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 3-20, 2010. p. 14.

<sup>1415</sup> Ainda que boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança sejam conceitos que se revestem de contornos próprios, “são idéias que pertencem à mesma constelação de valores”. SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público**, nº 6, Belo Horizonte, Fórum, p. 7-59, jul./set. 2004. p. 2.

ele terá o direito – decorrente da tutela administrativa efetiva – a que o Poder Público adote a técnica jurídico-administrativa mais idônea à proteção integral dos seus direitos: (i) convalidação; (ii) reconhecimento da configuração da decadência da pretensão administrativa anulatória; (iii) invalidação com efeitos “*ex nunc*”. A esse direito corresponde, assim, o dever administrativo de empregar alguma dessas medidas. A Administração Pública, ao se deparar com o vício existente no ato ampliativo de direitos, deverá levar em conta os seguintes fatores e adotar as consequentes providências:

(i) *Primeiro* fator: *verificar se o cidadão beneficiado pela prática do ato estava de boa-fé.*

Se for possível comprovar a sua má-fé, o ato deverá ser anulado pela Administração com efeitos retroativos, desfazendo todas as consequências por ele desencadeadas (após haver instaurado um processo administrativo, garantindo ao afetado o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa). É o caso do indivíduo que, tendo sido aprovado em concurso público cujo procedimento foi irregular, concorreu para que se perfizesse a ilegalidade, tendo juntado documentos para a prova de títulos extemporaneamente com o beneplácito da comissão examinadora que, mesmo tendo informado pública e previamente todos os candidatos de que o prazo de entrega seria peremptório, recusou o recebimento intempestivo de documentos dos outros participantes, com o claro ânimo de favorecer indevidamente aquele que acabou sagrando-se vencedor.

Porém, em sendo impossível demonstrar cabalmente a má-fé do cidadão, será presumida sua boa-fé, competindo então ao Poder Público buscar os meios apropriados para preservar os efeitos produzidos pelo ato. Estará então impedido de invalidar o ato, pura e simplesmente, mediante uma anulação com efeitos *ex tunc*. Por conta do direito à tutela administrativa efetiva, que dirige à Administração o dever de proteger efetivamente a esfera jurídica do cidadão, será imprescindível que ela adote todas as providências necessárias a uma tutela adequada dos direitos do indivíduo, evitando a restrição de seu universo jurídico. A medida a ser tomada dependerá da análise dos próximos fatores.

(ii) *Segundo* fator: *não havendo comprovada má-fé do cidadão, incumbirá ao órgão administrativo o dever de convalidar o ato, desde que o vício de ilegalidade nele contido seja passível de correção e seja possível praticá-lo novamente de forma compatível com o ordenamento jurídico.*

A convalidação consiste no procedimento por meio do qual a Administração elimina os vícios radicados em um ato administrativo, através de um novo ato que o tornará conforme ao ordenamento jurídico, conservando os efeitos anteriores por ele produzidos. Ela é a primeira técnica jurídico-administrativa à qual se deve recorrer quando se está diante de um ato inválido ampliativo da órbita jurídica do indivíduo de boa-fé. Adere-se aqui ao pensamento de Weida Zancaner, segundo a qual “quando possível a convalidação do ato, esta será obrigatória”.<sup>1416</sup> A competência para praticá-la possui, via de regra, natureza *vinculada* e não *discricionária*.<sup>1417</sup> Ela

<sup>1416</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 65. Também nessa linha: VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 119-120.

<sup>1417</sup> Para Weida Zancaner, existe uma única hipótese de competência convalidatória discricionária, que admite uma margem de apreciação subjetiva da Administração: “é o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente”, pois “se alguém pratica em lugar de outrem um dado ato discricionário e esse alguém não era o titular do poder para expedi-lo, não se poderá pretender que o agente a quem competia tal poder seja obrigado a re praticá-lo sem vício (convalidá-lo), porquanto poderá discordar da providência tomada”. ZANCANER, Weida. **Da**

traduz a melhor solução para harmonizar de maneira otimizada a colisão entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica: cumpre-se o primeiro, suprimindo os defeitos do ato, ao mesmo tempo em que se prestigia o segundo, mantendo os efeitos benéficos por ele gerados, bem como a perpetuação desses no mundo jurídico.

Destarte, o cidadão de boa-fé titulariza, em decorrência do direito fundamental à tutela administrativa efetiva, um *direito à convalidação dos atos administrativos viciados que ampliam a sua esfera jurídica, que surge em todos os casos em que essa medida for juridicamente admissível*, ao qual corresponde o dever da Administração de convalidar o ato. É preciso, como dito, que se cuide de uma ocasião que comporta a convalidação, pois nem todos os atos inválidos se afiguram suscetíveis de serem convalidados. Ela só será cabível “quando o ato *possa ser produzido validamente* no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato”.<sup>1418</sup>

Refira-se, então, a um exemplo: uma pessoa com deficiência, comprovando não deter condições de se manter nem de ser mantido por sua família, recebe de autoridade administrativa incompetente o deferimento de seu pedido de benefício de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 203, V da Constituição Federal.<sup>1419</sup> Após perceber os valores por oito meses, agentes do Instituto Nacional do Seguro Social verificam que a concessão do referido benefício estava sendo realizada por servidor que não detinha competência para tanto. A autoridade que recebeu do sistema jurídico a atribuição para analisar e deferir tais pedidos se verá, nesse caso, obrigada a convalidá-lo, reprimando o ato que padecia de vício de competência e declarando a preservação de seus efeitos pretéritos.

Cuidando-se, no entanto, de situações que não comportam a convalidação, competirá à Administração apreciar o próximo fator.

(iii) *Terceiro fator: estando presente a boa-fé do cidadão, mas não sendo possível a convalidação do ato, a Administração haverá de investigar se transcorreu o prazo decadencial legalmente previsto para que ela possa anular os seus atos que ensejaram efeitos favoráveis aos seus destinatários.*

A previsão legal de um prazo decadencial para o exercício da pretensão administrativa de invalidar atos administrativos viciados traduz uma prévia ponderação já realizada pelo próprio legislador entre os princípios da *legalidade estrita* e da *segurança jurídica*, que acaba positivando na regra legal o resultado desse sopesamento. Entendeu o Poder Legislativo que, ultrapassado aquele lapso legalmente determinado, não haverá mais espaço para ponderações, devendo prevalecer a proteção da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé do cidadão. Enquanto não decorre o período legalmente fixado, prevalece a *legalidade* e consequente dever de invalidar o ato; após o seu transcurso, prepondera a *segurança jurídica* e a obrigação de conservá-lo. Havendo a soma desses dois elementos – boa-fé do indivíduo atingido pelo ato e decurso do prazo decadencial – restará configurada a decadência da pretensão

**Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66. Concordando expressamente com a sua posição: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 253-254.

<sup>1418</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 482.

<sup>1419</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) **V** - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

anulatória da Administração e o ato, mesmo que ilegal, deverá permanecer ileso no mundo jurídico.

Será necessário verificar qual é a regulamentação legal que a esfera federativa em questão dispensou ao prazo decadencial. No âmbito federal, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 estipulou o lapso temporal de 5 anos.<sup>1420</sup> Caso se trate de Estado-membro ou Município que não disciplinou esse tema, o prazo quinquenal se aplicará por *analogia*,<sup>1421</sup> conforme já pacificou amplamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>1422</sup> Do contrário, havendo lei do ente federativo estadual ou municipal em questão regulando expressamente a matéria, o prazo legal nela especificado deverá ser observado. Cite-se a Lei nº 10.177/98 do Estado de São Paulo, que previu em seu art. 10, I, o lapso de 10 anos – em vez de 5 – para operar-se a decadência da pretensão anulatória da Administração Pública.<sup>1423</sup>

Não decorrido o tempo previsto na lei, será o caso de apreciar o próximo fator.

(iv) *Quarto fator: estando presente a boa-fé do cidadão, mas não sendo possível a convalidação e não havendo se operado o prazo decadencial, a Administração deverá invalidá-lo através de ato posterior que, em caráter excepcional, determinará a preservação dos efeitos já produzidos pelo ato anulado, gerando extraordinariamente efeitos “ex nunc” ao invés de “ex tunc”.*

Como se sabe, o efeito natural da anulação de um ato administrativo viciado é o *ex tunc*, que extingue retroativamente todas as repercussões jurídicas desencadeadas pelo ato inicial. Visa-se com isso eliminar do universo jurídico todos os efeitos contrários ao Direito que vieram a ser suscitados pela prática administrativa ilícita, mantendo-se a integridade do ordenamento. Nesse sentido dispõe o art. 53 da Lei nº 9.784/99: “A Administração deve anular seus próprios

<sup>1420</sup> Lei nº 9.784/99: “**Art. 54.** O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. **§1º.** No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. **§2º** Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.

<sup>1421</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências legislativas e analogia – Breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, nº 102, São Paulo, Universidade de São Paulo, p. 357-370, jan./dez. 2007. p. 363.

<sup>1422</sup> A posição do Superior Tribunal de Justiça encontra-se amplamente consolidada nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1103105/RJ. Relator Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Julgado em 03.05.2012. DJe 16.05.2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1261695/SC. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 13.09.2011. DJe 16.09.2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1251769/SC. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 06.09.2011. DJe 14.09.2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1196717/DF. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 23.02.2010. DJe 22.03.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1200981/PR. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Julgado em 05.10.2010. DJe 14.10.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1148460/PR. Relator Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1081139/DF. Relator Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 21.05.2009. DJe 03.08.2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 24.170/RS. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 28.08.2008. DJe 17.11.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 852.493/DF. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 29.05.2008. DJe 25.08.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 21.894/RS. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 17.12.2007. DJe 10.03.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 815.532/RJ. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 15.03.2007. DJ 23.04.2007.

<sup>1423</sup> Lei Estadual nº 10.177/98 (Estado de São Paulo): “**Art. 10.** A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando: **I** - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção”.

atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

A essa regra geral se opõe a exceção ora analisada. A boa-fé do cidadão, cujo respeito se impõe por decorrência do princípio constitucional da moralidade administrativa, somada ao princípio da proteção da confiança legítima, desdobramento do princípio constitucional da segurança jurídica, funciona como um escudo protetor dos efeitos favoráveis emanados do ato administrativo inválido que ampliou o conjunto de direitos do indivíduo. Esses princípios bloqueiam a ação retroativa dos efeitos da invalidação do ato, que passam a operar *ex nunc*, isto é, a partir da data da expedição do ato anulatório. Assim, a invalidação não retroagirá à data de expedição do ato originário, incidindo de forma prospectiva exatamente com o fito de se manter as consequências jurídicas benéficas por ele acarretadas, resguardando com isso a integridade da esfera jurídica do cidadão, em homenagem à sua boa-fé e à confiança por ele depositada na legitimidade do ato praticado pelo Poder Público.

Um exemplo emblemático dessa situação que merece especial atenção, visto que envolve direitos fundamentais sociais, é a prorrogação irregular de contratos travados com o particular para o exercício temporário de função pública, cuja celebração se justifica – afastando-se extraordinariamente a imposição constitucional de instaurar concurso público (art. 37, II) – quando se faz necessária a contratação por motivos de excepcional interesse público. A hipótese está autorizada pelo art. 37, IX da CF<sup>1424</sup> e é regulamentada por leis de cada entidade federativa, tal como a Lei nº 8.745/93, que disciplina o tema no âmbito federal. Como se sabe, os trabalhadores contratados nesses termos, em geral aprovados em um teste seletivo simplificado (conforme disposição de cada lei), passam a relacionar-se com o Poder Público através de um vínculo empregatício (e não estatutário), submetendo-se ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O contrato de trabalho possui duração determinada, sendo admitida a prorrogação por igual período, havendo prazos máximos fixados em cada legislação. Ocorre que, não raro, a Administração Pública segue prolongando a vigência do contato ao arrepio da lei e da Constituição, mas gerando ao indivíduo contratado, ainda que em desconformidade com o que estabelecem certos dispositivos do sistema normativo, uma série de direitos fundamentais sociais abrigados no art. 7º e incisos da CF, frutos do trabalho por ele prestado. O cidadão de boa-fé, desprovido de conhecimento jurídico e, portanto, muitas vezes incapaz de ter consciência a respeito da irregularidade de sua situação, vende ao Estado sua força de trabalho na certeza de que receberá como contrapartida o atendimento dos direitos a que faz jus.

O que deve a Administração fazer ao constatar essa espécie de ilegalidade? Desde que não se possa comprovar claramente a má-fé do trabalhador – cuja demonstração incumbe única e exclusivamente ao órgão estatal de controle – sua boa-fé será presumida. Não será possível convalidar o ato, uma vez que, extrapolado o prazo máximo de duração do contrato estabelecido em lei, não haveria como praticá-lo em tempos presentes em conformidade com o Direito positivo.

A solução nesses casos será anular o ato tácito de prorrogação do contrato de trabalho, mas com efeitos *ex nunc*, extinguido-o dali em diante e preservando a eficácia jurídica por ele produzida até então. É mais do que evidente, portanto, que ao trabalhador de boa-fé – que jamais deu causa à irregularidade perpetrada pelo próprio Estado, o qual o fez confiar na legitimidade jurídica do seu proceder – são devidos rigorosamente *todos* os direitos fundamentais sociais de

---

<sup>1424</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 37.** (...) **IX** - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

ordem laboral por ele conquistados em virtude de seu trabalho, e não apenas o salário referente ao tempo efetivamente trabalhado e os valores relativos aos depósitos do FGTS. Seria absurdo supor que ao Poder Público, tendo agido de forma ilícita conscientemente ou ao menos negligentemente, seria dado beneficiar-se de sua própria torpeza. O princípio da *legalidade estrita* impõe a anulação do ato prorrogatório, ao passo que o princípio da *segurança jurídica* exige que se proporcione a *proteção da confiança* do particular e o princípio da *moralidade administrativa* reclama o respeito à *boa-fé* do trabalhador. Estes últimos, nesse passo, blindam a esfera de direitos conquistados pelo indivíduo mercê de seu trabalho contra o alcance fulminante dos efeitos *ex tunc* do ato anulatório, deslocando o marco inicial de sua incidência para a data da expedição do ato de invalidação.

Imaginar de maneira diferente – é dizer, que o cidadão não ostentaria o direito de receber tudo aquilo que o Estado lhe proveria caso estivesse laborando sob a égide de um contrato válido, por suposta produção de efeitos anulatórios *ex tunc* derivados do ato de anulação – significaria desprezar olímpicamente o princípio da proibição do enriquecimento sem causa, ao qual se encontra vinculada também a Administração Pública. O enriquecimento sem causa, explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea”. Após afirmar a plena aplicabilidade desse princípio no âmbito do Direito Administrativo, esclarece o autor que “para evitar situações nas quais um dado sujeito vem a obter locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico prestante para respaldar tal efeito, é que, universalmente, se acolhe o princípio jurídico segundo o qual *tem-se de proscrever o enriquecimento sem causa* e, conseqüentemente, desabona-se interpretação que favoreça este resultado injusto, abominado pela consciência dos povos”.<sup>1425</sup> Tal princípio incide indiscutivelmente na situação ora examinada. Não se nega que haja fundamento jurídico que sustente a invalidação do ato de postergação do contrato, mas inquestionavelmente inexistente embasamento legal que autorize o Poder Público a locupletar-se às custas do trabalhador, deixando de desembolsar os valores a que o particular tem direito sob o fundamento que o seu labor foi prestado de modo ilícito – afinal, quem ocasionou a ilicitude foi justamente a Administração.

Incrivelmente, o Tribunal Superior do Trabalho, após cristalizar em sua jurisprudência entendimento diverso ao que aqui se defende, editou a Súmula nº 363, com a seguinte redação: “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”. Entende a Corte que direitos como pagamento de aviso prévio, décimo terceiro salário, férias vencidas e proporcionais acrescidas do terço constitucional, FGTS com multa de 40%, entre outros, não são devidos ao trabalhador. A fundamentação jurídica que é utilizada para dar respaldo a essa orientação é a aplicação do princípio da legalidade administrativa e, não raras vezes, o da supremacia do interesse público. Quanto ao primeiro – *legalidade* – acredita-se ter deixado claro que ele não é o único a orientar a atividade administrativa: sua aplicação pressupõe uma interpretação sistemática que leve em conta outros princípios e regras de nível constitucional e infraconstitucional. Em relação ao segundo – *supremacia do interesse público* – resta evidente o

---

<sup>1425</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. In: \_\_\_\_\_ . **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 318.

equivoco do significado que lhe empresta o TST. Confunde a Corte o interesse primário, titularizado pela coletividade e único que pode ser considerado verdadeiramente *público*, com o interesse *secundário* – e, neste caso, *privado* – do Estado de não subtrair recursos do erário para pagar os direitos do trabalhador.

Na situação em comento, o interesse *público* – que é aquele que goza de supremacia sobre os interesses meramente fazendários da pessoa jurídica estatal – só pode ser encontrado no Direito positivo, primariamente na Constituição. É irrelevante o argumento de que é a própria Lei Fundamental, em seu art. 37, §2º,<sup>1426</sup> que estabelece a nulidade dos contratos de trabalho ilicitamente prorrogados. Quanto a isso não há dúvidas: eles devem de fato ser anulados. Mas o dispositivo não pode ser interpretado isoladamente. É da mesma Constituição que fixou essa regra que brotam os princípios da segurança jurídica (art. 5º, *caput*) e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), bem como os direitos fundamentais sociais do trabalhador (art. 7º), todos a tutelar a esfera jurídica do cidadão contra a aplicação cega e arbitrária da lei, cuja execução, no caso concreto, revela-se assim inconstitucional. Por inafastável consequência, são esses valores jurídicos que traduzem o interesse público, o qual deverá, de fato, prevalecer sobre o interesse *privado*, que nas circunstâncias em apreço consiste no interesse pecuniário da Administração de não adimplir ao trabalhador as parcelas a que ele faz jus. Trata-se, pois, de um inobjetével exemplo desse *quarto* fator a ser considerado pelo Poder Público: dever de invalidação, com efeitos *ex nunc*, do ato ilegal que amplia a órbita jurídica do cidadão, presente nas hipóteses em que o indivíduo encontra-se de boa-fé e, além de não ser possível convalidar o ato, não transcorreu o prazo decadencial da pretensão anulatória da Administração Pública.

A referência a este *quarto* fator é conveniente para se demonstrar que a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal encontra-se defasada e deve ser cancelada. Dispõe o enunciado: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. O art. 53 da Lei nº 9.784/99, acima transcrito, corrigiu as falhas da redação sumular. Primeiramente pelo fato de que a competência administrativa para anular seus atos ilegais é vinculada e não discricionária. A Administração *deve* invalidá-los, sempre que não haja algum dos obstáculos antes mencionados (possibilidade de convalidação ou transcurso do prazo decadencial).<sup>1427</sup> Em segundo lugar, porque de acordo com a súmula não se originam direitos de atos ilegais. E como se viu, tal inteligência não procede, visto que os princípios da segurança jurídica e da moralidade administrativa, com seus consectários, bem demonstram que, presente a boa-fé do cidadão, é possível a criação de direitos oriunda de atos ilegais, cuja eficácia jurídica haverá de ser conservada por uma das seguintes medidas, a depender do caso: (i) convalidação; (ii) decurso do prazo decadencial da pretensão anulatória da Administração; (iii) invalidação do ato viciado com efeitos *ex nunc*.

---

<sup>1426</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 37.** (...) § 2º. A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

<sup>1427</sup> Concorde-se aqui com Weida Zancaner, para quem “inexiste no denominado *poder de invalidar* liberdade discricionária que dê à Administração o genérico poder de decidir, por um critério subjetivo, se entende conveniente ou não invalidar, se vai ou não convalidar, se pode optar por convalidar ou invalidar”. ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 64.

## 7.2. Efeitos positivos: imposições de atuação administrativa derivadas da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Em relação à atividade administrativa do Estado, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais proclamada no art. 5º, §1º da CF não exprime somente um significado *negativo*, que proíbe a Administração Pública de interferir na esfera jurídica do cidadão agredindo os seus direitos. Da disposição em epígrafe emanam também efeitos *positivos*, que obrigam o Poder Público a agir em prol da implementação desses direitos mesmo quando não haja provocação subjetiva dos indivíduos nesse sentido e inclusive quando a lei não dispuser com precisão *como se deve desenvolver a atuação administrativa*.

Frise-se, no que toca a esse aspecto, que a Administração Pública está vinculada à incidência direta tanto da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mais usualmente enfatizada, quanto da sua faceta objetiva. Isso significa que não apenas os sujeitos titulares de direitos fundamentais podem exigir imediatamente a sua satisfação perante o Poder Público, como também a coletividade genericamente considerada titulariza a pretensão transindividual de que o Estado promova de ofício as providências necessárias a permitir a fruição universalizada desses bens jurídicos jusfundamentais. Em outras palavras: dizer que os direitos fundamentais se aplicam diretamente sobre os entes estatais implica reconhecer que *independentemente de previsão legal explícita ou da outorga de competências inquestionavelmente vinculadas, a Administração Pública está obrigada a tutelar espontaneamente o conteúdo integral dos direitos fundamentais, criando estruturas procedimentais e organizacionais que possibilitem o seu exercício de forma igualitária pelos cidadãos*.

Essa afirmação pode, em princípio, parecer conflitante com dois dogmas do Direito Administrativo tradicional: a *discricionariedade* e a *legalidade administrativa*. Em relação ao primeiro, poderia alguém aduzir – como de fato alguns tribunais ainda o fazem<sup>1428</sup> – que a Administração Pública goza de uma amplíssima margem de discricção no que se refere a quais ações ela irá adotar para realizar os direitos fundamentais. Sobre o segundo, alguém poderia sustentar – como efetivamente há quem o faça<sup>1429</sup> – que a vinculação positiva da Administração à lei a obriga a agir sempre *secundum legem*, proibindo-lhe qualquer ação que não se ampare em explícita determinação legal, razão pela qual lhe seria, supostamente, vedada a atuação *praeter legem*.

O problema dessas leituras reside em descolar as duas categorias mencionadas da realidade concreta que lhes deu ensejo, esquecendo-se de adaptar o seu sentido ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. A respeito desse fenômeno, Alejandro Nieto constata que o Direito Administrativo, tal como o Direito em geral, é um sistema dominado pela inércia. Em razão disso, o que se passa com algumas categorias é que elas, com o decurso do tempo, “adquirem a qualidade de *mitos*, é dizer, sacralizam-se e justificam-se por si mesmas; de tal maneira que, emancipando-se de suas causas e da conjuntura histórica em que nasceram, resistem impávidas a qualquer crítica racional que se atreva a perguntar por sua funcionalidade

---

<sup>1428</sup> A fim de evitar repetições, deixa-se aqui consignado que referências com manifestações nesse influxo serão reproduzidas mais além, no subitem 7.2.1.

<sup>1429</sup> Idem à nota anterior.



no presente”. Aduz, então, que “os mitos jurídicos se defendem pelo mero fato de sua própria existência e sobrevivem sem necessidade de explicar-se nem de justificar-se”.<sup>1430</sup>

Parece ser exatamente isso o que acontece com as duas categorias que serão agora analisadas: a *discricionariedade administrativa* e a *legalidade administrativa*. A primeira, que nasce como uma ferramenta para a busca dos melhores meios para realizar o interesse público, não raro se converte em *mecanismo de justificação da inoperância administrativa*. A legalidade, por sua vez, nasce com o sentido de proteger os direitos fundamentais do cidadão, sendo inicialmente pensada como um instrumento de defesa contra violações estatais comissivas, e vem comparecendo hodiernamente em alguns discursos como *fundamento legitimatório de arbitrariedades omissivas*.

O que se pretende demonstrar ao se explorar os efeitos positivos do direito à tutela administrativa efetiva, examinando as imposições de agir que eles dirigem à Administração, é afastar eventuais visões dogmatizadas da discricionariedade e da legalidade em matéria de direitos fundamentais. Constitui um *mito*: (i) utilizar a *discricionariedade* como escusa para legitimar a inação administrativa, tentando ocultar o caráter antijurídico de sua omissão com o argumento de se estar “buscando o meio mais conveniente e oportuno” para agir; bem como: (ii) invocar a *ausência de lei* e a *vinculação positiva da Administração à legalidade* como justificativas jurídicas para encobrir a inconstitucionalidade das omissões administrativas, sob a alegação de que ela só pode fazer o que a lei expressamente determina.

Esse raciocínio faz com que tais categorias se desprendam dos motivos racionais que historicamente justificaram a sua criação: a *discricionariedade*, arquitetada como um instrumento para assegurar que a Administração adotaria as *melhores escolhas* para o alcance das finalidades públicas subjacentes às normas jurídicas, e a *legalidade*, afirmada como requisito imprescindível para habilitar a ação administrativa, com o intuito de evitar *violações comissivas* às liberdades individuais. Por esse motivo, trata-se de verdadeiro contrassenso evocar a *discricionariedade* como argumento para legitimar que o Estado fique sem adotar meio algum para satisfazer os interesses da coletividade, ou a *falta de lei formal* como pretexto para proibir que a Administração atue positivamente para realizar direitos fundamentais.

Inicialmente (7.2.1.), a discricionariedade será o objeto de atenção, propondo-se que a incidência direta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sobre a atividade administrativa suscita uma redução da margem de apreciação subjetiva da Administração nessa matéria. Em seguida (7.2.2.), será analisada a possibilidade de atuação administrativa *praeter legem*, encarada como um *poder* conferido pela Constituição à Administração para que ela possa cumprir o *dever* de satisfação dos direitos fundamentais independentemente de regulamentação legislativa.

### 7.2.1. Redução da discricionariedade administrativa em matéria de direitos fundamentais: preenchimento dos espaços de vazio normativo pela eficácia jurídica da dimensão objetiva

O tema da vinculação ou discricionariedade das competências administrativas ganha enorme relevo quando se ingressa no terreno dos direitos fundamentais, mormente quando se está a discutir a sua função *prestacional*. É que, em última instância, do ponto de vista do Direito

<sup>1430</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 11-64, 1986. p. 27.

Administrativo, costuma-se apresentar o debate sobre a exigibilidade dessa faceta dos direitos fundamentais perante a Administração nos seguintes termos: se ao direito fundamental corresponde uma competência vinculada, ele seria exigível e o Estado se veria obrigado a conceder a prestação, mas se a ele corresponde uma competência discricionária, sua exigibilidade não estaria garantida, já que a Administração teria um espaço de liberdade para decidir se o fornecimento da prestação estatal postulada é conveniente e oportuno.<sup>1431</sup>

É interessante notar que a discussão habitualmente gira em torno da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mais especialmente sob a perspectiva individual. É usual questionar-se: aquele sujeito singularmente determinado é titular de um *direito subjetivo* ao fornecimento gratuito de medicamentos? Ou à concessão de determinado benefício assistencial? Ou ao atendimento educacional especializado, por ser portador de deficiência física? A resposta geralmente dada é: “depende: se a competência administrativa conferida pelo sistema normativo for vinculada sim; se for discricionária, não”.<sup>1432</sup>

Esse raciocínio – extremamente frequente – muitas vezes pode estar correto; porém, se a questão for posta em termos gerais e abstratos, ele nem sempre se revelará acertado. Além disso, ele não resolve, por si só, o problema em tela. E isso por quatro motivos: **(a)** há diferença entre situações que envolvem a discricionariedade administrativa quando o objeto de análise é a *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais e quando o foco examinado é a sua *dimensão objetiva*; **(b)** eventuais referências genéricas à “discricionariedade da competência administrativa em matéria de direitos fundamentais” podem *subverter o verdadeiro significado dessa categoria jurídica*, convertendo-a em uma escusa-coringa do Poder Público para acobertar omissões arbitrárias; **(c)** embora sob um prisma abstrato a explanação acima possa parecer correta, na realidade concreta *a eficácia irradiante derivada da vertente objetiva dos direitos fundamentais reduz sobremaneira a discricionariedade administrativa*, podendo chegar a suprimi-la, a ponto de tornar vinculada a competência da Administração.

O desenvolvimento das duas primeiras ideias tem o propósito de demonstrar, no ponto (c), que *por força do direito do cidadão à tutela administrativa efetiva – espontânea, integral e igualitária – de sua esfera jurídica, a discricionariedade do Poder Público sofre, na seara dos direitos fundamentais, intensas limitações que advêm da dimensão objetiva de tais direitos, a qual impõe à Administração o dever de remover todos os entraves existentes e criar todas as condições necessárias para proporcionar a sua máxima satisfação, e de interpretar todo o*

<sup>1431</sup> Ainda que versando sobre o tema da discricionariedade administrativa em termos gerais (e não de forma específica em relação aos direitos fundamentais), confirma-se a explicação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “diante de um poder vinculado, o particular tem um *direito subjetivo* de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Em outras hipóteses, (...) a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, *todas válidas perante o direito*. Nesses casos, o poder da Administração é *discricionário* (...)”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62.

<sup>1432</sup> A doutrina tradicional do Direito Administrativo costuma afirmar que a norma jurídica, por vezes, prevê a atividade que deve ser realizada pela Administração, mas deixa de dizer se ela pode ser exigida pelo particular, se a ele está se atribuindo um direito subjetivo. A questão reporta-se, então, ao tema das competências discricionárias: se a norma deixa para a própria Administração a possibilidade de apreciar *se, quando e como* ela deverá agir, ao cidadão falece o poder de exigir esse ou aquele comportamento administrativo, pois ele não ostenta um direito público subjetivo. Apenas quando a norma fixa previamente o conteúdo do ato que se impõe à Administração, ditando-lhe de antemão o *que, o como* ou o *quando* é conveniente e oportuno fazer-se, haverá uma competência vinculada e, por conseguinte, exsurgirá um direito subjetivo oponível ao Estado. Só aí o indivíduo poderá exigir a atuação administrativa. Nesse sentido: BONNARD, Roger. Les droits publics subjectifs des administrés. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, Paris, v. 49, p. 695-728, 1932. p. 712.

*ordenamento jurídico da maneira mais apropriada à realização ótima dos valores subjacentes aos direitos fundamentais.*

(a) A primeira questão que há de ser sublinhada é a distinção entre dois âmbitos nos quais se manifesta a discricionariedade da Administração Pública em matéria de direitos fundamentais: (a.1) a seara das competências administrativas relativas à satisfação da *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais; (a.2) o campo das competências administrativas referentes à implementação da *dimensão objetiva* de tais direitos.

(a.1) Um dos possíveis setores de análise da discricionariedade administrativa em matéria de direitos fundamentais é o das competências públicas que tenham por finalidade atender à *dimensão subjetiva* de tais direitos. O elemento “provocação subjetiva” é o que caracteriza essas situações: um cidadão ou um grupo de pessoas *exige* da Administração que ela se comporte de determinada maneira, positiva ou negativa, para respeitar, proteger ou promover uma pretensão jurídica sua, à qual o sistema constitucional atribuiu o *status* de direito fundamental. São hipóteses que se apresentam no marco de uma relação jurídico-administrativa bem delineada, em que figuram: (i) um sujeito ativo (o titular do direito fundamental); (ii) um sujeito passivo (o Estado, titular da obrigação de cumprir a prestação correspondente); (iii) uma pretensão jurídica, conferida ao sujeito ativo, que lhe permite exigir do sujeito passivo a observância de uma obrigação de cunho positivo ou negativo. Nesses casos, a competência administrativa para atender à pretensão do titular do direito pode ser integralmente vinculada ou conter elementos discricionários.

Hipóteses de competências administrativas vinculadas podem ser exemplificadas com alguns conteúdos específicos dos direitos fundamentais à previdência social, à educação e a liberdade de crença religiosa. O direito à aposentadoria voluntária dos servidores públicos, que traduz parcela do conteúdo do direito social à previdência (art. 6º, CF), é assegurado pelo art. 40, §1º, III da Constituição. O agente que cumprir os requisitos ali descritos fará jus à concessão dos proventos oriundos de sua aposentação. Uma vez atendidas as exigências do comando normativo, não há espaços para a Administração deliberar sobre a conveniência ou oportunidade de aposentar o indivíduo. A competência administrativa que corresponde a esse direito é, portanto, *vinculada*. O mesmo se diga sobre o direito do cidadão ao acesso gratuito aos serviços públicos de educação básica, que englobam os níveis que vão desde educação infantil até o ensino médio. O art. 208, I da CF prevê que a educação básica é obrigatória e gratuita, e o §1º do mesmo artigo, ao atestar que a pretensão de acesso a esses serviços é um “direito público subjetivo”, buscou reforçar o caráter *vinculado* e não discricionário da competência administrativa para prestá-los. Em terceiro lugar, citem-se os direitos fundamentais à liberdade de crença religiosa e a não ser privado de direitos por esse motivo (art. 5º, VI e VIII, CF). Sua tutela pode ser pleiteada ao Estado pelo indivíduo que pretenda, por razões religiosas, eximir-se de prestar o serviço militar obrigatório. Por força do que dispõem o art. 5º, VI e VIII e o art. 143, §1º da CF, é *vinculada* a competência administrativa para conceder o pedido do cidadão de não servir militarmente às Forças Armadas e, em vez disso, prestar os serviços alternativos a que se referem esses dispositivos constitucionais.<sup>1433</sup> Inexiste margem de apreciação para que a Administração possa decidir se irá *respeitar ou não* a dimensão subjetiva do direito fundamental em questão: não lhe é facultado verificar se há conveniência ou oportunidade no deferimento do pleito que lhe foi dirigido.

<sup>1433</sup> A regulamentação de tais serviços é levada a efeito pela Lei nº 8.239/91, a qual “regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório”.

De outra banda, é distinta a hipótese em que ao exercício da dimensão subjetiva do direito fundamental corresponde uma competência administrativa *discricionária*. Nessa situação, o ordenamento jurídico assegura à Administração Pública um certo espaço de decisão, dentro dos limites fixados pelo Direito positivo, para aferir se é conveniente e oportuno atender integralmente à pretensão do titular do direito. Sobre o tema, refira-se aos direitos fundamentais à liberdade de reunião e à moradia.

O primeiro abriga-se no art. 5º, XVI da CF com a seguinte redação: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. Esse dispositivo constitucional empresta à Administração a competência discricionária para permitir ou não o pleno exercício da dimensão subjetiva de tal direito fundamental, pois a ela incumbe verificar, após ter sido avisada sobre a intenção de certo grupo de reunir-se no local informado: (i) se a reunião prejudicará outra que já estava anteriormente prevista para ocorrer no mesmo lugar; (ii) se a reunião se destina deliberadamente a fins ilícitos (*v.g.*, manifestação de racismo); (iii) se a sua realização é perigosa para a integridade física dos indivíduos por conta do número excessivo de participantes que estarão presentes, simultaneamente, em um espaço público de pequenas dimensões espaciais; (iv) se é prejudicial a obstrução excessiva do livre trânsito no local onde se pretende realizar a reunião (*v.g.*, via de acesso ao setor de emergência de um hospital); entre outros fatores.<sup>1434</sup> O simples fato de o grupo comunicar ao Estado que irá se reunir em certo lugar, como se vê, não garante que a dimensão subjetiva do direito à liberdade de reunião haverá de ser integralmente exercitada por seus titulares e respeitada pelo Poder Público.

Em relação ao direito fundamental à moradia, ele se encontra arrolado no art. 6º da Constituição entre os direitos sociais. Contudo, o constituinte não especificou detalhadamente o modo de exercício das incumbências administrativas voltadas ao cumprimento de sua dimensão subjetiva. Entre as competências comuns distribuídas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o art. 23, IX da Lei Maior determina que recaí sobre todos eles o dever de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. O texto constitucional, por si só, não fixou o conteúdo desses programas, os critérios para lograr acesso às moradias por eles criadas, os parâmetros para melhorar as condições habitacionais da população, os requisitos necessários para que cada sujeito possa postular individualmente a concessão de uma prestação dessa natureza, entre tantos outros aspectos. Há, pois, certa *discricionarietà* da Administração para definir todos esses pontos, em consonância com as outras necessidades também urgentes do povo brasileiro. Isso não quer dizer, como se verá mais à frente, que o Poder Público deva cumprir o art. 23, IX e a dimensão subjetiva do direito à moradia *quando* quiser, *como* quiser, *se* quiser e em favor de *quem* quiser. Em relação a diversos elementos, essa discricionarietà pode vir a ser reduzida a zero até tornar-se vinculada, como nos casos que dizem respeito ao mínimo existencial. Mas naquilo que desborda o conteúdo desse mínimo, as competências administrativas destinadas a satisfazer a perspectiva subjetiva do direito à moradia contam com *algumas porções* de discricionarietà.

---

<sup>1434</sup> Sobre as hipóteses de restrição da liberdade de reunião e os diversos critérios a serem observados para que o Poder Público possa limitá-la licitamente, inclusive com o desenvolvimento de alguns dos exemplos acima colacionados, ver: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 231 *et seq.*

Todos os exemplos até aqui apontados envolvem circunstâncias em que o titular do direito fundamental provoca a Administração Pública para *exigir* o seu respeito, a sua proteção ou a sua promoção. Porém, a eficácia jurídica da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF) não se restringe às hipóteses relativas à dimensão *subjetiva* desses direitos. Ela impõe também que a Administração, para manter-se dentro das balizas jurídico-constitucionais, deverá implementar a dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais, agindo de ofício para a sua promoção otimizada. E nesse âmbito também ganha relevância o tema das competências administrativas *discricionárias*.

(a.2) Outro campo de análise, distinto do anterior, consiste nos limites da discricionariedade de que dispõe a Administração para dar execução à *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais. Aqui não está em jogo a existência de um pedido ou de uma exigência do titular do direito perante o Poder Público. O foco, quando se trata desse assunto, consiste nos deveres que incumbem à Administração, independentemente de qualquer provocação subjetiva, de: (i) criar as condições necessárias para que os direitos fundamentais possam ser fruídos de maneira integral e universalizada, removendo os obstáculos que impeçam o seu exercício real e efetivo (*deveres autônomos de proteção*); (ii) interpretar todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional à luz do conteúdo valorativo inerente a esses direitos (*eficácia irradiante*); (iii) proteger os titulares dos direitos fundamentais contra si mesmos (*valor comunitário*). O significado desses três deveres já foi examinado em outra passagem deste trabalho.<sup>1435</sup> O que importa agora é explorar as consequências jurídicas do primeiro, neste momento (a.2), e do segundo, no ponto (c), *infra*.

Relembre-se que um dos traços de maior importância da vertente objetiva dos direitos fundamentais – *deveres autônomos de proteção* – é a obrigação que ela impõe à Administração de agir *preventivamente*, seja para impedir que outros sujeitos privados agridam tais direitos, seja para fazer com que a sua fruição pelos seus titulares seja real e efetiva (e não apenas uma promessa abstrata). Dos enunciados que veiculam direitos fundamentais decorre uma imposição autônoma, dirigida à Administração Pública, de instituir: (i) disposições normativas que disciplinem, mediante a fixação de critérios, a forma como serão exercidos os direitos fundamentais; (ii) aparatos organizacionais que possibilitem o seu exercício no mundo dos fatos; (iii) previsões em atos administrativos normativos que regulem meios de proteção dos bens jurídicos jusfundamentais contra ofensas advindas de outros particulares; (iv) instrumentos e regras procedimentais que facilitem a exigibilidade dos direitos fundamentais perante o Poder Público; (v) ações e serviços de prestação de utilidades ou comodidades materiais que sejam necessários à satisfação dos direitos fundamentais.

Convém retomar alguns dos exemplos de direitos mencionados no ponto (a.1) para demonstrar a diferença que existe no tema da discricionariedade administrativa quando se está investigando a dimensão *subjetiva* ou a dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais. Afirmou-se ali que é *vinculada* a competência administrativa para conceder as pretensões jurídicas jusfundamentais ligadas à aposentadoria voluntária dos servidores públicos (art. 6º c/c art. 40, §1º, III), ao acesso gratuito aos serviços públicos de educação básica (art. 208, I e §1º, CF) e à liberdade de crença religiosa conjugada com o direito a não ser privado de direitos por esse motivo (art. 5º, VI e VIII, CF). A referência foi feita à dimensão subjetiva desses direitos. Mas quando se tiver como objeto de análise as competências administrativas destinadas a realizar a

---

<sup>1435</sup> Ver Parte I, Capítulo 4, item 4.1, subitem 4.1.1., ponto (d).

sua dimensão *objetiva* (mais especificamente no que diz respeito aos *deveres autônomos de proteção*), serão elas vinculadas ou discricionárias?

As previsões do art. 6º (direito social à previdência) e do art. 40, §1º, III (aposentadoria voluntária dos servidores), mesmo que o titular do direito em apreço não o exija do Estado, obrigam a Administração Pública a criar normas que estabeleçam critérios para a contagem do tempo de contribuição, órgãos que prestem eficientemente o serviço público de previdência social, mecanismos procedimentais para que os pedidos tramitem perante o órgão competente e sejam analisados em prazo razoável, entre tantas outras medidas. São deveres *objetivos* que traduzem competências administrativas. Embora a competência específica para conceder o direito quando ele é postulado pelo seu titular (dimensão *subjetiva*) seja *vinculada*, a competência genérica para prestar o serviço conta com diversas *porções de discricionariedade*. É à Administração Pública que incumbe verificar, por exemplo, se ele será prestado de forma centralizada, pela Administração direta, ou se será apresentado projeto de lei para criar uma entidade que venha a integrar a Administração indireta para fornecê-lo de maneira descentralizada (v.g., Instituto Nacional do Seguro Social – INSS). Todavia, por força da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), ela não detém margem de apreciação para decidir *se* vai prestar ou não o serviço público de previdência social, nem para optar *quando* irá fornecê-lo. Ela sempre deverá fazê-lo e está compelida a isso desde a promulgação da Constituição, instante a partir do qual os direitos fundamentais nela albergados se tornaram imediatamente aplicáveis. Esses são aspectos *vinculados* da competência administrativa destinada a implementar a dimensão *objetiva* do direito fundamental à aposentadoria, ainda que ela contenha outros componentes que ostentem natureza *discricionária*.

O mesmo se pode dizer quanto aos outros direitos antes aventados. É *vinculada* a competência administrativa para conceder o acesso do cidadão ao serviço gratuito de educação básica (dimensão *subjetiva*). Mas a competência que a Administração recebe para, espontaneamente, criar escolas públicas, aumentar o número de vagas e o espaço físico das existentes, abrir concurso para nomear novos professores, etc. – deveres oriundos da perspectiva *objetiva* do direito fundamental à educação – contém *parcelas de discricionariedade*. Quanto a esses assuntos ela pode escolher os melhores meios e as formas mais idôneas para prestar adequadamente o serviço, mas não lhe cabe optar *se* vai ou não oferecê-lo, nem *quando* irá fazê-lo. Cuida-se de um dever permanente. Mencione-se, ainda sobre o direito à educação, outro segmento que integra o seu conteúdo: o direito do educando a um atendimento proporcionado mediante programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, VII, CF). À Administração incumbe, obrigatoriamente, desenvolver tais programas com o escopo de atingir as finalidades narradas no comando normativo (dimensão *objetiva*). Não lhe compete escolher entre promovê-los ou não. No entanto, ela desfruta de um espaço discricionário para selecionar quais são as maneiras mais oportunas e convenientes de implementá-los.

É também *vinculada* a competência administrativa para deferir o pedido de prestação de serviços alternativos em substituição ao serviço militar obrigatório, quando o indivíduo fundamentar sua pretensão no direito fundamental à liberdade de crença religiosa (dimensão *subjetiva*). Entretanto, o dever da Administração de eleger quais serão os serviços alternativos que poderão ser desempenhados pelos titulares desse direito e optar entre quais atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou produtivo serão postas à disposição dos particulares, revela-se como uma competência revestida de *aspectos discricionários*. A Lei nº

8.239/91 fixa alguns parâmetros, a partir dos quais o ente administrativo deverá verificar, discricionariamente, quais ações são mais convenientes e oportunas para o Estado brasileiro. Logo, não cabe à Administração deliberar *se* vai cumprir esses deveres objetivos de agir, nem *quando* irá atendê-los. Tais elementos serão sempre *vinculados*.

Daí se depreende que em relação à dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais, ligadas aos deveres da Administração Pública de agir espontaneamente em prol de sua máxima efetivação, as competências administrativas sempre contarão com alguns elementos vinculados e outros discricionários. A Administração pode – em alguns casos com mais intensidade, outros com menos – escolher *quais* ações serão priorizadas, com o investimento de quantias mais elevadas de recursos financeiros, os *meios* que serão empregados para implementá-las e as *formas* jurídicas que serão utilizadas para tanto. Aí residirá a *discricionariedade*. Porém, quanto a *agir* ou *não agir* e quanto ao *momento* de adotar medidas coletivas para proporcionar a realização dos direitos fundamentais, não haverá discricionariedade alguma: o dever de atuar sempre estará presente e deverá ser cumprido permanentemente, isto é, a todo o momento.

Em suma: quando o tema em debate for a discricionariedade da Administração Pública em matéria de direitos fundamentais, a resposta quanto à natureza vinculada ou discricionária da competência administrativa voltada à satisfação do direito depende do esclarecimento prévio de duas questões: (i) a qual dimensão do direito fundamental se está aludindo (subjetiva ou objetiva); (ii) a quais aspectos da competência se está referindo.

(b) O segundo ponto que reclama atenção consiste na crítica que deve ser feita quanto às referências genéricas à “discricionariedade da competência administrativa” em matéria de direitos fundamentais. Não se pode aludir genericamente à “discricionariedade da Administração” para adotar medidas voltadas à realização dos direitos fundamentais. Faz-se imperioso, em cada situação concreta, verificar se havia de fato um espaço de deliberação outorgado pelo Direito para que ela pudesse optar sobre *como*, *quando*, com *quais meios* e *se* deveria agir. Do contrário, a noção de discricionariedade perde a sua razão de ser. Menções dessa natureza acabam por *distorcer o significado dessa categoria jurídica*, transformando-a em um argumento utilizado como um *joker* pelo Poder Público, com o fim de encobrir a antijuridicidade de suas posturas omissivas agressivas aos direitos fundamentais. Daí a necessidade de examinar o tema com cautela. A discricionariedade, conforme assevera Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “é o cavalo de Troia do Direito Público pela simples razão de que seu uso objetivo nos situa no interior do Estado de Direito e seu exercício abusivo nos leva ao mundo da arbitrariedade e do autoritarismo”.<sup>1436</sup>

Como álibi para justificar a inefetividade dos direitos ora discutidos, costuma-se dizer que, muito embora o ordenamento jurídico outorgue competência ao Poder Executivo para concretizar os direitos fundamentais sociais, essa competência seria de cunho discricionário, permitindo ao administrador público optar pelo momento de agir e pelos meios a serem utilizados para o alcance dessa finalidade. E essa explicação acaba sendo empregada justamente nas hipóteses em que a passividade da Administração já não se encontra mais dentro do círculo

---

<sup>1436</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 158.

de legitimidade delimitado pela Constituição e pela lei, isto é, em situações nas quais a conduta estatal já ultrapassou as fronteiras da discricionariedade e adentrou as raias da arbitrariedade.<sup>1437</sup>

Um caso concreto, apreciado por três instâncias do Poder Judiciário brasileiro, bem ilustra o que se está a dizer. Pedese licença para expor de forma detalhada algumas passagens do processo com o fito de demonstrar que o argumento genérico da discricionariedade administrativa, quando usado no campo dos direitos fundamentais sociais, pode implicar fortes distorções de sua autêntica significação jurídica.

No Município de Cambará, situado no Estado do Paraná, havia um número crescente de crianças e adolescentes em estado de abandono ou sem possibilidade de reintegração familiar. O Ministério Público ajuizou ação civil pública, postulando que a Municipalidade fosse condenada a destinar um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e a elaborar programas de proteção à criança e aos adolescentes em regime de abrigo. A Constituição brasileira, como se sabe, assegura expressamente no art. 6º os direitos sociais à moradia e à assistência aos desamparados. No art. 227, a Lei Maior determina que é “dever da família, da sociedade e *do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de *colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”. É inquestionável que o constituinte estabeleceu, como decisão política fundamental, que a atenção estatal aos direitos fundamentais da criança e do adolescente não é uma mera faculdade da Administração. A redação dessa disposição constitucional não deixa dúvidas: ela fala em *absoluta prioridade*. A existência de uma vasta quantidade de menores carentes e sem abrigo no Município certamente implica *negligência* estatal, vedada pelo art. 227, bem como desrespeito aos diversos direitos fundamentais ali proclamados.

O caso em tela é interessante porque não só o texto constitucional foi enfático ao impor a obrigação de conferir total prioridade às ações relativas à proteção da criança e do adolescente, como também havia previsões específicas na legislação federal e municipal que reduziam ainda mais a margem de apreciação subjetiva da Administração Pública nessa seara. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90) precisou o significado da expressão “prioridade” empregada pelo constituinte, estabelecendo no art. 4º, parágrafo único, que “a garantia de prioridade compreende: a) *primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias*; b) *precedência de atendimento nos serviços públicos* ou de relevância pública; c) *preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas*; d) *destinação privilegiada de recursos públicos* nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”. O art. 7º do mesmo diploma prevê, ainda, que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, *em condições dignas de existência*”. Além disso, a Lei Municipal nº 907/90, ao disciplinar a política municipal de atendimento dos direitos da criança e do adolescente em Cambará, estipulou que o Município “poderá criar os programas e serviços” (art. 4º) referentes à “política e programas de assistência social, em caráter supletivo” e “serviços especiais” (art. 2º, II e III).

<sup>1437</sup> Nunca é demais lembrar, conforme ressalta Tomás-Ramón Fernández, que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem: são, muito pelo contrário, dois conceitos antagônicos. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración**. 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008. p. 81.



O juízo de primeira instância negou o pedido de liminar e julgou improcedente o pedido do autor, ancorando-se no argumento de que “mandar o Réu destinar um imóvel para a construção de abrigo e destinar equipe especializada para mantê-lo, na atual conjuntura, certamente não atenderia, consoante pretende o Ministério Público, à sociedade, pois a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida” (fls. 116 dos autos). Acolheu-se o argumento do Poder Público de que o Município já apoiava entidades beneficentes de assistência social, repassando-lhes regularmente verbas orçamentárias e fornecendo condições para o seu funcionamento, razão pela qual o Poder Executivo estava “cumprindo sua missão dentro das possibilidades do Município” (fls. 42 dos autos).<sup>1438</sup> Ainda que o ente municipal não possuísse um abrigo sequer dedicado a essa finalidade, entendeu o juiz de primeiro grau que o fato de ele estar prestando auxílio público às entidades da sociedade civil organizada significava que os deveres do Município estavam sendo adimplidos.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, negou provimento. Consignou-se no acórdão que “não se pode obrigar a Municipalidade a atender àquelas medidas – destinar um imóvel para instalação de um abrigo, dando-lhe recursos materiais e humanos essenciais –, quer porque ela demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município, quer porque, *face ao princípio da discricionariedade, de que goza o Chefe do Executivo Municipal, este tem total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas*”. O art. 227 da Constituição determina que o Estado deverá atribuir *absoluta prioridade* à proteção da dignidade da criança e do adolescente, e, mesmo assim, o Tribunal de Justiça entendeu que o Prefeito goza de “*total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas*”. A frase ora grifada em itálico consta, inclusive, da ementa da decisão.<sup>1439</sup> Se a Municipalidade não tinha condições financeiras para, naquele momento, construir a obra pleiteada, parece estar claro que na definição de seu orçamento não foi dada a *absoluta prioridade* à tutela da criança e do adolescente, tal como determina a Constituição.

O *parquet* não desistiu e chegou até o Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial. A Corte manteve integralmente a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, decidindo que “com fulcro no *princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário*

<sup>1438</sup> Os trechos entre aspas e a indicação das folhas dos autos foram extraídos do corpo do Acórdão nº 7910 proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja íntegra encontra-se disponível no sítio do Ministério Público paranaense no seguinte endereço: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_14\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_4_1_1.php)>. Acesso em 10 out. 2013.

<sup>1439</sup> “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEITOS COMINATÓRIOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE ABRIGO E ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AOS ADOLESCENTES EM REGIME DE ABRIGO. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO CONFIRMADA. 1. Em razão do princípio da discricionariedade, que rege a atividade do Executivo, este ‘goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas’. 2. Assim, não podendo a Administração Pública destinar imóvel, para instalação de abrigo de menores, dotando-o de recursos materiais e humanos, sem prejuízo das demais atividades municipais, improcede a ação proposta, destinada a obrigar o Município à efetivação daquela obra”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de Apelação de Menores nº 105-9. Acórdão nº 7910. Relator Des. Accácio Cambi. Conselho da Magistratura. Julgado em 09.02.1998. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_14\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_4_1_1.php)>. Acesso em 10 out. 2013.

*interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada*".<sup>1440</sup> É interessante que o acórdão, antes de chegar a essa conclusão, cita trechos da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, os quais, ao que tudo indica, apontam para o sentido diametralmente oposto ao que trilhou o Tribunal. Veja-se: “a discricionariedade existe, *única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. *Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo*”.<sup>1441</sup>

As lições do referido jurista, ao contrário da posição manifestada pelo STJ, bem alertam para a impossibilidade de se creditar na ideia de discricionariedade uma ampla liberdade do administrador para agir a seu bel-prazer, desviando-se da rota pré-fixada pelo ordenamento jurídico. Aliás, na obra do autor, logo na frase seguinte àquela que foi citada no acórdão, ele adverte que “para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto”.<sup>1442</sup> E na situação concreta ora discutida tudo leva a crer que a Administração já não estava mais dentro da órbita das escolhas legítimas, pois recusou-se a dar “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas” relativas à criança e ao adolescente e a fornecer “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”, tal como se exige no art. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d” da Lei nº 8.069/90. Em outras palavras: o Município negou-se a priorizar uma ação à qual o art. 227 da Constituição determinou seja dada *absoluta prioridade*.

A posição do Poder Judiciário nas três instâncias em que tramitou o processo<sup>1443</sup> – juiz de primeiro grau, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Superior Tribunal de Justiça – é incompreensível sob o prisma do perfil contemporâneo do Direito Administrativo e do controle judicial da Administração Pública, iluminados pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais.<sup>1444</sup> E especialmente nessa situação específica, uma vez que no cenário dos direitos humanos o direito à moradia desfruta de um papel privilegiado, pois se revela como um elemento imprescindível para assegurar uma vida digna.<sup>1445</sup> Sim, a Administração goza de competência discricionária para eleger onde devem ser aplicados os recursos orçamentários e em

<sup>1440</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208.893/PR. Relator Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 19.12.2003. DJ 22.03.2004.

<sup>1441</sup> A referência indicada no acórdão foi: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 399. O excerto consta da página 440 da 30ª edição, de 2013, a qual tem sido utilizada no presente trabalho.

<sup>1442</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 440.

<sup>1443</sup> O Ministério Público interpôs também recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Corte negou seguimento à manifestação recursal intentada, sob o argumento de que para rever a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná seria necessário reexaminar fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso extraordinário consoante a Súmula nº 279 do STF. Para acessar a íntegra da decisão monocrática, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 423662. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 04.12.2009. Publicado em DJE-237, divulgado em 17.12.2009, publicado em 18.12.2009.

<sup>1444</sup> Sobre os impactos do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Administrativo, ver: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 29, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-35, jul./set. 2007. e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-33, abr./jun. 2013.

<sup>1445</sup> MASSIMINO, Leonardo F. Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 29-47, jan./mar. 2013. p. 46.

quais obras deve investir, mas, consoante a lição de Bandeira de Mello transcrita no próprio acórdão do STJ, isso somente pode ser feito dentro dos limites que são impostos pela lei e pela Constituição. E o dever do Estado de garantir ao menos o núcleo essencial do direito fundamental à moradia é uma competência vinculada, pois ele integra o direito ao mínimo existencial, que há de ser aplicado como uma *regra*, em termos definitivos e não *prima facie*.<sup>1446</sup> Pode a Administração escolher os meios mais adequados para tanto, mas está fora de sua margem de escolhas legítimas a decisão sobre *atuar* ou *não atuar* nessa área. A omissão, portanto, é contrária ao ordenamento jurídico e já se situa no solo da arbitrariedade, não mais no da discricionariedade.

O caso ora examinado mostra o efeito pernicioso das alusões genéricas à discricionariedade administrativa na temática dos direitos fundamentais. Perceba-se como é fácil citar a teoria em termos gerais e na prática afastar-se dela com grande tranquilidade. E o recurso a essa categoria jurídica para justificar a inação do Poder Público em matéria de direitos sociais não é algo exclusivo da decisão supracitada, estando presente também em outros julgados que envolvem os direitos à saúde,<sup>1447</sup> à educação,<sup>1448</sup> à moradia e ao meio-ambiente,<sup>1449</sup> à acessibilidade das pessoas com deficiência física,<sup>1450</sup> entre outros. Com isso, o significado da

<sup>1446</sup> A fundamentação jurídica para se chegar a essa conclusão foi desenvolvida na Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem 2.2.1., ponto (e).

<sup>1447</sup> “CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – EXERCÍCIO PELO JUIZ – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 252.083/RJ. Relatora Min. Nancy Andrighi. Segunda Turma. Julgado em 27.06.2000. DJ 26.03.2001.

<sup>1448</sup> “(...) 1. O ensino fundamental é prioritário, mas ao Estado impõe-se a obrigação de prestar o ensino infantil, cabendo ao Município incluí-lo na sua política educacional. 2. Aos órgãos públicos só pode ser imposto pelo Judiciário obrigação de fazer que importe gastos imediatos, fora do normal orçamento, em se tratando de urgentes necessidades, quando em perigo a vida. 3. Com referência à educação, dever estatal de urgência, mas passível de espera razoável, a imposição da obrigação de fazer pode aguardar o planejamento específico. (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 782.196/SP. Relatora Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 13.03.2007. DJ 22.03.2007.

<sup>1449</sup> “(...) 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. (...) 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.876/SP. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 16.06.1998. DJ 21.09.1998.

<sup>1450</sup> “RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA DE OBRAS DE MODIFICAÇÃO E REFORMA NO MORRO DA URCA E NO MORRO DO PÃO DE AÇÚCAR E LICENÇA PARA A INSTALAÇÃO DE ELEVADORES DESTINADOS A DEFICIENTES FÍSICOS. ALEGADA OMISSÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. NÃO EVIDENCIADA A PRESENÇA DE SUPOSTO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE. NÃO-CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESPÉCIE. (...) com fulcro no princípio da discricionariedade administrativa e na supremacia do interesse público, a Municipalidade tem liberdade para decidir pela conveniência ou não da execução da obra. Como ensina Hely Lopes Meirelles, ‘só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos (...). Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo’. Recurso ordinário improvido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.535/RJ. Relator Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 01.09.2005. DJ 31.05.2006.

discricionariedade administrativa acaba sendo desvirtuado. Afinal, por qual motivo ela existe e continua operando no Direito Administrativo contemporâneo? Para que o administrador possa identificar no caso concreto quais são as melhores opções, dentro do espaço demarcado pelo ordenamento jurídico, para atender mais eficazmente aos objetivos subjacentes às disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais.<sup>1451</sup> Se: (i) a Constituição e a legislação obrigam o Município a dar absoluta prioridade à promoção da dignidade da criança e do adolescente, investindo os recursos públicos preferencialmente nessa área; (ii) a Municipalidade não possuía um abrigo sequer para menores carentes em situação de abandono; e (iii) o número de crianças nessa situação estava aumentando, questiona-se: a opção da Administração de se manter inerte estava dentro do seu círculo de escolhas legítimas? É evidente que não. A hipótese em debate é emblemática porque esse setor social foi o único em que o constituinte foi tão enfático a ponto de empregar a locução “absoluta prioridade”. Ou seja, se há demanda nessa seara, já não resta mais espaço de decisão para a Administração a respeito de nela investir ou não investir, pois as necessidades surgidas nesse campo desfrutam de preferência na pauta do Poder Público, por predeterminação do sistema normativo.

Enfim, o que se pretende grifar nesta oportunidade é que a discricionariedade não pode se converter em um mito jurídico, uma categoria descolada do verdadeiro propósito ao qual ela se destina. Se a discricionariedade administrativa se trata de um mecanismo para garantir que a Administração irá empreender as *melhores opções* para atingir aos fins estampados na ordem jurídica,<sup>1452</sup> ela jamais pode ser invocada como fundamento para legitimar que o Poder Público permaneça inativo, deixando de empregar as medidas necessárias para dar concretude aos direitos fundamentais.

(c) Uma vez tecidas as considerações acima expostas, impende verificar qual o efeito jurídico que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, insculpida no art. 5º, §1º da Constituição, produz sobre as hipóteses de discricionariedade administrativa. A proposição aqui defendida é a de que *a eficácia irradiante decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais reduz significativamente as fronteiras da discricionariedade administrativa*, podendo inclusive vir a eliminá-la, tornando vinculada a competência da Administração Pública.

Reitere-se que um dos efeitos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, já explanado em capítulo próprio,<sup>1453</sup> consiste em desencadear uma *eficácia irradiante*, que faz com que o conteúdo valorativo desses direitos se dissemine de forma generalizada pela integralidade do sistema jurídico constitucional e infraconstitucional, contagiando a interpretação de todas as normas jurídicas. O fundamento que explica esse fenômeno é o fato de que o teor axiológico contido nos direitos fundamentais representa o conjunto dos valores mais relevantes compartilhados pela sociedade, cuja proteção pela ordem constitucional se apresenta como um fator de legitimação material do Estado de Direito. Vale dizer: esses direitos refletem decisões políticas tão importantes para a vida em comunidade que é justamente a necessidade de sua

<sup>1451</sup> Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “o administrador está (...) nos casos de discricionariedade, perante o *dever jurídico* de praticar, não qualquer ato dentro os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33.

<sup>1452</sup> Nessa esteira, Luis Manuel Fonseca Pires destaca que quando a norma jurídica outorga ao agente uma competência discricionária, “a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela melhor opção possível à realização do interesse público”. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 201.

<sup>1453</sup> Parte I, Capítulo 4, item 4.1, subitem 4.1.1., ponto (d.3).

tutela pelo Estado que justifica a existência desse último. Por esse motivo, os valores a eles inerentes devem guiar toda a atividade do Poder Público, já que, sendo a proteção dos direitos fundamentais a razão de ser da própria criação do Estado, seria um contrassenso admitir que este pudesse agir contrariamente à essência que o inspira. Não basta, pois, a observância das formalidades jurídicas e dos trâmites procedimentais para que sejam legítimas as condutas estatais. Impõe-se também o respeito ao conteúdo substancial que os valores jusfundamentais fazem espargir (v.g., dignidade, liberdade, igualdade, justiça social, etc.).

Essa condição de valores essenciais que integram a medula da ordem constitucional faz com que os direitos fundamentais deixem de ser meros limites negativos à ação estatal, tornando-se também vetores e linhas diretivas que norteiam e condicionam a sua atuação positiva.<sup>1454</sup> Eles passam a orientar os comportamentos do Poder Público, indicando quais os caminhos deverão ser seguidos para que as decisões axiológicas estabelecidas pelo poder constituinte sejam mais adequadamente cumpridas. Dita consequência impacta diretamente na atividade hermenêutica do Estado, pois a compreensão do significado das normas jurídicas constitucionais, convencionais, legais e administrativas será afetada pela axiologia substancial que deflui dos direitos fundamentais. A *eficácia irradiante* implica, assim, no dever estatal de interpretar todas as normas que compõem o sistema normativo a partir do conteúdo material dos direitos fundamentais.

No âmbito da atividade *administrativa*, esse efeito jurídico da dimensão objetiva dos direitos fundamentais conduz a duas implicações de grande expressão: **(c.1)** obriga a Administração Pública a interpretar os termos jurídicos indeterminados de modo a privilegiar os direitos fundamentais, maximizando a sua tutela; **(c.2)** diminui as margens da discricionariedade das competências administrativas, circunscrevendo o círculo de escolhas legítimas da Administração àquelas que implementem de forma otimizada os direitos fundamentais.<sup>1455</sup>

Tais repercussões devem ser levadas a sério no plano da realidade concreta, não podendo quedar encarceradas no discurso teórico. Para que isso ocorra, é necessário levar às últimas consequências a incidência direta dos direitos fundamentais sobre a atuação administrativa, para que a previsão do art. 5º, §1º não se converta em uma banalidade. Ou se reconhece que os direitos fundamentais produzem, mesmo à margem de previsões legais específicas, efeitos jurídicos concretos e relevantes, como uma *tinta espessa* que inunda e contamina a atividade administrativa, ou se terá de admitir, fatalmente, que sua consagração constitucional não é verdadeiramente jurídico-normativa, mas sim lítero-poético-recreativa, e que, tal como uma *pálida fumaça*, eles podem ser facilmente soprados e afastados pela Administração Pública.

**(c.1)** A primeira implicação acima apontada é a de que o Poder Público, quando se depara com expressões fluidas inseridas em enunciados normativos (tais como moralidade administrativa, boa-fé, interesse público, eficiência), deverá interpretá-los em conformidade com os valores que emanam dos direitos fundamentais. A assertiva, na teoria, pode parecer óbvia, mas na prática nem sempre o é. Recorde-se o exemplo, referido no subitem 7.1.2, ponto (b), em que o trabalhador é contratado pelo Estado sem submeter-se a concurso, por excepcional interesse público (art. 37, IX, CF), e permanece prestando serviços à entidade estatal por mais

<sup>1454</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho Administrativo y Constitución**. Granada: CEMCI, 2000. p. 104.

<sup>1455</sup> As diferenças entre as noções de “conceitos jurídicos indeterminados” e “discricionariedade administrativa” são explicadas de maneira aprofundada por: PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 67-116.

tempo do que a lei autoriza, em face de postergação ilícita do contrato de trabalho suscitada pela própria Administração. Viu-se que, de acordo com a Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho, prevalece o entendimento de que o trabalhador faz jus somente ao salário relativo às horas trabalhadas e ao depósito dos valores referentes ao FGTS, não lhe sendo devido o pagamento de qualquer outra parcela (aviso prévio, décimo terceiro salário, férias vencidas e proporcionais acrescidas do terço constitucional, FGTS com multa de 40%, etc.).<sup>1456</sup> Sabe-se que os princípios da *moralidade administrativa* e da *boa-fé* incidem sobre a atividade administrativa. Isso ninguém nega nos dias atuais, ao menos no plano abstrato. O conteúdo jurídico dessas categorias, dotadas de contornos imprecisos, haverá de ser preenchido pelos valores jusfundamentais.

Indaga-se: seria adequado afirmar que se encontra em conformidade com a *moralidade administrativa* e com a *boa-fé* a conduta da Administração de prorrogar ilicitamente o contrato, fazendo o trabalhador confiar na legitimidade do seu proceder, para então apropriar-se da força de trabalho do indivíduo e negar-lhe a satisfação da maior parte dos seus direitos fundamentais sociais de cunho laboral? É evidente que não. Repita-se: o significado do que vem a ser um comportamento administrativo *moral* e respeitoso à *boa-fé* deverá ser interpretado com base nos direitos fundamentais. A clara afronta a esses direitos importará, por conseguinte, uma atuação *imoral* e de *má-fé* da Administração Pública. Entender de forma contrária significa negar o discurso até aqui desenvolvido, de que os direitos fundamentais realmente vinculam diretamente o agir administrativo. Se eles não servem nem para conferir significação a termos indeterminados como esses, isso implica aceitar a sua condição de esquálida fumaça que com um simples abano da Administração pode ser dissipada, tornando-se algo inútil quanto à conformação das condutas estatais.

(c.2) A segunda consequência jurídica da eficácia irradiante dos direitos fundamentais sobre o exercício da função administrativa diz respeito à redução da esfera de discricionariedade da Administração por força da incidência dos valores protegidos por esses direitos. Nesse sentido, Justo Reyna sublinha que “os direitos fundamentais (...) operam no Estado Constitucional de Direito como condicionantes e guias do exercício da discricionariedade administrativa, impondo obrigações de fazer às autoridades administrativas”.<sup>1457</sup>

Asseverar que os direitos fundamentais exibem uma dimensão objetiva, que compele o Poder Público a agir em prol da sua efetivação independentemente de provocação subjetiva e a interpretar o ordenamento jurídico à luz do seu conteúdo axiológico, implica reconhecer que tais direitos tornam juridicamente ilegítimas as escolhas administrativas que, embora admissíveis sob o ângulo da legalidade estrita, não sejam as mais adequadas a realizá-los. Em outras palavras: *se para exercer uma competência discricionária a Administração pode escolher entre as várias opções que lhe são autorizadas pela lei, mas algumas delas são menos apropriadas a satisfazer de maneira otimizada o conteúdo dos direitos fundamentais, estas últimas deixam de ser admitidas pelo Direito e se tornam antijurídicas, mesmo que não sejam condutas vedadas pela lei em sentido formal*. Para a Administração Pública não basta, portanto, verificar quais são as

<sup>1456</sup> Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho: “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

<sup>1457</sup> REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 131-169, out./dez. 2012. p. 138.

medidas que a *lei* lhe permite eleger. A ela compete averiguar qual é a solução mais suscetível de potencializar a tutela dos direitos fundamentais. Todas as demais serão inconstitucionais.

A diminuição das fronteiras da discricionariedade administrativa diante do caso concreto, inclusive passível de chegar a um “grau zero”, é apontada pela doutrina administrativista nacional e estrangeira. Conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, “*a discricção administrativa é maior na norma de Direito do que perante a situação concreta*”, de sorte que o confronto entre a finalidade do enunciado normativo e as circunstâncias fáticas “pode levar, inclusive, à total disparição de discricionariedade, que *embora existente ao nível da norma deixa de suster-se ante as peculiaridades de alguma situação em concreto*”.<sup>1458</sup> Na mesma senda, Luis Manuel Fonseca Pires assinala que reconhecer a existência de discricionariedade na estática da norma jurídica “não significa que diante do *caso concreto* necessariamente haverá uma pluralidade de decisões legítimas franqueadas à Administração Pública”.<sup>1459</sup> Se a disposição normativa só confere essa margem de apreciação para que a Administração possa identificar, diante das peculiaridades fáticas, qual é a escolha que atenderá mais perfeitamente à finalidade da norma, no caso concreto deixarão de ser admitidas muitas das alternativas que abstratamente seriam aceitáveis pelo Direito. Isso porque, naquela hipótese determinada, tais opções – que em tese eram legalmente autorizadas – já não se mostram apropriadas para cumprir de maneira excelente o objetivo que inspirou a norma jurídica atributiva da competência administrativa. Bem por isso, elas escapam dos limites da discricionariedade e passam a localizar-se nos confins da antijuridicidade.

Essa teoria, amplamente desenvolvida na Alemanha e de há muito incorporada pela dogmática jurídica de diversos outros Estados, tal como o brasileiro, é chamada de redução da discricionariedade “a zero” (*auf null*).<sup>1460</sup> De acordo com Hartmut Maurer, afirmar que a Administração possui uma competência discricionária significa que ela deverá escolher entre distintos modos de condutas. Mas frente a uma situação particular, “a possibilidade de escolha pode se reduzir a *uma* alternativa. Isso é então o caso, quando somente ainda uma decisão é livre do vício no exercício do poder discricionário, todas as outras decisões seriam exercício do poder discricionário vicioso”.<sup>1461</sup> Em tais circunstâncias, o agente se vê obrigado a adotar aquela única providência que ainda remanesce como legítima perante o Direito, por ser justamente a que melhor se afina ao atingimento da finalidade da norma. Maurer aponta, então, que a influência dos direitos fundamentais e outros princípios constitucionais constitui um dos fatores que provoca essa redução “a zero” da discricionariedade. As lições do autor são expressamente acolhidas na doutrina espanhola por Eduardo García de Enterría, o qual destaca que essa limitação do âmbito de escolhas administrativas se produz especialmente “quando entram em jogo direitos fundamentais e outras regras constitucionais, ou quando se trata de obrigações legais de intervir e a Administração se abstém”.<sup>1462</sup>

O influxo dos direitos fundamentais como elemento apto a contrair a margem de opções legítimas de atuação administrativa afigura-se como uma consequência jurídica concreta da sua

<sup>1458</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional...** *Op. Cit.*, p. 36-38.

<sup>1459</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>1460</sup> SESÍN, Domingo Juan. **Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica:** Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. p. 70.

<sup>1461</sup> MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral.** 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 152.

<sup>1462</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración.** 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2005. p. 259.

aplicabilidade imediata e do direito à tutela administrativa efetiva. Se eles incidem imediatamente sobre a atividade da Administração, o agente deverá sempre buscar eleger as escolhas que mais coadunem com a sua efetivação maximizada. Se compete ao Poder Público, no exercício de sua função administrativa, tutelar os direitos fundamentais de forma espontânea, integral e igualitária, é evidente que os caminhos que em tese seriam permitidos pela lei se tornarão, no caso concreto, proibidos pelo Direito quando não se revelarem os mais convenientes e oportunos para emprestar uma proteção ótima aos direitos humanos.

Essa redução “a zero” do campo de discricionariedade administrativa pode se dar tanto em relação à dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais (quando um titular exige um comportamento positivo ou negativo do Estado), quanto em relação à perspectiva *objetiva* de tais direitos (referente ao dever do Poder Público de agir de ofício para implementar de modo universalizado as condições necessárias ao exercício e à fruição de bens jurídicos jusfundamentais). O direito social à moradia, em sua dupla dimensão (subjetiva e objetiva), presta-se à demonstração dessa afirmação.

Já se mencionou neste trabalho que a Medida Provisória nº 2.220/01, ainda vigente, prevê o instituto da concessão de uso especial de imóvel público para fins de moradia. Ele tem por escopo regularizar a situação de pessoas que ocupam irregularmente bens públicos por não terem um local adequado para morar. Por meio dessa concessão, a Administração autoriza a permanência do cidadão no imóvel (cuja propriedade, por conta do art. 183, §3º da CF, não pode ser adquirida por usucapião), fornecendo ao morador a segurança da posse e habilitando-o a postular a instalação e prestação de serviços públicos de forma regularizada, tais como saneamento básico e energia elétrica. Consoante o art. 1º, “aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

Ocorre que o art. 5º da mesma Medida Provisória estabelece que “*é facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: I – de uso comum do povo; II – destinado a projeto de urbanização; III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV – reservado à construção de represas e obras congêneres; ou V – situado em via de comunicação*”. Onde se localiza a discricionariedade administrativa conferida ao Estado nessa disposição? Em decidir se ele irá *conceder ou não* o título jurídico ao morador, quando o caso se enquadrar em uma das hipóteses descritas nesses incisos, ou em deliberar entre *conceder o uso naquele ou em outro local*? A interpretação aqui será decisiva, pois na primeira alternativa a Administração teria o poder de optar entre proteger o direito fundamental à moradia ou não, ao passo que na segunda lhe caberia somente verificar se é mais conveniente e oportuno satisfazê-lo naquela localidade ou em lugar diverso, tendo em vista os outros bens jurídicos afetados (v.g., proteção ao meio-ambiente), não lhe sendo permitido negar a pretensão deduzida.

Por se estar em face de uma situação que envolve um direito fundamental, que desfruta de aplicabilidade imediata e espraia o seu teor axiológico e seus efeitos jurídicos sobre todo o Poder Público, condicionando a sua interpretação em relação às normas constitucionais e infraconstitucionais, a primeira possibilidade hermenêutica é obrigatoriamente afastada, eis que acarreta menoscabo ao conteúdo valorativo do direito social à moradia. Aceitar que nos casos



narrados pelos incisos do art. 5º da MP nº 2.220/01 a Administração teria a *faculdade* de outorgar ou não a concessão de uso especial para fins de moradia ao cidadão significaria desprezar por completo a *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, decorrente de sua dimensão objetiva, que vincula a compreensão do ordenamento jurídico realizada pelos órgãos, entidades e agentes administrativos. A opção por *não* assegurar o exercício do direito à concessão de uso especial nos casos do art. 5º, diversamente do que uma leitura apressada do seu *caput* pode fazer parecer, não se encontra dentro do espaço de *discricionariedade* da Administração traçado pela ordem jurídica, isto é, do círculo de escolhas legítimas que o sistema normativo autoriza que sejam licitamente selecionadas.<sup>1463</sup> Tal alternativa se situa para além dessas fronteiras: ela jaz no terreno proibido da *arbitrariedade*.

O exemplo acima versa sobre os impactos de um dos desdobramentos (*eficácia irradiante*) da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sobre a sua dimensão subjetiva. Assim, essa força expansiva dos valores emanados de tais direitos influi no momento em que o titular do direito *exige* a sua satisfação perante a Administração, mediante uma provocação *subjetiva*. Porém, essa *eficácia irradiante*, que deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também repercute sobre outro desdobramento da perspectiva objetiva, explorado no ponto (a.2), *supra*: os *deveres autônomos de proteção*. Prossiga-se com o direito social à moradia para desenvolver a explicação.

Vale resgatar aqui o caso do número crescente de menores carentes no Município de Cambará-PR, aludido no ponto (b), *supra*. Por imposição dos arts. 6º e 227 da Constituição Federal, o Poder Público está obrigado a tutelar objetivamente, com absoluta prioridade, o direito fundamental social a uma moradia digna das crianças e adolescentes. Esse dever é reforçado por diversos dispositivos legais inscritos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Os meios e formas jurídicas para cumpri-lo são, de fato, muito variados, e dependem de escolhas discricionárias a serem feitas pela Administração, levando em consideração as inúmeras atribuições que lhe são endereçadas pelo ordenamento jurídico. Fala-se aqui em dimensão objetiva, mais especificamente em *deveres de proteção* (um dos desdobramentos dessa dimensão), pois essa incumbência deve ser executada pelo Estado de ofício, proporcionando de maneira universalizada e igualitária o acesso à moradia aos menores abandonados, sem ser necessário, para que a conduta administrativa se torne compulsória, que algum deles venha a exigir essa prestação estatal pela via administrativa ou judicial. Por mais que haja, efetivamente, múltiplos caminhos possíveis para implementar essa obrigação, as circunstâncias fáticas podem reduzir essa margem de discricção, conduzindo a Administração a uma única opção juridicamente legítima. Já se disse que não lhe cabe decidir *se* vai ou não cumpri-la, nem *quando* irá cumpri-la. Mas mesmo em relação a *como* e por *quais formas* irá cumpri-la, o espaço de discricionariedade pode vir a ser reduzido “a zero” diante de determinada situação concreta.

---

<sup>1463</sup> No âmbito federal foi essa a orientação que vingou, visto que a própria Administração, através da Instrução Normativa nº 02/2007 da Secretaria do Patrimônio da União (órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), reduziu a margem de discricionariedade administrativa nessa hipótese e eliminou expressamente a possibilidade de se recusar o direito à concessão nas situações descritas nos incisos do art. 5º da MP nº 2.220/01. No art. 4º, §4º, o referido ato estabeleceu que “os casos previstos nos arts. 4º e 5º da Medida Provisória nº 2.220, de 2001, *não eximem o poder público da obrigação de reconhecer o direito à concessão*, ainda que a moradia venha a ser exercida, em definitivo, em local diverso daquele em que é exercida a posse”.

O exemplo real narrado anteriormente, analisado por três órgãos diferentes do Poder Judiciário brasileiro,<sup>1464</sup> é um desses casos de transformação da competência discricionária em competência vinculada. Não havendo um abrigo sequer, de propriedade da Municipalidade, destinado ao acolhimento institucional de crianças e adolescentes desamparados, e existindo cada vez mais pessoas nessa condição, o raio de alternativas legítimas da Administração para atuar nesse setor se restringe a uma só: alocar recursos humanos e materiais para a prestação adequada do serviço público de assistência social aos menores carentes. A discricionariedade foi reduzida “a zero”, convertendo-se em uma conduta vinculada.<sup>1465</sup> O Poder Judiciário enxergou nesse caso “poder discricionário” onde não havia: pelo contrário, tratava-se de um exemplo típico de *desvio de poder por omissão*.<sup>1466</sup> A propositura da ação civil pública pelo Ministério Público do Estado do Paraná, que visava a combatê-la, representou uma hipótese – explicada em outra oportunidade<sup>1467</sup> – de *ressubjetivização da dimensão objetiva* de um direito fundamental. O direito à moradia, por sua faceta objetiva (*deveres autônomos de proteção*), impunha que o Poder Público criasse as estruturas organizacionais e procedimentais para que ele pudesse ser fruído pela coletividade. Como esse dever não foi atendido de modo satisfatório, a omissão administrativa se tornou desproporcional por esbarrar na *proibição de proteção insuficiente*, autorizando com isso a exigibilidade *subjetiva* do direito pela via da tutela coletiva.

### 7.2.2. Atuação administrativa “*praeter legem*”: dever de realização dos direitos fundamentais independentemente de regulamentação legislativa

O segundo efeito jurídico *positivo* que deriva do direito à tutela administrativa efetiva consiste no *dever, imposto à Administração Pública, de adotar espontaneamente todos os meios necessários à satisfação otimizada dos direitos fundamentais do cidadão, ainda que inexista regulamentação prevista em lei formal determinando os contornos da sua atuação, casos esses em que será exigível a atividade administrativa “praeter legem”*.

Essa implicação, fortemente realçada no paradigma do Estado Social e Democrático de Direito contemporâneo, precisa ser esclarecida com atenção, uma vez que toca em uma das pedras angulares do Direito Administrativo tradicional: a sujeição da Administração à legalidade estrita. Tanto quanto a aceitação, em hipóteses excepcionais, do comportamento administrativo *contra legem*, a temática da atividade *praeter legem* da Administração Pública pode levantar acirradas polêmicas. Se comumente se diz que ao administrador compete agir somente quando a

<sup>1464</sup> Ver: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de Apelação de Menores nº 105-9. Acórdão nº 7910. Relator Des. Accácio Cambi. Conselho da Magistratura. Julgado em 09.02.1998. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_14\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_4_1_1.php)>. Acesso em 10 out. 2013. e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208.893/PR. Relator Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 19.12.2003. DJ 22.03.2004.

<sup>1465</sup> Dissertando sobre hipótese similar, embora tratada em termos abstratos e sem alusão a esse caso concreto ocorrido no Município de Cambará, Luis Manuel Fonseca Pires manifesta-se no sentido de que a necessidade de construir uma Casa de Abrigo para acolher menores órfãos em um Município onde não exista nenhuma consiste em um exemplo de redução da discricionariedade “a zero”: “É possível, num caso com tais contornos, reconhecer que a discricionariedade administrativa deixa de existir e passa a haver uma só opção, um ato de competência vinculada a ser praticado: a construção e o aparelhamento da Casa de Abrigo”. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>1466</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Hacia el control de la desviación de poder por omisión. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 40-41, Madrid, Civitas, p. 173-193, ene./mar. 1994; MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. **El deber de hacer de la Administración**: supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional. San José: IJSA, 2009. p. 89-97.

<sup>1467</sup> Parte I, Capítulo 4, item 4.1, subitem 4.1.2, ponto (c).

lei expressamente lhe determina, haveria como compatibilizar essa concepção de legalidade com a afirmação de que, para tutelar efetivamente os direitos fundamentais, a Administração encontra-se obrigada a atuar inclusive quando não haja lei formal compelindo-a a fazê-lo?

O princípio da legalidade administrativa encontra-se fortemente embebido nos postulados liberais – seja quando concebido como vinculação *negativa* da Administração (pode fazer tudo o que a lei não proíbe), seja quando encarado como vinculação administrativa *positiva* (só pode agir se houver prévia habilitação legal). Sua afirmação, em ambos os casos, teve como fundamento a desconfiança em relação aos comportamentos estatais comissivos, com vistas à salvaguarda da órbita jurídica individual dos cidadãos por intermédio da superioridade da lei: (i) pela vinculação *negativa*, delimitava-se o campo de autonomia dos sujeitos singulares, o qual não poderia ser invadido por ingerências administrativas; (ii) pela vinculação *positiva*, demarcava-se ainda mais o raio de atuação dentro do qual poderia mover-se a Administração Pública sem violentar, com isso, os direitos individuais.

Com as transformações operadas pelo constitucionalismo social, consolidado maioritariamente após a Segunda Guerra Mundial, essa formulação da legalidade administrativa deixa de atender integralmente ao intento de assegurar que a Administração cumprirá eficazmente todas as determinações que lhe são encomendadas pelo sistema normativo. Não basta limitar a sua atuação. Pelo contrário: grande parte das vezes será justamente a sua *ação positiva* que se revelará como um pressuposto imprescindível para implementar a função *prestacional* dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais. Portanto, asseverar que a Administração só pode fazer aquilo que a lei taxativamente lhe autoriza não é sinônimo de garantia de que os mandamentos constitucionais serão respeitados e obedecidos, nem que os direitos fundamentais serão realmente promovidos, principalmente quando o conteúdo de tais comandos se traduzir em um dever de ação positiva do Estado.<sup>1468</sup>

Conforme já se disse repetidas vezes no início deste Capítulo e no subitem 7.1.2., ponto (a.3), a afirmação da supremacia da Constituição, disseminada pela Europa continental a partir da segunda metade do século XX, teve por objetivo ampliar a tutela dos direitos fundamentais, protegendo-os não apenas contra o administrador, mas agora também contra o legislador. Se tais direitos passam a demandar cada vez mais o oferecimento de prestações positivas do Estado e o legislador resolve manter-se inerte, recusando-se a disciplinar através das leis as formas como eles serão satisfeitos pela via administrativa, deverá a Administração cruzar os braços e curvar-se servilmente à abstenção antijurídica do Poder Legislativo? Estará ela fadada a compactuar com a postura indolente do Parlamento, que vulnera os direitos fundamentais por inviabilizar a criação administrativa de condições efetivas para que eles possam ser exercidos pelos seus titulares?

Responder afirmativamente a essas questões, mantendo intacta a fisionomia do princípio da legalidade desenhada em séculos passados e aceitando-a anacronicamente como um dogma inquestionável e imutável, importaria incorrer em contradição com tudo aquilo que se defendeu até aqui. Nesse ponto se revela outro fio desencapado do Direito Administrativo clássico que gera curtos-circuitos no cenário constitucional atual. Há uma incompatibilidade em, de um lado, seguir afirmando que a Administração só deve fazer o que a lei explicitamente lhe ordena, não podendo jamais agir à falta dela, e, de outro, bradar que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação *imediata* e vinculam *diretamente* a atividade administrativa,

<sup>1468</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 83-84.

impelindo-a a satisfazê-los de modo eficaz e integral. Impõe-se sintonizar, nesse aspecto, as dogmáticas constitucional e administrativa na mesma frequência.

Reconhecer que a tutela dos direitos fundamentais pela via administrativa deve ser *efetiva*, proporcionada de modo espontâneo e integral, exige também admitir que a Administração permanece obrigada a agir em prol da satisfação desses direitos mesmo nos casos em que o legislador tenha sido omissivo. O direito fundamental à tutela administrativa efetiva, portanto, reclama a atuação administrativa *praeter legem*, desde que observados alguns parâmetros que sejam capazes de impedir que a Administração, com base nesse raciocínio, comece a agir à ausência de lei e ao arrepio do ordenamento jurídico de maneira arbitrária. É imperativo deixar bem claro que “administração livre da lei não é Administração livre do Direito”<sup>1469</sup>.

A explicação percorrerá três momentos: **(a)** primeiramente, será exposta a argumentação contrária à atuação administrativa *praeter legem*, baseada na ideia de *vinculação positiva* da Administração à lei; **(b)** em seguida, será apresentada a fundamentação jurídica favorável à atividade administrativa *praeter legem* e os limites e requisitos para a prática dessa espécie de comportamento pela Administração Pública; **(c)** por fim, buscar-se-á ilustrar com alguns exemplos concretos como haverá de se manifestar, em circunstâncias práticas, o dever de tutela administrativa das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais independentemente de regulamentação legislativa.

**(a)** Inicie-se com a exposição da racionalidade que rejeita a possibilidade de a Administração agir *praeter legem*, é dizer, à margem da lei. Observou-se no Capítulo 5, item 5.1, subitem 5.1.1., que o Direito Administrativo funda-se no marco do liberalismo oitocentista, caracterizado pelo receio dos revolucionários burgueses com as ingerências administrativas nas esferas jurídicas dos indivíduos. A sujeição da Administração Pública à lei significou, em conformidade com o ideário iluminista, uma solução encontrada para barrar eventuais intromissões transgressoras das liberdades individuais, contendo os excessos do Poder Público e reservando um espaço de autonomia privada resguardado contra interferências estatais. Foi uma forma de propiciar segurança e previsibilidade aos cidadãos relativamente às condutas administrativas.

O sentido dessa vinculação da Administração à lei criada pelo Parlamento não foi sempre uniforme. Seus contornos variaram ao longo dos séculos XIX e XX.<sup>1470</sup> Primeiramente, a compreensão que prevaleceu foi a ideia de *vinculação negativa* da Administração à lei, segundo a qual ela poderia fazer não somente aquilo que a legislação explicitamente lhe obrigasse, mas também tudo aquilo que ela não proibisse. A lei, sob esse prisma, é compreendida como um *limite* ao agir administrativo. Entendia-se que, nos domínios não regulados pelo legislador, a Administração possuiria discricionariedade para agir livremente, desde que não contrariasse as

<sup>1469</sup> SORIANO, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho. **Revista de Administración Pública**, nº 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 149-158, ene./abr. 1990. p. 154.

<sup>1470</sup> Os diferentes níveis de vinculação da Administração à lei são explicitados por Charles Eisenmann, para quem a expressão “princípio da legalidade” pode exprimir três postulados distintos: (i) o princípio da *conformidade* dos atos administrativos às regras legislativas; (ii) o princípio da *habilitação* legislativa aos atos administrativos; (iii) o princípio da *não-contrariedade* dos atos administrativos às regras legislativas. Do primeiro ao terceiro haveria uma gradação decrescente de vinculação ou dependência da Administração em relação à lei. EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif**. t. II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983. p. 450-459.

determinações legais.<sup>1471</sup> A legalidade administrativa era interpretada como um princípio de *compatibilidade*: à Administração Pública seria permitido fazer tudo aquilo que não é incompatível com o que a lei prescreve.<sup>1472</sup>

No início do século XX, essa perspectiva que predominava até então se modificou, notadamente por influência do positivismo normativista kelseniano. Adeptos ao pensamento de Hans Kelsen, como Adolf Merkl, passaram a aplicar suas teorias no campo do Direito Administrativo, transfigurando a vinculação negativa em uma *vinculação positiva* da Administração à lei. Recusando a possibilidade de existência de poderes administrativos que não fossem atribuídos por uma norma jurídica prévia permitindo a sua utilização, Merkl sustenta que a Administração só estaria autorizada a agir quando houvesse uma norma legal precedente que habilitasse juridicamente a sua conduta, de sorte que a lei consistiria em uma condição necessária para possibilitar a atuação administrativa.<sup>1473</sup> Sob esse ponto de vista, a lei não é tomada apenas como um *limite*, mas também como um *pressuposto* para a ação da Administração Pública. Cuida-se de uma leitura da legalidade que a enxerga como um princípio de *conformidade*: a Administração só poderá agir em conformidade com aquilo que a lei determina, sendo que a inexistência de lei autorizativa da prática de um ato faz pressupor, caso ele seja expedido, a sua desconformidade com a legalidade.<sup>1474</sup>

Perceba-se que, nada obstante a noção de *vinculação positiva* à lei tenha sido difundida já no século XX, ela nasce como um reforço aos propósitos liberais de assegurar que o Poder Público só poderia caminhar sobre os trilhos da lei, não lhe sendo franqueada a prática de condutas que não estivessem pré-determinadas pelo legislador. O efeito dessa leitura do princípio da legalidade administrativa é de neutralizar ainda mais as ações positivas da Administração. Ela não substitui a noção anterior, mas, ao contrário, surge para complementá-la. Mantém-se a vedação de atuação administrativa nos casos em que a lei a proíbe (lei como *limite*), mas a ela agora se soma a interdição de agir quando a legislação não determina taxativamente (lei como *pressuposto*). A *vinculação positiva* à lei vem para recobrir juridicamente um espaço político de livre ação da Administração, reduzindo o círculo de discricionariedade dentro do qual ela estava anteriormente autorizada a movimentar-se, com o fito de bloquear com maior intensidade os comportamentos administrativos comissivos.

Em última análise, essa constrição jurídica da autonomia da Administração Pública pela lei pretendeu robustecer a proteção das liberdades públicas dos indivíduos.<sup>1475</sup> Não há dúvidas de que tal racionalidade revelou-se como um engenhoso mecanismo do Direito Administrativo para garantir a tutela dos direitos fundamentais de cunho liberal contra as arbitrariedades estatais. Mas como se verá a seguir, a transformação das feições dos direitos humanos, que além de sua tradicional função *defensiva* passaram a ostentar uma faceta *prestacional*, cada vez mais dependente das ações *positivas* do Estado, veio a demandar novas formas de se encarar a relação da Administração com a lei.

<sup>1471</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. I. 14. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008. p. 447-448; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14-15; MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33.

<sup>1472</sup> EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 56, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 47-70, abr./jun. 1959. p. 56.

<sup>1473</sup> MERKL, Adolf. **Teoría general del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004. p. 215.

<sup>1474</sup> EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o princípio da legalidade... *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>1475</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 5, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 51-72, 2012. p. 55.

Assim, essa interpretação do princípio da legalidade administrativa – visto como uma vinculação *positiva* que reclama a existência de previsão legal expressa para habilitar o agir da Administração – ganha profusão no Direito Administrativo do século XX. Quanto mais domesticado pela lei se encontrasse o Poder Público, presumia-se que mais seguros estariam os direitos fundamentais dos cidadãos. É com apoio nessa lógica que Michel Stassinopoulos assinala que Administração Pública não pode atuar *praeter legem* nem *contra legem*, mas apenas *secundum legem*.<sup>1476</sup> A ausência de determinações legais explícitas inviabilizaria a prática de qualquer ação administrativa. José Joaquim Gomes Canotilho, na mesma senda, pontua que a sujeição da Administração à legalidade significa que ela “está vinculada à *lei* não apenas num *sentido negativo* (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num *sentido positivo*, pois a administração só pode actuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa actuar como um poder jurídico livre”.<sup>1477</sup>

Dentro dessa ordem de ideias, adquiriu relevo a diferenciação entre duas manifestações do princípio da legalidade, encaradas como subprincípios que, lado a lado, compõem o seu conteúdo jurídico como duas faces da mesma moeda. O princípio da *prevalência da lei* (também referido como *precedência*, *primazia* ou *supremacia da lei*) determina que os atos legislativos produzidos pelo Parlamento posicionam-se em um patamar superior aos atos de natureza administrativa (sejam eles gerais e abstratos ou individuais e concretos), proibindo que a Administração aja contrariamente à lei formal e obrigando-a a comportar-se em consonância com os limites por ela traçados. Por sua vez, o princípio da *reserva de lei* estabelece que algumas matérias só poderão ser disciplinadas normativamente em caráter primário – é dizer, inovando no ordenamento jurídico, com a criação de direitos, obrigações, restrições e proibições não antes previstos – pela via da lei em sentido formal, aprovada pelo Poder Legislativo. Significa, pois, que certos assuntos não podem ser regulados por outras espécies de atos normativos (v.g., regulamentos administrativos), eis que o seu tratamento encontra-se reservado à legislação de origem parlamentar.<sup>1478</sup> Em tais casos, sem essa autorização prévia de agir emanada de uma lei formal seria ilícita a conduta administrativa.

Essas duas faces da legalidade administrativa relacionam-se, em alguma medida, com as concepções de vinculação *negativa* e *positiva* da Administração à lei. Enquanto o princípio da *primazia da lei* proíbe, num sentido *negativo*, que a Administração Pública transgrida as previsões legais, o princípio da *reserva de lei* impõe, num sentido *positivo*, que ela só atue quando exista um prévio fundamento legal (inscrito em lei formal) que assim a ordene e a autorize. Consoante Hartmur Maurer, a ausência de lei “exclui um tornar-se ativo da administração não segundo o princípio da primazia, mas segundo o princípio da reserva”.<sup>1479</sup>

Essa visão – de lei como elemento imprescindível para a habilitação prévia da ação administrativa – encontrou eco na doutrina administrativista brasileira. Miguel Seabra Fagundes, em trechos já transcritos no presente trabalho, reproduz essa concepção. Defende que “o

<sup>1476</sup> STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Paris: Athenes, 1954. p. 69.

<sup>1477</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 833.

<sup>1478</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 43; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** *Op. Cit.*, p. 256.

<sup>1479</sup> MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 122.

procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. (...) Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica”. Logo após, consigna que “sendo a função administrativa (...) essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites dêste”.<sup>1480</sup> A imprescindibilidade de disposição legal autorizadora para admitir-se a atuação da Administração Pública é ressaltada também por Alexandre Camanho de Assis, para quem “a capacidade de atuação do Executivo circunscreve-se a quanto está positivado pelo acervo legal – tanto significando não haver encargo ou faculdade que possa invocar para si que não esteja explícito no (amplo) rol de atribuições que a lei estipula”. É dele a afirmativa de que o Poder Executivo sujeita-se “à restrita legalidade, ou seja, só lhe é concedido promover o que esteja rigorosamente previsto em lei”. Aduz, ainda, que a atividade administrativa é “dependente de estrita previsão legal que embase seus atos”, e que “na consecução de quanto lhe pertine, o Executivo busca na lei permissão para tanto, e contrasta com ela o ato que concretiza este mister. O parâmetro do Poder Executivo é, então, a lei, e dentro do que ela lhe possibilita é que se encontrarão os critérios, modos de aplicação, finalidades e objetivos”.<sup>1481</sup>

Em passagem que se tornou multicitada, Hely Lopes Meirelles afirmava que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.<sup>1482</sup> A assertiva sugere a vedação das condutas administrativas *praeter legem*. A posição é acolhida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual, após referir-se a esse autor, frisa que “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. (...) Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”.<sup>1483</sup> José dos Santos Carvalho Filho, também aderindo expressamente à lição de Hely Lopes Meirelles, afirma que pelo princípio da legalidade “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”, motivo pelo qual “só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante”.<sup>1484</sup>

Não é outra a orientação de Diógenes Gasparini. Para o autor, a Administração “só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando* e *como* autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente)”.<sup>1485</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho, adotando também a concepção de vinculação *positiva* da Administração à lei, sustenta que pelo princípio da legalidade “se determina que a Administração Pública não só quede submissa à lei, mas também só possa atuar em consonância com as suas prescrições. (...) Deste modo, o

<sup>1480</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 100-101.

<sup>1481</sup> ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, nº 91, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 117-122, jul./set. 1989. p. 118-119.

<sup>1482</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 78.

<sup>1483</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 65.

<sup>1484</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19-20.

<sup>1485</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61-62.

administrador público jamais poderá agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*”.<sup>1486</sup>

O que se infere da análise dos autores supracitados é a aceitação, pela doutrina majoritária do Direito Administrativo brasileiro, do princípio da legalidade como vinculação *positiva* da Administração Pública, contrária à admissão da atividade administrativa *praeter legem*. Tal posicionamento rechaça a possibilidade de atuação estatal nos casos em que não há lei precedente que determine explicitamente quais ações devem ser empreendidas pelos Poderes Públicos, quando no exercício da função administrativa. O fundamento para a adoção dessa interpretação é bem claro: o anseio de conferir *proteção dos direitos fundamentais do cidadão* (e de sua esfera jurídica de uma maneira geral) contra eventuais arbitrariedades da Administração.

(b) A leitura do princípio da legalidade administrativa supramencionada merece ser parcialmente revista para lograr enquadrar-se à moldura constitucional brasileira contemporânea. É que, como se viu, a Constituição de 1988 estabeleceu a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), previsão sem precedentes no constitucionalismo pátrio, que seria reduzida a pó de traque caso se compreendesse que, por força do princípio da legalidade, a Administração Pública estaria sempre vedada de atuar *praeter legem*.

O Direito Administrativo tradicional, forjado ao longo do século XIX, foi arquitetado para *paralisar* a Administração Pública, vale dizer, para amarrá-la e impedi-la de atuar descomedidamente, vilipendiando as liberdades e demais direitos integrantes das esferas jurídicas individuais. Uma preocupação perfeitamente legítima para aquele momento histórico. Porém, não se pode permanecer reproduzindo um discurso que destoa – ainda que não totalmente, mas pelo menos parcialmente – das necessidades sociais e jurídicas hodiernas. Há que se manter os mecanismos de paralisação da Administração Pública destemperada, conservando as conquistas positivas da dogmática administrativista clássica que continuam servindo bem à proteção de direitos que eram consagrados no oitocentismo e seguem sendo tutelados contemporaneamente: as liberdades individuais. Mas por outro lado, impõe-se revisar os aspectos das categorias jurídicas talhadas nos séculos XIX e XX – como a noção de que a *legalidade administrativa* implicará sempre, invariavelmente, uma *vinculação positiva à lei* – para que elas não se tornem dogmas abstratos que não mais se encaixam nas exigências atuais.

É indispensável perceber que *legalidade administrativa* e *separação de poderes* são princípios jurídicos que devem ser interpretados de acordo o sistema normativo-constitucional dentro do qual estão inseridos. Não são dogmas inquestionáveis passíveis de recepção acrítica com os mesmos perfis traçados por uma doutrina criada há mais de dois séculos, em uma conjuntura histórica totalmente diversa. É preciso romper com a imagem de que tais postulados servem apenas a limitar a ação agressiva de uma Administração arbitrária e passar a compreendê-los de acordo com as feições que lhes são emprestadas pela ordem jurídico-positiva. Esse ponto de vista revela-se crucial no Estado Social, que pressupõe uma atuação administrativa extremamente ativa e voltada à redução das desigualdades socioeconômicas, a qual requer uma interação coordenada entre os poderes constituídos e uma flexibilização de alguns axiomas tradicionalmente concebidos sob a égide do liberalismo. Significa dizer, portanto, que a própria efetividade do Estado Social está condicionada a uma adaptação dos princípios da legalidade e da separação de poderes às suas exigências elementares.<sup>1487</sup>

<sup>1486</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29-30.

<sup>1487</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 411.



É imperativa, nessa medida, a realização de uma articulação concertada entre os princípios da *legalidade administrativa* e da *supremacia da Constituição*. Há que se assegurar que as normas constitucionais realmente prevalecerão sobre o restante do ordenamento jurídico e que não se inverterá a hierarquia das fontes do Direito, tornando a eficácia jurídica dos comandos da Constituição subordinada à regulamentação levada a cabo pelo legislador. Logo, para que a supremacia constitucional ocorra na seara administrativa, é inescapável a aceitação, em alguma medida e em certas situações, da possibilidade de a Administração Pública agir com fundamento direto na Lei Fundamental para garantir a sua efetivação, mesmo que a legislação infraconstitucional não estabeleça expressamente como deverá se dar o seu comportamento.<sup>1488</sup>

Relembre-se aqui, nos termos discutidos no Capítulo 5, item 5.2, subitem 5.2.1., que no Estado Social e Democrático de Direito a Administração Pública assumiu um papel crucial na realização dos direitos fundamentais. Enquanto no Estado liberal do século XIX apostava-se no Parlamento como principal órgão protetor desses direitos, já que por meio da lei se resguardava um espaço de liberdade dos indivíduos contra as interferências abusivas do Poder Público, no modelo social propagado no século XX a satisfação dos direitos fundamentais passou a depender muito mais da atividade administrativa do Estado, visto que é por meio dela que são fornecidas as prestações positivas necessárias a propiciar condições de existência digna aos cidadãos.<sup>1489</sup> Da centralidade do legislador caminhou-se para o protagonismo da Administração Pública.<sup>1490</sup>

A impossibilidade de a Administração permanecer completamente atada às amarras da lei, sem poder agir quando não houver previsão legal expressa, deriva das limitações de que padece o legislador no cenário atual. Distintamente do momento vivido no liberalismo oitocentista, não há mais como admitir que o Poder Legislativo seja capaz de identificar de forma geral e abstrata todas as variáveis que podem surgir na realidade fática, ditando uma única medida possível que deva ser adotada pela Administração. Os conflitos sociais e as necessidades enfrentadas pelos cidadãos são muito diversos e cambiantes nas sociedades pluralistas e heterogêneas como as de hoje, de maneira que as ações administrativas necessárias a resolvê-los muitas vezes só poderão ser encontradas no âmbito concreto.<sup>1491</sup>

Se a implementação da função prestacional dos direitos fundamentais sociais reclama condutas positivas da Administração, e se tais direitos incidem diretamente sobre a atividade administrativa, qual o sentido de se manter intocada a lógica paralisante do Poder Público? Por que se justificaria, em tempos presentes, a repetição acrítica do discurso liberal, que pretendia a qualquer custo engessar o aparelhamento administrativo do Estado? O legislador acabaria assim se convertendo no senhor absoluto dos direitos fundamentais, cuja eficácia jurídica e social estaria sujeita à vontade dos parlamentares. Para que produzissem efeitos sobre o administrador, tais direitos necessitariam obrigatoriamente passar pela intermediação da lei. Então, já não se teria mais uma aplicabilidade *imediata*, pois os direitos fundamentais só vinculariam a Administração na medida do que dispusesse a legislação. Seria uma vinculação *indireta*,

<sup>1488</sup> Ver: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 733 *et seq.*

<sup>1489</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge». **Revista de Administración Pública**, nº 38, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 35-65, mayo/ago. 1962. p. 44.

<sup>1490</sup> SORIANO, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho. **Revista de Administración Pública**, nº 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 149-158, ene./abr. 1990. p. 154.

<sup>1491</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 430.

portanto. E não é isso que determina o art. 5º, §1º da Constituição Federal. A proclamação da incidência *imediate* dos direitos fundamentais presta-se justamente para resguardar a sua efetividade contra a omissão arbitrária do legislador: com lei ou sem lei esses direitos constroem a Administração a tutelá-los eficazmente, sob pena de ela incorrer em um comportamento passivo inconstitucional.

A chave para uma compreensão adequada do princípio da legalidade administrativa, realmente compatível com a Constituição brasileira de 1988 e com o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, está em buscar as suas raízes e a sua essência. Por que é que se buscou criar a vinculação *positiva* da Administração à lei? Por qual razão costuma-se sustentar que o princípio da legalidade veda condutas administrativas *praeter legem*? Para que ela não ofenda os direitos fundamentais, ou seja, para resguardar o universo jurídico dos cidadãos contra intervenções estatais agressivas. Em verdade, o que se visa nesses casos é salvaguardar a faceta *defensiva* dos direitos fundamentais, que impede a intromissão lesiva do Poder Público nas esferas jurídicas individuais. Destarte, para esse fim específico deve ser mantida a ideia de que do princípio da legalidade resulta uma vinculação *positiva* da Administração à lei, de modo que ela só poderá adotar medidas ablativas, restritivas ou supressora de direitos se estiver embasada em prévia habilitação contida em lei formal.

Ocorre que os direitos fundamentais são marcados pela *multifuncionalidade*.<sup>1492</sup> Eles possuem não só uma função *defensiva*, mas também uma função *prestacional*, que obriga o Estado a fornecer *prestações materiais*, criar estruturas de *organização* e de *procedimento* para a promoção e tutela dos direitos fundamentais e instituir *normas* para a sua *proteção* contra agressões de outros particulares. A interdição de atuação administrativa *praeter legem* se destina apropriadamente à garantia da faceta *defensiva*, mas torna-se inócua para assegurar a implementação de todas as demais funções desses direitos. Logo, no que diz com as funções dos direitos fundamentais de cunho *prestacional* (em sentido amplo: fático e normativo), a Administração Pública está autorizada a agir à margem da lei e com fundamento direto na Constituição, desde que alguns critérios sejam observados para que não haja ofensa ao princípio da igualdade.

É preciso assegurar que o princípio da legalidade administrativa siga desempenhando a mesma finalidade que justificou a sua criação: a *proteção do cidadão contra as arbitrariedades do Poder Público* – as quais hoje, como amplamente se reconhece, podem também advir da inércia do legislador em dar concretude aos direitos fundamentais. Não se pode, portanto, atribuir atualmente à noção de legalidade uma conformação jurídica que desvirtue a sua razão de ser, de modo que ele se preste a um objetivo diametralmente oposto àquele que fundamentou a sua origem. O princípio da submissão administrativa à lei não serve para conferir respaldo à passividade arbitrária do legislador, não podendo operar como um bloqueio que impeça a Administração Pública de funcionar como um contrapeso à transgressão omissiva do Poder Legislativo. É precisamente nesses casos que ela deverá agir *praeter legem*, com vistas a dar execução à Constituição e às normas definidoras de direitos fundamentais.

Por isso, constitui irretorquível anacronismo a invocação do princípio da legalidade, pela Administração, com o fito de atravancar a tutela dos direitos fundamentais do cidadão, pois se lança mão de uma configuração específica que lhe havia sido delineada em séculos passados e que atualmente não mais se justifica: a função única de acorrentar a atuação administrativa,

---

<sup>1492</sup> Ver Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.2, ponto (c) e Capítulo 3, item 3.1, subitem 3.1.1.

impondo-lhe o dever de abstenção quando inexistir lei infraconstitucional que determine a sua ação. Contemporaneamente, as arbitrariedades da Administração – contra as quais deveria o princípio da legalidade proteger o cidadão – podem se dar por omissão. Com isso, resta demonstrado que é preciso, de um lado, manter a finalidade que ensejou a construção teórica do princípio da legalidade administrativa (*tutela da esfera jurídica do indivíduo contra arbitrariedades estatais*). De outro, todavia, impõe-se também transformar os efeitos jurídicos que se desprendem desse princípio, reconhecendo que dele decorre o dever de inação da Administração apenas nos casos em que a sua atuação *praeter legem* ofender o conjunto de direitos do cidadão.

O âmbito da atividade administrativa que mais sofre prejuízos com a vedação da atuação *praeter legem* da Administração Pública é o da prestação de utilidades e comodidades materiais aos cidadãos, que tem justamente o propósito de satisfazer a função *prestacional* dos direitos fundamentais. No campo dos direitos sociais, o engessamento desse setor da ação administrativa provoca sérios prejuízos, pois o próprio princípio da legalidade acaba servindo como escusa para legitimar juridicamente a violação de direitos fundamentais pela Administração omissiva. E isso tanto no que diz respeito à dimensão subjetiva de tais direitos (quando há uma provocação do titular para que o Estado o tutele), quanto em relação à sua dimensão objetiva (deveres de ofício de promoção estatal coletivizada).

O agente estatal que se recusa a dar efetividade a um direito fundamental postulado subjetivamente perante o Poder Público, ao argumento de inexistência de lei que discipline especificamente os modos de sua implementação, encontrará no princípio da legalidade administrativa um amparo jurídico para a sua abstenção inconstitucional. O Governo que se omite em adotar políticas públicas e ações de cunho social para emprestar concretude à saúde, à educação, à igualdade material das pessoas com deficiência, à proteção dos idosos, entre tantos outros direitos fundamentais cuja faceta objetiva impõe a criação de condições para o seu real exercício, poderá ancorar-se confortavelmente na ideia de sujeição administrativa à lei formal para justificar o seu comportamento lesivo ao tecido constitucional.

É por todas essas razões que aqui se defende a necessidade de revisar a concepção majoritária do princípio da legalidade administrativa, entendido como vinculação *positiva* da Administração à norma legal (lei formal como *pressuposto*). Não há dúvidas de que qualquer comportamento da Administração Pública deverá embasar-se no ordenamento jurídico, já que esta sempre estará submetida ao princípio da *juridicidade*. No entanto, a sua relação especificamente com o princípio da *legalidade* (elemento da *juridicidade*), será de vinculação *positiva* – só faz o que a lei expressamente ordenar – somente quando o resultado de sua ação implicar ofensa ou restrição à esfera jurídica dos cidadãos. Se, diversamente, sua atuação tiver a finalidade de ampliar os direitos fundamentais nos termos descritos na Constituição, que haveriam de ser disciplinados e especificados pelo legislador e não o foram, estará autorizado o seu comportamento *praeter legem*.

Calha pontuar, a seguir, três parâmetros de observância obrigatória para habilitar a conduta *praeter legem* da Administração Pública:

**(b.1)** *Primeiro* parâmetro: a atividade administrativa “*praeter legem*” só está autorizada com o propósito de ampliar a órbita jurídica do cidadão e efetivar seus direitos fundamentais, com fundamento específico na Constituição e demais fontes normativas que integram o bloco de constitucionalidade.

Para verificar se o princípio da legalidade opera mediante uma vinculação administrativa *negativa* (lei como *limite*) ou *positiva* (lei como *pressuposto*), há que averiguar, em cada caso concreto, qual é a natureza da atuação que a Administração Pública pretende realizar. Tratando-se de uma ação *ampliativa* dos direitos do cidadão, a lei apresenta-se apenas como um *limite negativo* (não agir de modo incompatível), permitindo-se ao Estado atuar sem habilitação legal específica, desde que com fundamento na Constituição ou nos tratados internacionais de direitos humanos, com o intuito de tutelar a esfera jurídica do particular. Sendo, ao revés, uma conduta *restritiva* da órbita jurídica do indivíduo, incide o princípio da reserva legal e a lei se manifestará como uma *condição* imprescindível para autorizar previamente a ação administrativa (só agir em estrita conformidade).

A base jurídica para essa proposição é o princípio da *juridicidade* administrativa, segundo o qual a atividade da Administração está subordinada não só à lei, mas também ao Direito, que não se esgota nas disposições da lei em sentido formal. Contudo, essa relação de sujeição administrativa não só à legalidade estrita, mas também à juridicidade amplamente considerada, deve ser bem entendida, à luz do direito à tutela administrativa efetiva, para que não gere subversões ao espírito que animou a sua construção.

O Estado, no exercício de sua função administrativa, *continua completamente subordinado à lei formal quando o resultado de sua atuação puder afetar restritivamente a esfera jurídica individual do cidadão*. Mas, adicionalmente a essa submissão, agregam-se nos dias atuais outros parâmetros jurídico-normativos cogentes, que condicionam a validade de sua conduta, tais como os princípios e regras constitucionais expressos e implícitos (princípio da constitucionalidade), os direitos humanos dos tratados internacionais (princípio da convencionalidade), os atos administrativos normativos (princípio da autovinculação), entre outros. Isto é: *o princípio da “juridicidade” não substitui o da “legalidade estrita”, que continua por ele englobado*. Afirmar que agora a Administração deve obediência ao Direito como um todo significa dizer que ela se sujeita a todas as normas-princípios e normas-regras inscritas no ordenamento jurídico (v.g., moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, proporcionalidade...), *inclusive ao princípio da legalidade estrita, que mantém o seu significado próprio, o qual não é apagado pela afirmação do princípio da legalidade ampla*.<sup>1493</sup>

Portanto, o princípio da juridicidade não habilita o administrador público a invocá-lo para, a pretexto de realizar normas jurídicas previstas em outras fontes do Direito que não a lei formal (v.g., na Constituição), desempenhar a função administrativa criando obrigações e proibições que afetem restritivamente direitos fundamentais titularizados pelos indivíduos.

<sup>1493</sup> Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho salienta a diferenciação entre *legalidade* e *juridicidade*, após defender que o primeiro não desapareceu em razão da afirmação do segundo: “O princípio da *legalidade* administrativa encontra suporte no art. 37, *caput*, da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo uma exigência de atuação *secundum legem*, ao passo que o princípio da *juridicidade*, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado – aí incluídos os direitos humanos e princípios constitucionais não expressos –, traduzindo-se como o dever de obediência do poder público à integralidade do sistema jurídico”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169. É também a visão de Fernando Dias Menezes de Almeida: “a previsão constitucional do princípio da legalidade impõe que lhe seja dado um sentido específico: resumi-lo à constitucionalidade seria ilógico em relação à afirmação constitucional de outros princípios ao lado da legalidade (englobados que estariam nesse ‘legalidade-constitucionalidade’); e seria um modo de comprometer a noção de hierarquia das fontes do direito”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. f. 394.

Afinal, o fundamento que deu origem à acepção restrita do princípio da legalidade foi justamente impedir o arbítrio no manejo das competências administrativas, servindo como instrumento de defesa do cidadão contra atuações autoritárias da Administração. Esse sentido deve ser mantido, vedando-se a atividade administrativa ablativa ao patrimônio jurídico das pessoas quando inexistir lei formalmente aprovada pelo Parlamento permitindo a adoção dessa espécie de conduta. A *legalidade estrita* continua funcionando como um *escudo protetor* das liberdades individuais, ao passo que a *juridicidade* serve como uma *espada* que compele a Administração a cumprir todo o ordenamento (inclusive as leis formais, que integram o seu conteúdo). A *espada* não pode significar eliminação do *escudo*, sob pena de enfraquecer a proteção do indivíduo quando surgir um combate contra o Estado.

O esclarecimento acima tecido tem por objetivo demonstrar em qual medida o direito à tutela administrativa efetiva autoriza que a Administração Pública aja *praeter legem*. Ela não poderá praticar atos administrativos sem respaldo em lei *stricto sensu*, invocando esse direito para tutelar outros valores constitucionais, quando isso implicar constrição aos direitos fundamentais dos cidadãos. Daí a importância de introduzir o direito à tutela administrativa efetiva como um elemento necessário à adequada compreensão do princípio da juridicidade administrativa. Este último não pode ser traduzido como o dever de a Administração cumprir a Constituição a qualquer custo, inclusive com o sacrifício de direitos e garantias fundamentais.

A ressalva é relevante para diferenciar a posição aqui defendida do entendimento de alguns autores no sentido de que os órgãos administrativos podem agir *praeter legem* para dar efetividade a princípios constitucionais, mesmo que isso implique restrição a direitos dos cidadãos. Cite-se o posicionamento de Gustavo Binbenojm, ao considerar legítima a Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu, à margem da lei, o acesso aos cargos públicos comissionados para determinadas pessoas por motivos de parentesco, como forma de densificar os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa.<sup>1494</sup> O art. 1º do referido ato dispôs que “é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”. Em seguida, art. 2º, I, tipificou como prática de nepotismo “o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados”.

Essa resolução – posteriormente avalizada pelo Supremo Tribunal Federal e ratificada pela Súmula Vinculante nº 13,<sup>1495</sup> que estendeu o alcance da vedação aos órgãos não apenas do Poder Judiciário, mas de todos os Poderes da República – cria uma restrição *não prevista pela lei em sentido formal*. Ela estipula uma proibição de acesso aos cargos públicos não estabelecida pelo Poder Legislativo. Cuida-se, pois, de uma limitação a um direito constitucionalmente assegurado, uma vez que o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos encontra-se expressamente tutelado pela Lei Fundamental, em seu art. 37, I: “os cargos,

<sup>1494</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 172.

<sup>1495</sup> Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros *que preencham os requisitos estabelecidos em lei*, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. Parcela da doutrina, como é o caso de Ingo Sarlet, sustenta que o direito de igual acesso aos cargos e empregos públicos assegurado nesse dispositivo consiste em um direito *materialmente* fundamental, podendo ser assim reconhecido com fulcro no art. 5º, §2º da Constituição.<sup>1496</sup> Sua constrição, portanto, seria um caso de limitação de direito fundamental.

Sublinhe-se que o dispositivo constitucional determina que os cargos serão acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos *estabelecidos em lei*, o que implica a edição de lei em sentido formal para a criação de requisitos de acesso, via que representa um mecanismo de proteção aos direitos e liberdades fundamentais do cidadão. É clara a existência de uma reserva legal nesse caso. Mas a Resolução nº 07/2005 do CNJ – e, bem assim, a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal – vai além da imposição de vedação à fruição de um direito constitucional sem autorização legal: ela cria um grau de parentesco não previsto pelo Código Civil.<sup>1497</sup> Em seu art. 1595, §1º, o Código Civil brasileiro de 2002 determina o vínculo de parentesco por afinidade da seguinte maneira: “o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”. Observe-se que essa modalidade de parentesco restringe-se ao *primeiro* e ao *segundo* graus. Nada obstante, a mencionada resolução do Conselho Nacional de Justiça, desbordando flagrantemente dos limites legais, institui um novo tipo de parentesco: “por afinidade, até o *terceiro grau*”.

Assim, consoante a proposta aqui defendida, essa situação não representa uma hipótese de atuação administrativa *praeter legem* autorizada pelo Direito, porque descumprido o primeiro parâmetro, ora proposto, segundo o qual essa espécie de ação da Administração está proibida quando tiver por escopo restringir o universo jurídico do cidadão, mormente quando se tratar de um direito fundamental. Conforme bem adverte Romeu Felipe Bacellar Filho, “a aversão ao nepotismo não autoriza o desrespeito às garantias fundamentais”.<sup>1498</sup> Esse tipo de comportamento administrativo praticado pelo CNJ só estará autorizado quando encontrar supedâneo na lei em sentido formal, pois nessa seara comparece o princípio da legalidade em sua faceta de *reserva de lei*, que incide como uma vinculação *positiva* da Administração Pública às normas legais (só pode fazer o que a lei em sentido formal explicitamente determinar).

**(b.2) Segundo parâmetro: havendo consolidada orientação jurisprudencial condenando o Estado a conceder aos cidadãos direitos não expressamente previstos em lei formal, ainda que em decisões judiciais com efeitos “inter partes”, a Administração Pública se encontrará obrigada a agir “praeter legem” para satisfazê-los, evitando com isso a propositura de ações judiciais e o tratamento desigual.**

No Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.1., afirmou-se que, por conta do direito à tutela administrativa efetiva, incumbe à Administração e à Advocacia Pública verificar as orientações já consolidadas pelos tribunais a respeito do reconhecimento de direitos fundamentais, as quais não de ser observadas na prática administrativa para que não haja o aforamento de demandas que

<sup>1496</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 117.

<sup>1497</sup> A advertência é feita por Romeu Felipe Bacellar Filho. O tema foi tratado em: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público**, nº 70, Belo Horizonte, Fórum, p. 37-73, nov./dez. 2011.

<sup>1498</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A aversão ao nepotismo não autoriza o desrespeito às garantias fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 101, nº 925, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 429-451, nov. 2012.

certamente lograrão êxito em face do Poder Público. Essa consequência jurídica também se aplica, como não poderia deixar de ser, aos casos em que esses direitos concedidos pela via judicial não estavam explicitamente disciplinados na lei formal.

Não há necessidade de que o ente administrativo tenha feito parte de qualquer desses processos, já que a sua obrigação de agir em favor do cidadão em tais casos não deriva da condenação judicial específica. Ela decorre do direito fundamental à tutela administrativa efetiva, que impõe a sua atuação de acordo com a linha pacificada pela jurisprudência para que, desse modo, a Administração aja de forma *espontânea* e *igualitária* em prol da efetivação dos direitos do cidadão. *Espontânea*, porque estará realizando *sponte propria* os direitos fundamentais, sem a necessidade de ter sido coagida nesse sentido por uma ordem judicial. *Igualitária*, porque assim a Administração universalizará a proteção de um direito que alguns poucos indivíduos, que lograram acesso ao Poder Judiciário, conseguiram conquistar.

Veja-se o caso do direito dos servidores públicos a uma aposentadoria especial, quando se tratar de: (i) trabalho em situação de risco; (ii) labor em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física; ou (iii) trabalhador portador de deficiência. A Constituição Federal previu, no art. 40, §4º, incisos I a III, o direito dos cidadãos que se enquadram em alguma dessas hipóteses à adoção de critérios diferenciados para a sua aposentação, em face da natureza desgastante do trabalho desenvolvido em tais circunstâncias.<sup>1499</sup> O dispositivo, no entanto, estabelece que esses parâmetros distintos para a concessão especial da aposentadoria serão definidos em leis complementares. Diante disso, os indivíduos que preenchem as exigências da previsão constitucional titularizam o direito a se aposentarem com critérios diferenciados, mas enquanto o Poder Legislativo não aprovar as respectivas leis complementares não se saberá quais são esses critérios. Diversos mandados de injunção foram impetrados com esse objeto, uma vez que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício do direito constitucional em questão.

A partir do ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal passou a conceder as injunções por meio de decisões revestidas de efeitos *inter partes* (e, portanto, limitados ao caso concreto), determinando que, enquanto não sobreviesse a lei complementar, o parâmetro a ser adotado seria, por analogia, aquele previsto no art. 57, §1º da Lei n. 8.213/91, que disciplina o regime geral da previdência social, não aplicável aos servidores públicos.<sup>1500</sup> Esse é um caso típico em que o Poder Judiciário concede ao cidadão a tutela de um direito seu que não se encontra regulado por lei formal (ainda que a Constituição assim o exigisse). E a jurisprudência do STF sobre o tema consolidou-se maciçamente, mas sempre circunscrevendo os efeitos da tutela ao caso singular que lhe é submetido.

Perceba-se que segue inexistindo a regulamentação legislativa e a Administração continua negando a concessão desse direito fundamental aos servidores públicos que não propuseram ação judicial. Permanecem desamparados todos aqueles que não têm conhecimento sobre o seu direito ou que não possuem condições financeiras para custear um advogado para

---

<sup>1499</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 40.** (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: **I** – portadores de deficiência; **II** – que exerçam atividades de risco; **III** – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

<sup>1500</sup> É o que se passou com o Mandado de Injunção nº 758-DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 1º.07.2008, e com os Mandados de Injunção nº 788, 796, 808, 815, 825, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, e nº 795, 797, 809, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962, 998, que tiveram como relatora a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, todos eles julgados na sessão do dia 15.04.2009. Desde então, inúmeros outros mandados de injunção vêm sendo julgados no mesmo sentido.

impetrar um mandado de injunção, em seu favor, perante o STF. Em tais situações, a Administração Pública tem o dever de agir *praeter legem*, independentemente de não ter sido condenada em uma ação judicial, concedendo a aposentadoria especial aos cidadãos que vierem a postular esse direito pela via administrativa com lastro no parâmetro definido pelas reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal: o art. 57, §1º da Lei n. 8.213/91. Cuida-se de uma exigência do direito à tutela administrativa efetiva, para que esse direito fundamental do servidor público seja assegurado de forma espontânea e igualitária.

**(b.3) Terceiro parâmetro: tratando-se de uma conduta administrativa “praeter legem” de cunho individual e não geral, por meio da qual a Administração venha a tutelar um direito constitucionalmente previsto à margem da lei, o comportamento deve ser universalizado para beneficiar a todos os titulares do direito implementado.**

Consoante se demonstrará com mais atenção no ponto (c), a Administração Pública poderá praticar atos à ausência da lei tanto para atender à dimensão subjetiva de um direito fundamental quanto para cumprir a sua dimensão objetiva. Caso ela seja provocada subjetivamente pelo titular de um direito não disciplinado em lei, mas previsto na Constituição, e decida concedê-lo *praeter legem* naquela situação individualizada, nascerá o dever de universalizar essa conduta, por meio da expedição de um ato administrativo geral que uniformize o entendimento do órgão público em questão no sentido favorável aos cidadãos.

O objetivo desse terceiro parâmetro é evitar que a Administração venha a beneficiar certos indivíduos com o reconhecimento de direitos fundamentais não regulamentados legislativamente, deixando de proporcioná-los a outras pessoas que se encontrem em situação semelhante, e que portanto fariam jus à concessão da vantagem ou benefício por titularizarem o mesmo direito. Através da prática de um ato administrativo de alcance geral, o chefe do órgão público haverá de determinar que todos os agentes a ele vinculados defiram pedidos da mesma natureza, tratando de forma igualitária os demais cidadãos que reunirem as condições necessárias para ter acesso àquele bem jurídico jusfundamental já concedido administrativamente à margem da lei. Trata-se de uma imposição do princípio da igualdade, que se encontra na base do direito à tutela administrativa efetiva.

Pense-se no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, antes citado. Se o órgão competente para a apreciação dos pedidos de aposentação deferisse a aposentadoria especial para alguns servidores e não para outros, a conduta acarretaria lesão ao direito fundamental à igualdade. Se para alguns o direito será concedido, também deverá sê-lo para todos os outros que preencham os requisitos necessários para acedê-lo.

(c) Vistos os fundamentos jurídicos e os parâmetros para habilitar a atuação administrativa *praeter legem*, cabe agora explorar alguns exemplos de como ela poderá se manifestar no âmbito: **(c.1)** da tutela da dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais; **(c.2)** da implementação da dimensão *objetiva* de tais direitos.

**(c.1)** O Poder Público poderá se ver compelido a agir *praeter legem* para dar proteção à dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais nas hipóteses em que a sua tutela for exigida pelo titular do direito pela via administrativa. São casos em que a Administração é instada, numa situação concreta, a conferir aplicação imediata a um direito fundamental sem encontrar apoio em dispositivo legal expreso, prestigiando o princípio da supremacia da Constituição e superando a inércia do legislador. O titular do direito poderá ser um indivíduo ou um grupo. O que caracteriza a situação como atinente à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é a



existência de uma provocação postulando a ação do Estado. É o que ocorre no caso do direito à aposentadoria especial do servidor público, acima narrado.

Outro exemplo dessas hipóteses é o direito fundamental social do trabalhador ao uso do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, albergado no art. 7º, III da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 8.036/90. Ele tem como função assegurar ao cidadão uma reserva de verbas para fazer frente a situações de emergência, tais como a perda do emprego ou a necessidade de moradia e de serviços de saúde. O art. 20 da mencionada lei indica as hipóteses em que o trabalhador poderá movimentar a sua conta vinculada, as quais, na redação original desse diploma legal, limitavam-se a dez. Nos primeiros anos de vigência da lei, não havia autorização legal para que a Caixa Econômica Federal – entidade da Administração Pública indireta, que opera o FGTS – liberasse o saque ao trabalhador por motivos de doença. Posteriormente o legislador inseriu mais incisos no artigo, incluindo novas circunstâncias que habilitam o resgate de recursos da conta, como nos casos em que o trabalhador ou seus dependentes forem acometidos por neoplasia maligna, forem portadores do vírus do HIV ou estiverem em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento.

Diversos cidadãos que não estavam necessariamente em estágio terminal, mas haviam sido acometidos por enfermidades graves não estabelecidas na lei (tais como artrite reumatoide severa, hepatite crônica do tipo C, *miastenia gravis* e lúpus eritematoso sistêmico) passaram a postular a retirada de valores de suas contas vinculadas ao fundo para fins de tratamento de saúde. Recebendo a negativa da Administração, por cuidar-se de situação não prevista legalmente, tais trabalhadores vêm propondo ações judiciais e têm conseguido receber, por meio do Poder Judiciário, a liberação dos recursos para tal destinação. O fundamento apresentado pelas decisões é a necessidade de tutelar efetivamente o direito fundamental do trabalhador ao uso das verbas do FGTS, tendo em vista que a finalidade subjacente ao resgate dos valores é justamente auxiliar o cidadão que se encontra emergencialmente em condições de desamparo. A jurisprudência pacificou a possibilidade de acesso aos recursos do FGTS nos casos de diversas doenças consideradas graves e que não estão incluídas expressamente na legislação.<sup>1501</sup>

Diante de casos como esse, observando os parâmetros lançados no ponto (b), conclui-se ser possível que a Administração Pública, agindo *praeter legem*, conceda ao cidadão o direito de uso das verbas de sua conta vinculada ao FGTS nas hipóteses já amplamente admitidas pelo Poder Judiciário. Impõe-se, ademais, que seja expedido ato administrativo geral indicando as situações consolidadas pela jurisprudência e determinando que em tais casos o direito seja implementado igualitariamente a todos os cidadãos, e não somente àqueles que ingressarem com ações judiciais.

**(c.2)** A Administração Pública, para dar execução à dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais, também se verá muitas vezes obrigada a agir *praeter legem*. Decorrem da perspectiva objetiva *deveres autônomos de proteção* que impendem sobre o Estado, forçando-o a criar de ofício as condições reais e efetivas para que os direitos fundamentais sejam plenamente exercitados e satisfeitos, ainda que não haja qualquer provocação subjetiva do titular exigindo a

---

<sup>1501</sup> Nessa linha: “(...) O art. 20 da Lei 8.036/90 não é taxativo. Da mesma forma, o reconhecimento por parte do Poder Público de que determinadas doenças são da mesma forma graves para garantir benefícios previdenciários é bastante para declaração de que são também geradoras do direito de saque do FGTS. 6. Garantido o saque do FGTS nos casos (a) jurisprudencialmente aceitos de artrite reumatóide severa, hepatite crônica do tipo C, miastenia gravis e lupus eritematoso sistêmico e (b) previstos na Portaria Interministerial 2.998/01”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso de Apelação/Reexame Necessário nº 5020964-34.2011.404.7100. Terceira Turma. Relatora p/ Acórdão Des. Maria Lúcia Luz Leiria. D.E. 05.03.2012.

sua realização. E para dar concretude, de forma universalizada, às estruturas organizacionais, procedimentais e prestacionais imprescindíveis para permitir a fruição coletiva desses direitos, a Administração não pode esperar sentada a boa vontade do legislador. Como bem salienta Fábio Konder Comparato, em virtude da aplicabilidade imediata dos direitos sociais “as entidades da Federação não podem adiar, sob pretexto de inexistência de leis (que elas próprias, aliás, produzem), a realização de políticas públicas tendentes à progressiva melhoria do nível de vida e da qualidade de vida de todos os segmentos da população”.<sup>1502</sup>

A Constituição institui um rol enorme de direitos fundamentais ao cidadão brasileiro e estabelece incontáveis prioridades de atuação estatal para o incremento do bem-estar da sociedade. Ocorre que ao ditar essas normas que fixam programas políticos a serem necessariamente empreendidos pelo Estado, seja qual for o governo que o estiver gerindo, a Lei Fundamental muitas vezes não especifica de antemão quais serão as medidas concretas que deverão de ser postas em prática pela Administração Pública. São dadas as diretrizes gerais, mas a forma de materializá-las na realidade fática são deixadas ao juízo de apreciação de cada gestão, para que seja possível verificar em cada conjuntura quais são as prioridades mais prementes e os instrumentos mais apropriados para alcançá-las.

Colha-se um exemplo do texto constitucional: o art. 3º, IV prevê como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Embora a diretriz possa, em princípio, parecer bastante vaga, há uma meta bem clara nessa disposição, que impõe ao Estado o dever de *promover* positivamente a igualdade, erradicando o preconceito e a discriminação de qualquer natureza. Não basta que os entes estatais se abstenham de discriminar, adotando uma postura passiva em relação ao problema, pois a eles incumbe, mais do que isso, adotar meios ativos de combater esse tipo de prática rechaçada pela Constituição. Mas há infinitas providências que poderiam ser tomadas pelo Poder Público para atingir essa finalidade. E nesse caso específico, nem sempre o melhor espaço de deliberação pública para concretizar tal objetivo será o Poder Legislativo. Afinal, ali se encontram os representantes da maioria, ao passo que o alvo do preconceito que a Lei Maior pretende combater são as minorias, que nem sempre conquistam representação adequada no Parlamento. Se a Administração só pudesse agir para *promover* a igualdade material nos casos expressamente previstos em lei, seria bem provável que o art. 3º, IV da CF se tornasse letra morta: bastaria apenas que o legislador – representando as maiorias, que são justamente os setores que reproduzem o preconceito – não editasse legislação alguma direcionada a coibir a discriminação.

Do dispositivo constitucional mencionado emana a incumbência, dirigida também à Administração Pública, de criar mecanismos de promoção da igualdade substancial entre os cidadãos, afastando possíveis formas de discriminação de qualquer espécie. Tendo essa meta como guia, caberá a ela investigar, em cada momento historicamente situado, quais são as minorias que carecem de políticas de reconhecimento, inclusive – e especialmente – aquelas que não receberam do Poder Legislativo a atenção necessária. Em tais casos, para que o art. 3º, IV da CF seja cumprido, poderá ser imprescindível a criação de mecanismos não expressamente previstos pela lei formal. Dois exemplos reais, que de fato ocorreram na experiência brasileira, ilustram situações de implementação *praeter legem* da dimensão objetiva do direito fundamental

---

<sup>1502</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 252.

à igualdade material, com o fito de alcançar a meta traçada pela disposição constitucional citada. O primeiro visa ao combate contra o preconceito racial sofrido pelos negros no Brasil. Já o segundo, busca eliminar uma forma de discriminação contra os homossexuais.

Uma das ferramentas levadas a efeito pela Administração Pública em solo nacional para erradicar o preconceito contra os negros foi a adoção de políticas de ação afirmativa nas universidades públicas federais, desenvolvidas à margem da lei através da reserva de vagas nos exames de seleção de ingresso.<sup>1503</sup> Apesar da inexistência de explícita previsão legal autorizativa, diversas instituições de ensino superior brasileiras instituíram essa prática por meio de atos administrativos, ampliando o direito de acesso dos negros mediante o estabelecimento de percentuais de vagas a eles reservadas. O objetivo com isso era o de fomentar a igualdade material, não porque se pressupunha que os negros não tivessem iguais condições de concorrer no vestibular (esse é o fundamento para reserva de vagas a alunos provenientes de escolas públicas, uma situação distinta), mas sim pelo propósito de conferir-lhes visibilidade na sociedade, aumentando a sua inserção em espaços de formação de opinião, como é o caso do ambiente universitário.

No exemplo sob análise, o atendimento à dimensão objetiva do direito fundamental à igualdade foi, ao menos no âmbito federal, deflagrado *praeter legem* pela Administração Pública, haja vista que a criação das políticas de reserva de vagas nessa esfera da Federação foi realizada inicialmente por meio de atos administrativos – normalmente na forma de resoluções – e só posteriormente pelo legislador, que as incorporou em nível legislativo através da aprovação da Lei Federal nº 12.711/2012.<sup>1504</sup>

O segundo mecanismo de implementação do art. 3º, IV da Constituição Federal empreendido pela Administração Pública à margem da lei foi a edição da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou aos cartórios extrajudiciais o dever de celebrar o casamento homoafetivo. Em seu art. 1º, assim estabeleceu o aludido ato administrativo: “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

Já se teve a oportunidade de comentar neste trabalho<sup>1505</sup> que o Supremo Tribunal Federal, em virtude de outro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – a

<sup>1503</sup> A referência foi feita ao âmbito federal pelo fato de que no âmbito estadual houve casos de previsão da política de cotas já em nível legislativo mais de dez anos antes do que na órbita federal, como no caso do Estado do Rio de Janeiro, que a implantou através da Lei Estadual nº 3.524/2000.

<sup>1504</sup> Sobre o tema, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 113-136; CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. As ações afirmativas e a efetividade do princípio constitucional da igualdade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 11, Belo Horizonte, Fórum, p. 29-34, jan./mar. 2003; DUARTE, Evandro Charles Piza. Princípio da Isonomia e Critérios para a Discriminação Positiva nos Programas de Ação Afirmativa para Negros (afro-descendentes) no Ensino Superior. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 27, Belo Horizonte, Fórum, p. 61-108, jan./mar. 2007; LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 38, Belo Horizonte, Fórum, p. 167-192, out./dez. 2009; MALISKA, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: DUARTE, Evandro Charles Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coords.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57-74; SILVA FILHO, Antônio Leandro da. A judicialização do político: ações judiciais propostas contra o plano de metas de inclusão racial e social da UFPR. In: DUARTE, Evandro Charles Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coords.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 189-218.

<sup>1505</sup> Parte I, Capítulo 4, item 4.1, subitem 4.1.1., ponto (d.3).

*eficácia irradiante* – conferiu ao art. 226, §3º da Constituição<sup>1506</sup> e o art. 1.723 do Código Civil<sup>1507</sup> uma interpretação orientada pelos valores emanados dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da autonomia da vontade, bem como dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Nada obstante tais disposições normativas reconhecerem como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”, a Corte afastou a sua interpretação literal para prestigiar o teor axiológico dos direitos supracitados, declarando a inconstitucionalidade das leituras que emprestem a esse dispositivo uma significação discriminatória, no sentido de recusar a legitimidade jurídica das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.<sup>1508</sup>

Há que se notar que o objeto da decisão prolatada pelo STF nesse caso, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, não foi o *casamento* homoafetivo. Por meio desse acórdão, o Tribunal estendeu aos casais formados por pessoas do mesmo sexo o direito à tutela jurídica de sua *união estável* – um instituto distinto do Direito Civil, que produz consequências diversas – mediante a observância das mesmas regras e com as mesmas repercussões jurídicas da união

<sup>1506</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 226.** (...) **§3º.** Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>1507</sup> Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002): “**Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

<sup>1508</sup> “(...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (...) Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. (...) Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA ‘INTERPRETAÇÃO CONFORME’). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em: 13.10.2011. Publicado em: 14.10.2011.

estável heteroafetiva. Mas não reconheceu o direito dessas pessoas à celebração do casamento, o qual, assim como o direito ao reconhecimento da união estável, não se encontra expressamente assegurado no ordenamento jurídico brasileiro aos casais homoafetivos. Portanto, a resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça, com efeitos gerais e abstratos, representa uma medida *praeter legem* adotada por esse órgão administrativo, o qual, à ausência de lei, deliberou por implementar a dimensão objetiva do direito fundamental à igualdade dos homossexuais, praticando um ato que não ostenta um calço legal específico, mas se fundamenta diretamente em valores jusfundamentais constitucionalmente protegidos.

É interessante notar que o caso envolve diversos aspectos da dogmática dos direitos fundamentais. Primeiramente porque o direito invocado para sustentar o ato *praeter legem* não se encontra explícito no texto constitucional. A identificação de um direito *materialmente* constitucional, derivado de princípios e do regime acolhidos pela Constituição, deu-se com base no art. 5º, §2º da Lei Maior, que admite o reconhecimento de outros direitos de estatura fundamental que não se encontrem expressamente consagrados no catálogo formal do Título II. Uma vez admitida a jusfundamentalidade do direito à liberdade de orientação sexual, ele passa a desfrutar do regime jurídico dos direitos fundamentais, composto, além de outros elementos, pela aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF). Ora, se tal direito se aplica *imediatamente*, incidindo *diretamente* sobre a atividade dos Poderes Públicos – e, assim, sem necessidade de intermediação legislativa – o fato de sua proteção não estar regulamentada legislativamente não exime a Administração Pública de emprestar-lhe efetividade. E por esse motivo, o CNJ determinou a obrigação de os cartórios celebrarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Convém, por fim, salientar a diferença entre esse ato *praeter legem* praticado pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 175/2013) e o outro ato de igual caráter expedido pelo mesmo órgão disciplinando o tema do nepotismo (Resolução nº 07/2005). No ponto (b), *supra*, afirmou-se que essa última medida realizada à margem da lei não é admitida pelo sistema normativo brasileiro, uma vez que, sem habilitação legal prévia, a Administração decidiu por *restringir* um direito constitucionalmente assegurado (ampla acessibilidade aos cargos públicos – art. 37, I, CF), ainda que o dispositivo legal tenha expressamente instituído uma *reserva de lei* para a disciplina da matéria. Já no caso da Resolução nº 175/2013, o mesmo órgão, agindo igualmente à ausência de lei, praticou um ato destinado a *ampliar* um direito fundamental dos cidadãos, mesmo que sem previsão legal explícita que o determinasse a atuar dessa maneira.

Veja-se, assim, que os dois exemplos acima elucidados (cotas nas universidades públicas e autorização do casamento homoafetivo) representam uma forma de a Administração Pública cumprir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, outorgando-lhes imediata aplicação, como meio de evitar que a inércia do Poder Legislativo conduza à sua inefetividade. Nada disso seria possível se o princípio da legalidade administrativa não fosse lido conjuntamente com o da supremacia constitucional e o da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e se permanecesse intacta a compreensão de que em todo e qualquer caso a Administração se sujeita a uma vinculação *positiva* à lei (lei como *pressuposto*), sendo-lhe vedada a prática de condutas *praeter legem*.

## CAPÍTULO 8 – IMPACTOS DO DIREITO À TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA (EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS) SOBRE ALGUNS INSTITUTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

No primeiro capítulo da presente investigação<sup>1509</sup> assinalou-se a necessidade de se complementar o processo de *constitucionalização do Direito Administrativo* dando um segundo passo adiante: promover a *administrativização do Direito Constitucional*. Tendo em vista tal desiderato, este último capítulo aspira a fornecer uma contribuição inicial para esse processo em matéria de direitos fundamentais sociais, entrelaçando as categorias da dogmática constitucional enfocadas ao longo do trabalho (aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, multifuncionalidade e dimensões subjetiva e objetiva) com os institutos jusadministrativos. A comunidade jurídica já aceita unanimemente que a Constituição obriga a Administração Pública a implementar esses direitos. A premissa teórica já está posta. Impõe-se agora verificar no plano prático o *como*, vale dizer, *com que meios* incumbirá ao Estado satisfazer plenamente os direitos sociais pela via administrativa.

A hipótese da qual se partiu no início deste trabalho foi a de que um dos problemas mais sensíveis experimentados pelo Direito brasileiro, em termos de tutela dos direitos fundamentais sociais, reside no fato de que o sistema judicial de garantias e os institutos administrativos hodiernos ainda são, em sua maioria, fundados no modelo oitocentista, época em que foram construídos para fazer frente às condutas positivas arbitrárias da Administração. E por isso *restringem-se, na maior parte das vezes, a tutelar apenas o sujeito individual e os seus interesses protegidos na forma de direitos subjetivos, sempre pela via jurisdicional, deixando de se preocupar com a construção de instrumentos administrativos destinados à implementação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais*. Esse foi o objeto do Capítulo 5. Concluiu-se na ocasião, partindo da identificação realizada por Fernando Dias Menezes de Almeida das principais correntes da teoria brasileira do Direito Administrativo,<sup>1510</sup> que tem prevalecido o enfoque *liberal-subjetivista* da “Escola dos Direitos Fundamentais”, em detrimento do viés *estatizante-publicista* da “Escola do Interesse Público”.<sup>1511</sup>

Afirmou-se então a necessidade de se chamar a atenção para o prisma *estatizante-publicista* da chamada “Escola do Interesse Público”, para que a satisfação dos direitos fundamentais sociais passe a ser compreendida como um *interesse público* a ser buscado pela Administração, com o intuito de se evidenciar que a realização plena, igualitária e integral desses direitos não pode ser promovida exclusivamente pela via judicial individual. Em virtude da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais sociais, sua efetivação deve ser encarada como um *interesse geral* que demanda uma implementação coletivizada e igualitária.

Com o propósito de amenizar as distorções provocadas pela perspectiva demasiadamente liberal-subjetivista-individualista, formulou-se uma proposta central, que se

<sup>1509</sup> Parte I, Capítulo 1, item 1.3., subitem 1.3.1.

<sup>1510</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo. f. 18-21; 309-310; 326-327; 335; 410.

<sup>1511</sup> Os motivos apontados foram dois: (i) a dogmática jurídica dominante confere destaque à proteção do cidadão contra as ações agressivas da Administração (por isso *liberal*); (ii) em geral se enxerga a materialização desses direitos como uma questão de ordem *subjetiva*, isto é, algo a ser garantido aos indivíduos, sobretudo quando estes titularizam um direito subjetivo de corte tradicional.

baseia no reconhecimento, no sistema constitucional brasileiro, do direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Sugeriu-se então que ele deve ser compreendido como o direito do indivíduo: (1) *de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos*; (2) *que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (praeter legem) ou contrariamente à lei (contra legem)*; (3) *e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais*. As repercussões práticas desses elementos vêm sendo elucidadas nos apartados precedentes.<sup>1512</sup> O enfoque principal tem sido conferido à realização, pela via administrativa, dos direitos fundamentais sociais.

Sustentou-se então como tese principal que, nessa matéria em especial, o direito à tutela administrativa efetiva: (i) *impõe à Administração Pública o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer os direitos fundamentais sociais em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação praeter legem ou contra legem para não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social*; e (ii) *obriga-a a atender de forma igualitária todos os titulares de idênticas posições subjetivas jusfundamentais, adotando de ofício medidas aptas a universalizar prestações concedidas individualmente por requerimentos administrativos ou condenações judiciais, sob pena de responsabilização estatal objetiva individual ou coletiva, a depender da natureza da pretensão jurídica em questão*.

A primeira proposição – (i) – foi explorada nos capítulos anteriores. A segunda – (ii) –, já parcialmente tratada nos tópicos do Capítulo 7,<sup>1513</sup> merece maiores desenvolvimentos explicativos, para que sejam esclarecidos os meios através dos quais a Administração Pública deverá universalizar o tratamento dispensado aos cidadãos quando tutelar os seus direitos fundamentais sociais, com vistas a proporcionar uma satisfação igualitária. Portanto, tendo em vista os componentes que integram o conceito de tutela administrativa efetiva aqui elaborado, é preciso agora examinar alguns dos mecanismos que não de ser empregados pela Administração para que sejam adotadas todas as técnicas e procedimentos administrativos necessários – elemento (2) – a tutelar os direitos sociais do cidadão de maneira espontânea, integral e igualitária – elemento (1).

A importância de se refletir sobre as ferramentas administrativas que podem servir à promoção de ofício dos direitos fundamentais pelo Poder Público reside no fato de que, uma vez cumpridos voluntariamente pelo Estado os deveres que sobre ele recaem em termos de realização desses direitos, a Constituição será observada espontaneamente, não havendo necessidade de o cidadão judicializar a questão. Tem-se repetido nesta pesquisa que o foco das atenções doutrinárias a respeito do tema da efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, sobretudo os sociais, centralizou-se nos últimos anos em torno da tutela judicial. O estudo do tema por esse ângulo é, de fato, absolutamente indispensável. Porém, se a Administração Pública puder utilizar os seus institutos para realizar os direitos fundamentais sociais espontaneamente, integralmente e

<sup>1512</sup> Sobre o elemento (1), ver Parte II, Capítulo 6, item 6.1, subitem 6.1.2, ponto (b.2) e item 6.2, subitem 6.2.1. A propósito do elemento (2), conferir Parte II, Capítulo 7, itens 7.1. e 7.2. e respectivos subitens. Acerca do elemento (3), ver Parte II, Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.2. e Capítulo 7, item 7.1, subitem 7.1.1., ponto (a).

<sup>1513</sup> Particularmente no item 7.1, subitem 7.1.2, ponto (a.3), (v) quinta questão, quarto requisito; e no item 7.2, subitem 7.2.2., ponto (b.3).

igualmente, o Poder Judiciário jamais precisará ser acionado e todos os problemas inerentes à obtenção da tutela jurisdicional – perniciosos tanto ao indivíduo quanto ao Estado – serão evitados.

Tais observações, explicadas com maior ênfase nos capítulos anteriores, desembocam em uma necessidade: buscar no próprio Direito Administrativo – em vez de prender-se ao Direito Processual Civil – soluções para emprestar a máxima efetividade aos direitos fundamentais sociais, deixando de limitar a investigação à análise dos mecanismos de controle judicial. É momento de identificar os impactos que o direito à tutela administrativa efetiva produz sobre a configuração dos institutos do Direito Administrativo em matéria de direitos fundamentais sociais.

O assunto comporta inúmeros desenvolvimentos possíveis, de modo que não se procurará esgotar aqui a análise de todas as categorias e figuras jurídicas desse ramo do Direito que poderiam ser utilizadas para tal finalidade. Um dos objetivos da elaboração dessa tese é justamente abrir caminho para que futuras pesquisas venham a destrinchar com maior profundidade as diversas implicações do direito à tutela administrativa efetiva sobre cada instituto do Direito Administrativo em particular. O que cabe neste momento é apenas indicar algumas vias possíveis, como contribuição inicial acerca da temática.

O direito à tutela administrativa efetiva, quando aplicado ao campo dos direitos fundamentais sociais, desdobra-se em quatro elementos principais: (i) o direito ao devido processo administrativo; (ii) o direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais; (iii) o direito ao serviço público adequado; (iv) o direito à implementação de políticas públicas. Essa formulação tem por escopo demonstrar que a tutela *integral* dos direitos fundamentais sociais, elemento-chave da noção de tutela administrativa *efetiva*, pressupõe muito mais do que apenas o oferecimento de prestações fáticas aos cidadãos. Afinal, tais direitos são *multifuncionais*: eles ostentam as funções de *defesa*, de *prestação material* e de *prestação normativa* relacionada à *organização*, ao *procedimento* e à *proteção* (contra agressões de outros particulares). As ferramentas do Direito Administrativo devem ser, assim, estudadas com o intuito de auxiliar a Administração Pública a cumprir *todas* essas funções que decorrem dos direitos sociais, e não somente a de *prestação material*.

Seria demasiada pretensão querer, em um único trabalho, abordar a totalidade dos instrumentos jusadministrativos existentes e relacioná-los com todas essas facetas dos direitos fundamentais. Por isso, os quatro desdobramentos acima arrolados, que derivam do direito à tutela administrativa efetiva, fazem parte de um elenco meramente exemplificativo, ao qual podem e devem ser agregados outros componentes do Direito Administrativo que sejam aptos a proporcionar a realização das múltiplas funções dos direitos fundamentais.

A partir dessa estrutura básica, formada pelos quatro direitos supramencionados, objetiva-se fornecer um ferramental teórico e metodológico para o exame da tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais em espécie. Com isso, será possível, por exemplo, investigar a *tutela administrativa efetiva do direito fundamental à educação*, verificando os deveres da Administração em propiciar (i) um devido processo administrativo para a sua proteção *igualitária*, (ii) a regulamentação das normas constitucionais que versam sobre esse direito para garantir sua tutela *integral*, (iii) um serviço público adequado de educação fornecido *espontaneamente*, (iv) a implementação de políticas públicas em matéria educacional para assegurar a sua *efetividade*. O mesmo poderá ser feito em matéria de saúde, assistência social, previdência social, moradia, entre outros direitos fundamentais.



A divisão do presente capítulo partirá, nos dois primeiros itens, da análise das incumbências que recaem sobre a Administração para a tutela efetiva dos direitos fundamentais sociais sob o ponto de vista *ex ante*, vale dizer, visando a evitar que eles sejam violados. No primeiro item (8.1.), o enfoque será dado à *produção de atos jurídicos*, ao passo que no segundo (8.2.) a atenção será voltada às *prestações materiais* e às *ferramentas administrativas de maximização da tutela* dos direitos sociais. Em seguida, será apresentado um terceiro item (8.3.), que se ocupará do estudo da tutela *a posteriori* dos direitos fundamentais sociais, que será a única alternativa possível nos casos em que o Poder Público descumprir os deveres relativos à proteção *preventiva* desses direitos.

## **8.1. Produção de atos jurídicos para a tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**

Para que os direitos fundamentais sociais sejam promovidos de modo efetivo pela Administração Pública, será imprescindível que ela pratique *atos jurídicos* destinados a esse fim. Tais atos podem ser tanto de natureza individual e concreta, quanto geral e abstrata. Impende analisar: primeiramente, o (8.1.1.) *direito ao devido processo administrativo*, através do qual o Estado propiciará a tutela da dimensão *subjéctiva* dos direitos fundamentais sociais, no bojo de relações jurídico-administrativas concretas; posteriormente, o (8.1.2.) *direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais*, mecanismo por meio do qual caberá ao Poder Público implementar a dimensão *objectiva* de tais direitos, fornecendo uma tutela normativa à generalidade dos cidadãos.

### *8.1.1. Direito ao devido processo administrativo: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio da Administração e dever de respeito aos precedentes administrativos e judiciais favoráveis ao cidadão*

O processo administrativo é, por excelência, o meio de que dispõe o cidadão para reivindicar a tutela administrativa efetiva da dimensão subjéctiva de seus direitos fundamentais sociais. Assim como o processo *judicial* serve ao particular para postular a satisfação de seus direitos perante o Poder Judiciário, é por via do processo *administrativo* que ele exigirá em face da Administração Pública o cumprimento de suas pretensões jurídicas jufundamentais. Através dele o indivíduo poderá provocar o Estado para que, no exercício de sua função administrativa, atenda ao conteúdo jurídico da norma de direito fundamental, seja adotando um comportamento *negativo*, para respeitar a função *defensiva* do direito, seja praticando uma conduta *positiva*, para atender à sua função *prestacional*.

Vale lembrar que o reconhecimento de um direito à tutela administrativa efetiva ocorre originalmente no âmbito do processo administrativo, com a decisão pioneira da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina no caso *Astorga Bracht*. No julgado, o Tribunal promove uma analogia entre o direito a uma tutela *judicial* efetiva, assegurado no bojo do processo *judicial*, e o direito a uma tutela *administrativa* efetiva, garantido na seara do processo *administrativo*.<sup>1514</sup> No

<sup>1514</sup> Segundo a Corte, o direito à tutela administrativa e judicial efetiva “*supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren*

Direito Administrativo argentino, a doutrina e a jurisprudência costumam analisar a incidência do direito à tutela administrativa efetiva somente a partir do ponto de vista do processo administrativo. Como antes já se deixou consignado,<sup>1515</sup> o propósito desta tese é expandir o conteúdo jurídico desse direito, propondo a sua aplicação também em outras esferas da atividade administrativa (v.g., regulamento, serviço público, políticas públicas). Contudo, essa perspectiva ampliada não torna de modo algum despreciosa a análise das repercussões desse direito sobre o instituto do processo administrativo. Pelo contrário: esse é um setor onde a tutela administrativa exerce transcendental importância, destacadamente quando se trata da proteção dos direitos fundamentais sociais.

Primeiramente, importa aclarar a concepção a respeito da distinção entre *proceso* e *procedimiento* administrativo adotada neste estudo. Acompanha-se aqui a posição de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem o procedimento administrativo é “uma sucessão ordenada, sequencial e legal de atos e operações que conduzem a um ato final pretendido pela Administração”, ao passo que o processo se forma quando de um procedimento for possível “advir efeitos à esfera jurídica das pessoas e estas participarem sob o prisma do contraditório, ou ainda quando externar uma acusação”.<sup>1516</sup> Consequentemente, “todo processo é procedimento, mas a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento se converte em processo. (...) a relação entre procedimento e processo administrativo é a de gênero e espécie”.<sup>1517</sup> Assim, em sede administrativa não há só *procedimiento*, mas também *proceso*: se daquele expediente puder resultar uma consequência, positiva ou negativa, sobre a órbita jurídica de um determinado indivíduo – como no exercício do poder disciplinar em face de um servidor ou na apreciação de um requerimento de benefício assistencial – o fenômeno haverá de ser denominado *proceso administrativo*.

Existe um fundamento de ordem jurídica para se chegar a essa conclusão, de modo que a diferenciação não se trata de mera querela acadêmica ou preciosismo vocabular. Havendo a possibilidade de o ato final repercutir na esfera de direitos do cidadão – existindo, portanto, contraposição de interesses – incidirá sobre a atividade administrativa um conjunto de princípios constitucionais de natureza *processual*, como o devido processo legal, o contraditório, o juiz natural, a razoável duração, entre outros, que visam a garantir a obtenção de uma decisão justa da Administração.<sup>1518</sup> Cuida-se de um núcleo principiológico comum de *processualidade*,<sup>1519</sup> de matriz constitucional. Justifica-se a utilização de nomenclaturas distintas pelo fato de que essas duas espécies de procedimento *lato sensu* – *proceso*, quando há necessidade de participação do interessado em contraditório, e *procedimiento* simplesmente, quando não o há – não são idênticas

---

*eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada”*. ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “*Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER*”. Fallos 327:4185 (2004).

<sup>1515</sup> Parte II, Capítulo 6, item 6.1, subitem 6.1.1., ponto (c) e subitem 6.1.2.

<sup>1516</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

<sup>1517</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Direito Público em evolução**: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 352.

<sup>1518</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. El procedimiento y el proceso administrativo en el sistema jurídico brasileño. In: AAVV. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 43.

<sup>1519</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27 *et seq*; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-60; 158.

sob o prisma do Direito, uma vez que a primeira atrai para si a aplicação de um regime jurídico específico.

Ademais, decorre da própria Constituição a opção por designar a terminologia “processo” aos feitos que reclamam a possibilidade de participação, em regime de contraditório, do sujeito afetado. O art. 5º, LV, estabelece que “aos *litigantes*, em processo judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O constituinte deixou claro, desse modo, que havendo *litigância*, é dizer, interesses contrapostos, será imprescindível garantir-se o contraditório e a ampla defesa, no bojo de um expediente que leva o nome de *processo*, seja no âmbito administrativo ou judicial.<sup>1520</sup>

Nessa medida, o processo administrativo não se trata simplesmente de uma ferramenta por meio da qual a Administração Pública pratica os seus atos em conformidade com a lei e com o Direito. Sob o ponto de vista do cidadão, ele se revela como verdadeiro *direito* fundamental, consagrado no art. 5º, LV, da CF. Mais tecnicamente, trata-se de uma *garantia* fundamental,<sup>1521</sup> pois possui um caráter instrumental que visa a assegurar a tutela de outros bens jurídicos de estatura jusfundamental em face do Poder Público.<sup>1522</sup> Daí a sua importância como mecanismo implementador da tutela administrativa dos direitos fundamentais sociais.

O processo administrativo materializa em um mesmo instituto as duas principais feições do Direito Administrativo contemporâneo: ele é um *escudo*, que serve de defesa do particular contra investidas da Administração Pública em seu conjunto de direitos (função *defensiva*), mas é também uma *arma*, por meio da qual o cidadão pode compelir o Estado a lhe fornecer as condições necessárias para o exercício dos seus direitos (função *prestacional*).<sup>1523</sup> Ele se presta, portanto, a dar operatividade a diferentes funções dos direitos fundamentais – inclusive dos sociais. Sua finalidade não se restringe a propiciar uma barreira protetora contra intervenções estatais sobre os bens jurídicos do cidadão. Ainda que essa seja uma das razões de ser do processo, ela corresponde apenas àquilo que Javier Barnes chama de *primeira geração* do procedimento administrativo (aqui compreendido, como se disse, como gênero do qual o processo é espécie). Sob tal viés, de cunho *negativo*, o processo é concebido como um instrumento de controle da legalidade subjetiva, visando à garantia de direitos e interesses do indivíduo contra desvios do Poder Público e contribuindo para a “racionalização da discricionariedade e a prevenção do abuso e da arbitrariedade”.<sup>1524</sup> No entanto, esse instrumento deve atender não só às demandas do *Direito Administrativo de defesa*, mas igualmente às

<sup>1520</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do Direito Administrativo: pessoa, processo, procedimento e contrato administrativo. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXXV, nº 418, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 171-186, jul. 2013. p. 177.

<sup>1521</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A potestade sancionatória da Administração Pública no Brasil. *Estudios de Derecho Administrativo*, nº 2, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 25-47, 2010. p. 37.

<sup>1522</sup> Na definição de Paulo Bonavides, “existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar. (...) A garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não deve se confundir”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 525-526.

<sup>1523</sup> Sobre essa dupla feição, ver Parte II, Capítulo 5.

<sup>1524</sup> BARNES, Javier. Procedimientos administrativos de tercera generación. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; VÁZQUEZ VIERA, Emilio; FARRANDO, Ismael (Coords.). *Derecho Administrativo Iberoamericano: contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimiento administrativo, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad*. Buenos Aires: RAP, 2011. p. 417.

exigências do *Direito Administrativo da ação eficaz*.<sup>1525</sup> A partir desse segundo ponto de vista, de caráter *positivo*, o processo administrativo se destina “à promoção da eficácia e da efetividade das decisões e das políticas públicas que a Administração empreenda para achar a melhor solução possível”.<sup>1526</sup>

Essa dupla funcionalidade do processo administrativo se mostra bastante evidente na defesa e realização dos direitos fundamentais sociais. De uma parte, ele se dirige ao resguardo de bens econômicos, sociais e culturais do cidadão (moradia, trabalho, educação, saúde, etc.) *contra* as ingerências estatais desmedidas (v.g., despejo forçado, demissão arbitrária do servidor, expulsão do estudante de instituição pública de ensino, manejo de produtos prejudiciais à saúde). De outra, ele se volta à reivindicação de acesso a esses bens *através* das ações administrativas positivas (v.g., fornecimento de abrigo, prestação de serviços públicos de previdência social, etc.).

Dessa forma, desprende-se do direito a uma tutela administrativa efetiva, como corolário natural, o *direito fundamental a um devido processo administrativo*. Para que a Administração venha a tutelar de forma espontânea, integral e igualitária os direitos do cidadão, é imprescindível que se assegure à cidadania o acesso a esse instrumento, sobre o qual haverão de incidir diversos subdireitos e princípios jurídicos específicos, todos destinados a garantir que a resolução administrativa a propósito do universo jurídico do indivíduo será justa, tempestiva e imparcial. Não se trata, pois, de disponibilizar um processo qualquer: deverá ser um *devido* processo administrativo,<sup>1527</sup> isto é, um processo *adequado*, tanto do ponto de vista: (i) *procedimental*, que respeite os trâmites formais estabelecidos nas normas jurídicas, necessários a proporcionar previsibilidade e certeza ao interessado; (ii) *participativo*, que permita ao indivíduo intervir ativamente no processo, com a observância da paridade de armas em relação ao Poder Público; (iii) *substancial*, que leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, atendendo aos imperativos de razoabilidade e proporcionalidade.

Recorde-se, consoante assinalado em capítulo anterior,<sup>1528</sup> que em relação ao processo administrativo o direito à tutela administrativa efetiva compreende, entre outros: (i) o direito de petição, com possibilidade de o requerente recorrer à autoridade administrativa competente e expor suas pretensões dentro do processo;<sup>1529</sup> (ii) o direito do cidadão de ser ouvido, em um processo administrativo prévio à prática de todo e qualquer ato que afete sua esfera jurídica,<sup>1530</sup> o qual não pode transformar-se em um mera formalidade rotineira ou em uma aparência formal de defesa, devendo, ao contrário, consistir na possibilidade de real participação útil do indivíduo no

<sup>1525</sup> A propósito das transformações das características do procedimento administrativo para atender às novas demandas da Administração Pública contemporânea, ver: VIALE, Claudio. Procedimiento administrativo. Aportes. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, n° 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 97-108, ago. 2010.

<sup>1526</sup> BARNES, Javier. Procedimientos administrativos de tercera generación... *Op. Cit.*, p. 416-417. Ver também, do mesmo autor: BARNES, Javier. La transformación del procedimiento administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, n° 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 33-76, ago. 2010.

<sup>1527</sup> Sobre a significação da ideia de “devido” processo legal na seara administrativa, ver: MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 296-298. e RUOCCO, Graciela. El principio del “devido proceso” en vía administrativa. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 2-17, jan./jun. 2013.

<sup>1528</sup> Parte II, Capítulo 6, item 6.1, subitem 6.1.1. ponto (c).

<sup>1529</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Introdução à teoria da prova administrativa. **Revista de Direito Público**, n° 21, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 33-42, jul./set. 1972. p. 40.

<sup>1530</sup> LISA, Federico. Procedimiento administrativo y participación ciudadana. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, n° 408, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 111-127, sep. 2012. p. 115.

processo;<sup>1531</sup> (iii) o direito de publicidade e vista do expediente de maneira ampla e irrestrita;<sup>1532</sup> (iv) o direito de oferecer e produzir provas;<sup>1533</sup> (vi) o direito à autodefesa, compreendendo o direito de presença e o direito de audiência;<sup>1534</sup> (vii) o direito à defesa técnica por advogado, considerado imprescindível nos processos de cunho sancionador;<sup>1535</sup> (viii) o direito à tutela cautelar em sede administrativa, mesmo na falta de disposições legais específicas, em analogia ao poder geral de cautela conferido ao juiz, em casos de proteção urgente de direitos fundamentais no âmbito administrativo;<sup>1536</sup> (ix) o princípio do formalismo atenuado, sempre a favor do cidadão e jamais da Administração;<sup>1537</sup> (x) a obrigação da Administração de resolver o requerimento administrativo sem dilações indevidas e dentro de um prazo razoável;<sup>1538</sup> (xi) o direito a uma decisão fundada, na qual sejam efetivamente considerados os argumentos deduzidos pelos interessados;<sup>1539</sup> (xii) o direito à interposição de recursos à autoridade hierárquica superior;<sup>1540</sup> (xiii) impossibilidade de condicionar a interposição de recursos ou impugnação de atos ao pagamento prévio de dívidas, multas ou constituição de cauções, sempre que isto possa impedir o exercício dos direitos;<sup>1541</sup> entre outros desdobramentos.

Não vem ao caso, nesta sede, dissertar sobre cada um desses elementos, cuja significação já tem sido bastante investigada pela doutrina nacional e estrangeira e poderá ser consultada nas obras indicadas nas respectivas notas de rodapé.<sup>1542</sup> O propósito aqui é mais específico: verificar algumas das consequências que o primeiro elemento do direito à tutela administrativa efetiva, integrante da definição proposta nesta tese, produz no domínio dos direitos fundamentais sociais. Pontuou-se anteriormente que ele atribui ao cidadão o direito (1) *de receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos*. Os dois aspectos que serão a seguir desenvolvidos dizem respeito: (a) ao direito a um *prazo razoável* do processo administrativo reivindicatório de direitos sociais, ante o qual se opõe o obstáculo do silêncio da Administração; e (b) ao direito a

<sup>1531</sup> CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVII n° 323, Buenos Aires, RAP, p. 75-88, 2005. p. 78.

<sup>1532</sup> MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva. **La Ley**, Tomo 2012-B, Buenos Aires, p. 1-6, mar. 2012. p. 5; CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva.... *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>1533</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo. **Estudios de Derecho Administrativo**, n° 2, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 307-339, 2010. p. 322.

<sup>1534</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>1535</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n° 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010. p. 35 *et seq.*

<sup>1536</sup> URRUTIGOITY, Javier. El principio de tutela administrativa efectiva. **Lexis**, n° 0003/012321, Buenos Aires, p. 1-11, 2005. p. 6.

<sup>1537</sup> SESÍN, Domingo Juan. El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIII, n° 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 17-48, sep. 2011. p. 44.

<sup>1538</sup> LISA, Federico José. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo. **A&C – Revista de Derecho Administrativo & Constitucional**, n° 44, Belo Horizonte, Fórum, p. 41-58, abr./jun. 2011. p. 49.

<sup>1539</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Motivación del acto administrativo y buena administración. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n° 13, Curitiba, UniBrasil, p. 18-32, jan./jun. 2013. p. 26.

<sup>1540</sup> CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva... *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>1541</sup> URRUTIGOITY, Javier. El principio de tutela administrativa efectiva... *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>1542</sup> Além das obras já citadas nas notas anteriores, consulte-se ainda, na doutrina nacional: FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo: Lei n° 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo Administrativo: comentários à Lei n° 9.784/1999**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

uma tutela administrativa *igualitária* dos direitos fundamentais sociais, por meio do respeito aos *precedentes administrativos e judiciais* favoráveis ao cidadão.

(a) O direito à tutela administrativa efetiva dirige à Administração o *dever de decidir os processos administrativos dentro de um prazo razoável* – após o qual o silêncio estatal se tornará inconstitucional – que, a depender das peculiaridades do caso concreto, poderá se configurar: (i) antes do lapso temporal legalmente previsto para a resolução dos requerimentos; ou (ii) no máximo, dentro do prazo legal. A tratativa da questão envolve os temas: (a.1) da obrigação administrativa de resolver em prazo razoável; e (a.2) do silêncio da Administração e seus efeitos jurídicos.

(a.1) Uma vez deflagrado o processo administrativo pelo cidadão para a satisfação de seus direitos fundamentais sociais, a Administração Pública se encontrará submetida ao *dever de decidir em prazo razoável*, deliberando pelo atendimento ou não do pedido formulado, a depender do respaldo do pleito no ordenamento jurídico. Cuidando-se de uma demanda de cunho prestacional, será corolário da obrigação de resolver o dever de *dar execução* à decisão administrativa, pois de nada adianta o Estado reconhecer o direito ao cidadão, produzindo no mundo jurídico um ato administrativo em seu favor, e deixar de materializar no mundo dos fatos a sua pretensão juridicamente protegida.

É pouco mais que evidente a sujeição do Poder Público à obrigação de dar ao cidadão uma resposta expressa às suas demandas que forem deduzidas por meio de um processo administrativo. O art. 48 da Lei nº 9.784/99 diz o óbvio ao estabelecer que “a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”. O problema surge quando ela não cumpre esse dever mais do que elementar, ou, ainda, quando o faz dentro de um lapso temporal desarrazoado, constringendo o cidadão a esperar meses ou até anos para receber uma resposta administrativa ao seu requerimento.<sup>1543</sup> No caso de processos que envolvem a tutela de direitos sociais, são ainda mais gritantes os efeitos nefastos oriundos da demora do Estado em atender à pretensão formulada pela via administrativa, pois os pleitos dizem respeito a necessidades indispensáveis à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Daí a importância de se conceber adequadamente o significado da noção de “prazo razoável” e as consequências jurídicas desencadeadas pelo silêncio da Administração.

A Constituição Federal assegura ao cidadão, em seu art. 5º, LXXVIII, o direito fundamental à razoável duração dos processos administrativos e judiciais e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Sua incorporação expressa ao rol de direitos fundamentais do Título II, feita através da Emenda Constitucional nº 45/2004, é emblemática em um Estado como o brasileiro, no qual a Administração Pública não raro se permite “silenciar ou

---

<sup>1543</sup> A afirmação não é exagerada. Há inúmeros casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça em que a Administração levou cerca de cinco anos ou mais para decidir o processo. Entre outros, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.728/DF. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Seção. Julgado em 23.11.2011. DJe 08.02.2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 690.811/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 28.06.2005. DJ 19.12.2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 531.349/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 03.06.2004. DJ 09.08.2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.545/DF. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. Julgado em 29.10.2008. DJe 07.11.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.376/DF. Relator Min. Herman Benjamin. Primeira Seção. Julgado em 28.03.2007. DJe 01.09.2008.

prolongar *ad infinitum* a tomada de decisões”.<sup>1544</sup> Tanto demora a resolução do pedido do particular que muitas vezes “em vez de pão, entrega-se uma pedra”.<sup>1545</sup> O conteúdo jurídico do direito à razoável duração se traduz no dever, imposto ao Poder Público, de dar uma tramitação célere ao processo administrativo, sem delongas ou paralisações injustificáveis, exarando a sua decisão dentro do mais curto espaço de tempo possível.

Por força do art. 5º, §1º da CF esse direito se aplica *imediatamente* sobre a atividade administrativa, de sorte que, para ser exigível uma resposta ao pedido administrativo dentro de um prazo razoável, de nada importa a inexistência de lei específica prevendo o prazo dentro do qual a Administração deverá proferir decisão. O que obriga o Poder Público a resolver o expediente em tempo razoável é a Constituição e não a lei, que apenas regulamenta os contornos do conteúdo desse direito fundamental já constitucionalmente assegurado.

Perceba-se que o tema da *aplicabilidade imediata* do direito à razoável duração processual ganha relevância em um Estado federal, como é o caso do Brasil, em que cada unidade da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>1546</sup> – possui autonomia para editar leis sobre processo administrativo. Diversas entidades federativas estaduais e municipais não possuem leis a respeito desse assunto. Em tais casos, o prazo legal para a Administração decidir o processo será aquele previsto no art. 49 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), de trinta dias após a instrução do feito, prorrogável por igual período em casos expressamente motivados. Não se trata de uma aplicação *subsidiária* desse dispositivo aos âmbitos estadual e municipal, pois a lei mencionada se destina somente à Administração Pública federal.<sup>1547</sup> O prazo se aplica por *analogia*, servindo o referido dispositivo como um parâmetro para dar concretude ao direito fundamental à razoável duração do processo em razão da ausência de lei regendo o tema na entidade estadual ou municipal. Havendo lei própria do ente federativo que disponha de modo diverso, o prazo para decidir deverá ser aquele indicado no respectivo diploma legal, *desde que seja de fato razoável*. Não pode o legislador estipular um prazo demasiadamente alargado para a Administração decidir os processos administrativos, sob pena de inconstitucionalidade, por afrontar o direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII da CF.

Questão capital é saber se prazo *razoável* é sinônimo de prazo *legal*. Caso a Administração resolva o processo administrativo dentro do prazo legalmente fixado, terá ela

<sup>1544</sup> MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 99.

<sup>1545</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962. p. 122.

<sup>1546</sup> A posição dos Municípios dentro da Federação brasileira é capítulo polêmico no Direito Constitucional brasileiro. Para uma visão crítica da temática, conferir: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 68, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 76-85, jul./set. 2009. Ver, do mesmo autor: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A fraca intensidade federativa na relação dos entes políticos no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, nº 19, Belo Horizonte, Fórum, p. 93-101, jul./set. 2011. José Afonso da Silva nega aos Municípios a condição de autêntica *entidade federativa*, sustentando que “o que a Constituição de 1988 consagrou foi a configuração do Município como componente da Federação apenas”. SILVA, José Afonso da. O regime constitucional dos Municípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 42, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-26, out./dez. 2010. p. 14. Ao revés, defendendo o reconhecimento do Município como entidade federativa no constitucionalismo brasileiro atual: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>1547</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências legislativas e analogia – Breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, nº 102, São Paulo, Universidade de São Paulo, p. 357-370, jan./dez. 2007. p. 363.

necessariamente atendido ao direito fundamental do cidadão à razoável duração processual? E se o pedido tiver sido apresentado por um enfermo em estado emergencial, que precisasse de internação imediata em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou do fornecimento urgente de um medicamento para a sua sobrevivência, será razoável aguardar um prazo legal de trinta dias ou mais? A resposta a essa indagação é crucial em termos de direitos fundamentais sociais, pois a partir dela se poderá aferir se a demora administrativa em satisfazer o direito, ainda que não seja ilícita por não haver decorrido o prazo *legal*, é ou não inconstitucional por descumprimento do direito a uma duração *razoável* do processo.

Prazo *razoável* e prazo *legal* não são expressões sinônimas. Sob o prisma jurídico, elas não se referem à mesma coisa. Do contrário, a previsão do art. 5º, LXXVIII da Constituição seria absolutamente inútil na esfera administrativa, na qual o dever da Administração de respeitar os prazos *legais* é mais do que óbvio. Se ela não tivesse esse dever, o legislador não teria fixado prazo algum. E se o Poder Público tem a obrigação de decidir dentro do prazo da lei, o cidadão tem o direito de exigí-lo. Logo, não haveria razão para se falar em um direito fundamental, de nível constitucional, a uma razoável duração dos processos administrativos, que nada acrescentaria à órbita jurídica do cidadão, visto que os próprios dispositivos legais já lhe asseguram o direito a que a Administração aja dentro do prazo *legal*.

Uma interpretação apoucada dos direitos fundamentais diria que o art. 5º, LXXVIII da CF dirige-se apenas ao juiz, que na maior parte das vezes não tem prazo legal para agir, e ao legislador, para que crie mecanismos de aceleração temporal da duração dos processos administrativos e judiciais, como por exemplo a fixação de prazos para a sua tramitação e conclusão. Não seria destinado, assim, à Administração, a quem incumbiria apenas respeitar a *legalidade estrita* e agir em conformidade com os prazos já traçados pelo legislador. Essa racionalidade colide com a lógica que permeia a presente tese. Defende-se aqui que os direitos fundamentais, por força do art. 5º, §1º da CF, incidem *direta e imediatamente* sobre a atividade administrativa e não apenas sobre as funções legislativa e jurisdicional. Eles não se aplicam aos entes administrativos somente na medida de sua regulamentação legal. E por isso, a Administração está antes de tudo obrigada a cumprir o direito fundamental à *razoável* duração do processo, e apenas secundariamente compelida a cumprir o prazo fixado na lei. Entender de forma diferente implicaria aceitar que apenas a lei em sentido formal vincula a função administrativa, não recaindo sobre ela os efeitos jurídicos do art. 5º, LXXVIII da Constituição. Significa, portanto, que se o prazo razoável para atender *eficazmente* ao direito do cidadão for mais curto do que o lapso temporal legalmente previsto para sua decisão, o Poder Público se verá obrigado a resolver o processo *antes do prazo legal*, para não incorrer em inconstitucionalidade por transgressão a um direito fundamental.<sup>1548</sup>

A noção de prazo *razoável* agrega um *plus* à ideia de prazo legal. Este último é o *prazo máximo* para que a Administração Pública decida o processo administrativo. É o termo final, após o qual sua conduta ingressará no terreno da ilicitude. Quando o legislador prevê esse prazo, ele está considerando a generalidade das situações, de modo que o termo estabelecido pela lei poderá se afigurar inadequado para atender satisfatoriamente determinados reclamos de caráter urgente. As circunstâncias fáticas do caso concreto podem vir a impor o dever constitucional de decidir *anteriormente ao prazo legal* para que seja proporcionada ao indivíduo uma *tutela*

<sup>1548</sup> É evidente que aqui se está considerando que quem deu causa à demora foi o próprio Estado, não havendo que se falar em violação à obrigação de decidir em prazo razoável quando a paralisação do feito houver sido provocada pelo próprio particular interessado.



*administrativa efetiva* do seu direito, a qual se tornaria inócua se o Poder Público pudesse dispor de todo o prazo legalmente fixado para resolver a demanda.<sup>1549</sup> Sendo assim, uma interpretação sistemática do art. 5º, LXXVIII com o §1º do mesmo artigo conduz à conclusão de que o direito fundamental à tutela administrativa efetiva impinge ao Estado a obrigação de emitir decisão nos processos administrativos em prazo razoável, que na situação concreta poderá se configurar *antes do decurso do prazo legal*, haja vista que a Administração não se subordina apenas a lei formal, mas também à Constituição, que lhe exige a resolução do caso dentro de um período razoável.

Essa dissociação semântica entre prazo *razoável* e prazo *legal* leva alguns autores a reconhecerem um “princípio da *relatividade* dos prazos e termos legais”, deduzido do princípio da razoabilidade, segundo o qual a noção de prazo *razoável* relativizaria os prazos legais tanto para mais quanto para menos. Defendem, assim, que o prazo dentro do qual a Administração se verá juridicamente compelida a decidir um processo para não incorrer em antijuridicidade poderá ser *inferior* ao da lei, em casos de urgência, ou *superior* ao da lei, quando circunstâncias materiais intransponíveis impedirem a resolução dentro do prazo da lei. É o caso de Marcos Gómez Puente, que após sustentar essa posição chega a indagar: “mas então, se é a razoabilidade o que impera na hora de determinar o tempo do cumprimento, de que serve prever legal ou regulamentarmente um prazo para resolver?”. A resposta por ele dada a essa questão é a de que o marco temporal normativamente estabelecido serve como um padrão, isto é, um parâmetro para verificar no caso concreto se o lapso temporal transcorrido para decidir foi ou não razoável. Entende o autor que o prazo assinalado na lei ou no regulamento goza de presunção *juris tantum* de razoabilidade, a qual pode ser afastada tanto pelo indivíduo interessado, que pretenda sustentar a sua irrazoabilidade naquele caso concreto, quanto pela Administração, que busque afastar a antijuridicidade de sua inação demonstrando que as circunstâncias a impediram de resolver o feito dentro do prazo legal, que seria desarrazoado para aquela situação.<sup>1550</sup>

Tal posicionamento parece equivocado. Ele enfraquece a posição jurídica do cidadão, por flexibilizar demasiadamente sua garantia de que, ao menos dentro do marco temporal legalmente demarcado, a Administração será obrigada a decidir o seu processo. A resposta à indagação suscitada por Gómez Puente a propósito da funcionalidade do estabelecimento de prazos legais para o Estado decidir os requerimentos que lhe são apresentados (diante da incidência do princípio da razoabilidade) há de ser a seguinte: os termos fixados pela lei para a Administração resolver os processos administrativos servem para conferir uma garantia ao indivíduo, constituindo um período *máximo* dentro do qual seu pedido haverá necessariamente de ser apreciado, mas que poderá ser encurtado face à urgência e à possibilidade de perecimento de sua pretensão jurídica, de forma que o seu descumprimento – seja ele coincidente com o prazo legal, seja ele um prazo *inferior* ao da lei e aferível no caso concreto – tornará antijurídica a passividade administrativa.

É importante desde logo sublinhar uma distinção que será retomada no item 8.3. quando for versado o tema da responsabilidade civil do Estado por omissão. A *antijuridicidade* da conduta administrativa não se confunde com a *culpabilidade*. A *antijuridicidade* diz respeito à contrariedade do comportamento ao ordenamento jurídico, que é o que ocorrerá quando a

<sup>1549</sup> A propósito dos critérios sugeridos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para a valoração, em cada caso, da razoabilidade do prazo para resolver o processo, ver: DAMSKY, Isaac Augusto. Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, p. 77-101, abr./jun. 2013. p. 94-99.

<sup>1550</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 508-509.

Administração descumprir o prazo *razoável* para decidir o processo, exigido pelo art. 5º, LXXVIII da Constituição (que poderá coincidir com o prazo legal ou ser menor do que ele, se as circunstâncias assim o exigirem). A *culpabilidade* relaciona-se à possibilidade de, naquele caso concreto, adotar uma conduta diversa, fato que a torna reprovável perante o Direito e merecedora de uma sanção jurídica, e que na situação sob análise não se configurará se a Administração puder comprovar que era materialmente impossível decidir dentro do prazo legalmente fixado, por falta de recursos financeiros, de servidores na repartição, de quantidade excessiva de processos, ou seja qual motivo for.

A omissão do ente administrativo caracterizada pelo descumprimento do prazo máximo da lei para resolver o processo sempre será uma conduta *antijurídica*, porque violadora do Direito, mas não necessariamente *culpável*, pois em alguns casos não haverá a possibilidade de adotar comportamento diverso. Essa distinção reveste-se de transcendental importância, vez que se o sistema normativo em questão estipular que a responsabilidade estatal em casos de omissão é *subjetiva*, a inexistência de *culpa* exime o Estado de reparar os danos causados por sua inação, mas se for acolhido o regime da responsabilidade *objetiva*, a possibilidade ou não de praticar um comportamento diverso será irrelevante e o Poder Público se verá obrigado a ressarcir os prejuízos provocados por sua inércia, seja ela *culposa* ou não.

Uma vez ultrapassado sem resposta o prazo de que dispõe a Administração para decidir o processo administrativo deflagrado pelo titular do direito postulado, restará configurado o seu silêncio, postura que se revela inconstitucional por agredir o art. 5º, LXXVIII da Lei Fundamental. Impende analisar, então, quais serão os efeitos produzidos por essa conduta administrativa antijurídica.

(a.2) A primeira consideração que deve ser acentuada sobre o tema no qual agora se adentra é diferenciação entre *silêncio da Administração*, situação meramente fática verificada nos casos que o ente administrativo demora a responder uma demanda que lhe fora proposta, e o *silêncio administrativo*, instituto jurídico que se configura quando reunidos certos requisitos e enseja determinados efeitos jurídicos.

O silêncio administrativo nasce no século XIX como uma técnica jurídica voltada a resolver o problema do caráter revisor da jurisdição contencioso-administrativa. Conforme já se tratou anteriormente,<sup>1551</sup> o modelo francês de justiça administrativa, posteriormente importado por outros Estados, atribuía à jurisdição uma função meramente *revisora* da legalidade dos atos praticados pela Administração. Por conta dos diversos privilégios e prerrogativas de que desfrutava o Poder Público e diante do chamado princípio da separação entre as autoridades administrativas e jurisdicionais, não competia ao juiz administrativo condenar o Poder Executivo a agir desta ou daquela maneira, nem impor-lhe medidas coercitivas para forçá-lo a atuar de determinada forma (v.g., *astreintes*). Seu papel se limitava a declarar a conformidade ou não dos atos administrativos com a lei.<sup>1552</sup>

<sup>1551</sup> Parte I, Capítulo 5, item 5.1, subitem 5.1.2., ponto (a).

<sup>1552</sup> Observe-se, nessa linha, o que afirmava Joseph Barthélemy em artigo publicado no ano de 1912: “a execução forçosa da obrigação de fazer suporia uma apreciação de elementos de oportunidade que não se poderia largar nas mãos do juiz (...). As únicas sanções jurídicas que o Direito Público comina à obrigação de fazer a cargo da Administração são: 1º) a anulação dos atos contrários a essa obrigação; 2º) uma reparação pecuniária”. BARTHÉLEMY, Joseph. Sur l’obligation de faire ou de ne pas faire et son execution forcée dans le droit public. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger**, XXIX<sup>e</sup> année, n° 3, Paris, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, p. 505-540, jui./sep. 1912. p. 511.

Essa natureza restrita conferida à função jurisdicional gerava um óbice ao cidadão quando a ilegalidade da Administração decorria de sua omissão. Isso porque, sendo apenas revisora a competência do juiz administrativo, uma das condições de admissibilidade da demanda era a existência de um *ato prévio* praticado pelo Estado, contra o qual se insurgisse o jurisdicionado pela via do recurso contencioso-administrativo.<sup>1553</sup> Inexistindo um ato formal emitido pela Administração, fechavam-se as portas da tutela jurisdicional, pois se entendia que nada havia para ser revisado e o particular quedava em situação de desamparo.<sup>1554</sup> Lembre-se que o sistema de garantias desenvolvido no período oitocentista seguia a lógica de um Estado Liberal, no qual a preocupação dos indivíduos era com as *ações agressivas* do Poder Público e não contra as suas *omissões transgressoras* de direitos assegurados pelo sistema normativo, tema que só vem a adquirir maior importância no modelo do Estado Social de Direito.<sup>1555</sup>

Naquele momento histórico, em razão dos dogmas sobre os quais se erigiam as relações entre os Poderes Públicos, mais fácil do que tentar relativizar as prerrogativas de que gozava a Administração perante a jurisdição foi inventar, de maneira fictícia, um artifício que fizesse as vezes de um ato, passível de ser objeto de reclamação quando a ilegalidade adviesse da omissão administrativa em decidir o requerimento (e não de um autêntico ato comissivo por ela praticado). É nesse cenário que surge o *silêncio administrativo*, figura arquitetada inicialmente como um fato ao qual o Direito outorga efeitos jurídicos equivalentes aos de uma decisão expressa denegatória, com vistas a possibilitar o acesso do cidadão à via jurisdicional para a busca da tutela de seu direito.<sup>1556</sup> Veja-se que, em sua concepção original, o silêncio administrativo *negativo* é pensado como um instrumento *favorável* ao particular, pois a sua previsão legal permitia aquilo que antes lhe era negado: interpor um recurso perante a justiça administrativa em face de um comportamento omissivo ilícito da Administração que lhe causasse agravo.<sup>1557</sup>

O fundamento que levou o Direito Administrativo francês<sup>1558</sup> a atribuir sentido *negativo* e não *positivo* ao silêncio administrativo deriva, segundo Gastón Jèze, de “uma razão de ordem prática. Em geral, é menos grave manter o *status quo* do que se permitir a criação de uma

<sup>1553</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**. Madrid: Civitas, 1994. p. 22.

<sup>1554</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo. **La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía**, año 1999, nº 3, Madrid, La Ley, p. 2123-2124, mayo./jun. 1999. p. 2123.

<sup>1555</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. Demandas por omisión. **AeDP: Actualidad en el Derecho Público**, nº 9, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 149-154, ene./abr. 1999. p. 150.

<sup>1556</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 16, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 85-116, ene./abr. 1955. p. 92.

<sup>1557</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El silencio administrativo y los interesados que no incoaran el procedimiento administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 68, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 235-246, may./ago. 1972. p. 235; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Silencio de la Administración y plazos de caducidad**. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 114; GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; \_\_\_\_\_. **Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 267-268.

<sup>1558</sup> Sobre o silêncio administrativo no Direito francês, conferir: GOUTTENOIRE, René. **Le silence de l'Administration**. Paris, 1932. 248 f. Thèse (Doctorat en Droit) – Faculté de Droit, Université de Paris; LAVEISSIÈRE, Jean. **Le silence de l'Administration**. Bordeaux, 1979. 618 f. Thèse (Doctorat en Droit) – Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, Université de Bordeaux I. Para uma perspectiva mais atual, ver: MORENO MOLINA, Ángel Manuel. El régimen del silencio de la Administración en Francia. In: PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.). **El silencio en la actividad de la Administración Pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 33-68.

situación nova”.<sup>1559</sup> A técnica foi incorporada por diversos ordenamentos, tendo adquirido grande relevo em países como a Espanha<sup>1560</sup> e a Argentina.<sup>1561</sup> Porém, a solução de outorgar consequências denegatórias à inércia administrativa em resolver os processos que lhe eram submetidos, que inicialmente parecia benéfica ao particular interessado pelo fato de abrir as vias à jurisdição, começou a ser encarada como algo pernicioso, que no fim das contas favorecia muito mais à Administração do que ao cidadão. Ao longo do século XX, os sistemas de Direito positivo passaram a criar leis específicas conferindo efeitos *positivos* ao silêncio da Administração em determinados setores de atuação administrativa, chegando em alguns casos – como no Direito espanhol<sup>1562</sup> – a transformar essa consequência em uma regra geral, provocando no âmbito doutrinário a necessidade de teorizar mais aprofundadamente sobre a temática para operacionalizar adequadamente o instituto.

O *silêncio administrativo*, sob o prisma do Direito, corresponde a um fato ao qual a ordem jurídica pode vir a emprestar efeitos distintos (*negativos* ou *positivos*) e que se configura no marco de um processo administrativo, nos casos em que a Administração Pública descumpra o seu dever de proferir uma decisão expressa dentro do prazo que a lei lhe assinala para fazê-lo. O fenômeno consiste, portanto, em um comportamento *ilícito* do Estado no exercício de sua função administrativa, ao deixar de obedecer tempestivamente à imposição legal de ditar uma resolução em um processo submetido à sua apreciação. É essencial sublinhar esse caráter *patológico* do silêncio,<sup>1563</sup> para que não se venha a pensar, inadvertidamente, que o sistema normativo institucionaliza essa técnica com o fito de demitir a Administração de sua obrigação de resolver explicitamente os expedientes administrativos.<sup>1564</sup> O dever de decidir, a rigor, afasta

<sup>1559</sup> JÈZE, Gastón. Essai d’une théorie général de l’abstention en Droit Public. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger**, XII<sup>e</sup> année, n° 22, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, p. 764-785, 1905. p. 776.

<sup>1560</sup> Entre outras obras monográficas que se dedicam especificamente ao tema, ver: GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. **El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa**. Colex, 1996; AGUADO Y CUDOLÀ, Vincenç. **Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas**. Madrid: Marcial Pons, 2001; GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo...** *Op. Cit.*

<sup>1561</sup> Conferir: CASSAGNE, Juan Carlos. Las vicisitudes del silencio administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo**, n° 1, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 65-78, 2010; GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración... *Op. Cit.*; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Silencio de la Administración y plazos de caducidad...** *Op. Cit.*; LISA, Federico José. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 44, Belo Horizonte, Fórum, p. 41-58, abr./jun. 2011; BIBILONI, Homero M. Una nueva perspectiva para considerar el silencio administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 54, Belo Horizonte, Fórum, p. 45-66, out./dez. 2013; DAMSKY, Isaac Augusto. Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad... *Op. Cit.*; SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. El silencio da la Administración. In: AAVV. **Procedimiento Administrativo**. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativo, 1998. p. 48-58.

<sup>1562</sup> Para um histórico detalhado da legislação espanhola sobre o tema, ver: GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 577-737; GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. **El silencio administrativo...** *Op. Cit.*, p. 27 *et seq.* Uma análise mais atualizada, com recentes alterações normativas legais, comunitárias e jurisprudenciais pode ser encontrada em: GARCÍA PÉREZ, Marta. El régimen jurídico del silencio administrativo en España. **Revista Trimestral de Direito Público**, n° 58, São Paulo, Malheiros, p. 23-57, 2013. e GARCÍA PÉREZ, Marta. El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n° 14, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 421-439, 2010.

<sup>1563</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo. **La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía**, año 1999, n° 3, Madrid, La Ley, p. 2123-2124, mayo./jun. 1999. p. 2123; LISA, Federico José. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo... *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>1564</sup> Para Juan Antonio Bolea Foradada, a qualificação do silêncio negativo “não pode ser outra senão a de um mal – possivelmente endêmico – cujo único tratamento eficaz seria o de sua extirpação definitiva”. BOLEA FORADADA,

qualquer possibilidade de silêncio administrativo. Admiti-lo como categoria jurídica regular das funções administrativas significaria aceitar a infração à ordem constitucional e legal, a ponto de alguns autores sustentarem que a sua institucionalização revela-se como um “verdadeiro escândalo no Estado de Direito”.<sup>1565</sup> É lógico, nessa linha, que a sua criação não franqueia de modo algum a “utilização descarada do silêncio para a Administração não resolver”.<sup>1566</sup>

Boa parte dos autores distingue a natureza jurídica dos resultados produzidos pelo silêncio *negativo* e pelo silêncio *positivo*. Costuma-se dizer que o primeiro retrata um *fato* que acarreta uma *ficção legal*, consistente em uma presunção de negativa do pedido administrativo com fins estritamente processuais, destinada a permitir a impugnação judicial da inércia estatal, não se tratando, assim, de um *ato tácito* da Administração.<sup>1567</sup> Representa uma modalidade anômala de término do processo administrativo. Por seu turno, o silêncio *positivo* provoca o surgimento de um autêntico *ato administrativo*, que assim deve ser encarado para todos os efeitos, a despeito de seu caráter *presumido* e não expresso,<sup>1568</sup> sendo reputado uma forma regular de conclusão do feito.<sup>1569</sup> Antes de se identificar qual dessas soluções (ou quais delas) encontram respaldo no Direito positivo brasileiro, especialmente nos casos de processos reivindicatórios da tutela de direitos fundamentais sociais, importa discutir sucintamente sobre as funcionalidades, conveniências e vicissitudes de cada uma delas.<sup>1570</sup>

No que toca ao silêncio *negativo*, viu-se que a justificativa para a sua previsão repousava sobre o caráter revisor da jurisdição contencioso-administrativa, que não permitia ao cidadão afetado pela inação estatal recorrer ao juiz para corrigi-la. O que daí se constata é que essa modalidade de silêncio não era uma saída para solucionar o problema da falta de resposta ao processo na via *administrativa*, mas sim uma garantia *jurisdicional*.<sup>1571</sup> Sua função nunca foi resolver o problema da passividade administrativa de forma célere ao cidadão, trazendo-lhe um benefício direto que o eximisse de buscar outros meios de satisfazer o seu direito. Pelo contrário: ela sempre serviu para habilitar a postergação do problema à arena judicial. O decurso do prazo legalmente fixado, gerador dos efeitos negativos, não isenta a Administração do dever de resolver, pois sua resolução fornece garantia ao particular. O descumprimento da obrigação de

Juan Antonio. El retraso de la Administración y el silencio administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 51, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 303-318, sep./dic. 1966. p. 304.

<sup>1565</sup> SÁINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, Federico Carlos. El llamado “silencio administrativo”: un escandalo en el Estado de Derecho. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)**: estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Madrid: Civitas, 1993. p. 621-623.

<sup>1566</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso. **Revista de Administración Pública**, nº 47, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 207-228, may./ago. 1965. p. 215.

<sup>1567</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 92; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso... *Op. Cit.*, p. 211-212; GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración... *Op. Cit.*, p. 265; GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. **El silencio administrativo...** *Op. Cit.*, p. 64-65.

<sup>1568</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El silencio administrativo y los interesados que no incoaran el procedimiento administrativo... *Op. Cit.*, p. 242; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo...** *Op. Cit.*, p. 24; GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración... *Op. Cit.*, p. 274.

<sup>1569</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos. **Revista del Poder Judicial**, nº 53, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 309-324, ene./mar. 1999. p. 323.

<sup>1570</sup> A análise dos prós e contras da técnica do silêncio positivo tratada na Lei de Processo Administrativo alemã é realizada por: MARRARA, Thiago. A “autorização fictícia” no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, nº 251, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 201-211, maio/ago. 2009.

<sup>1571</sup> BAÑO LEÓN, José Maria. El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica. In: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.). **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI**: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. t. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 1345.

decidir não elimina a sua vigência.<sup>1572</sup> Caso a demanda judicial tenha sido proposta com o escopo específico de condenar o Poder Público a dar uma resposta ao pedido administrativo e, antes do seu julgamento, for proferida a decisão expressa, o processo perderá o seu objeto e deverá ser extinto.

Tal racionalidade poderia ser benéfica nos países em que a jurisdição encarregada de julgar as ações que envolvem a Administração ostentava essa função restritíssima de apenas rever os atos do Estado, sem poder condená-lo a uma obrigação de fazer ou lançar mão de provimentos jurisdicionais de ordem mandamental ou executiva. Não é, porém, o caso brasileiro, que conta com um equipado sistema processual para controlar judicialmente os comportamentos administrativos, sejam eles comissivos ou omissivos, de forma preventiva ou repressiva, individual ou coletiva, mediante sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas, visando à obtenção de qualquer uma das tutelas do direito material (inibitória, de remoção do ilícito, específica, ressarcitória na forma específica ou ressarcitória pelo equivalente pecuniário).<sup>1573</sup> Por esse motivo, reconhecer no Direito pátrio efeitos negativos ao silêncio administrativo *para fins processuais* é o mesmo que nada, pois com essa consequência ou sem ela o descumprimento do prazo legal pela Administração já autoriza o juiz, com bastante tranquilidade, a condená-la a resolver explicitamente o processo administrativo, sob pena de sofrer a aplicação dos diversos meios coercitivos dispostos da legislação processual civil. Em solo nacional, o instituto não seria um remédio, tal como se pretendia em sua gênese, mas sim um placebo, imprestável para curar a patologia da inatividade administrativa.

Frente a todas as incumbências que competem à Administração contemporânea, de agir eficazmente, intervir nas relações sociais para a promoção da justiça material, servir ao interesse público estampado no ordenamento jurídico, a atribuição de consequências denegatórias ao seu silêncio “aparece como uma grave incongruência, como um curioso sem sentido”.<sup>1574</sup> Há que se concordar com Alejandro Nieto, segundo o qual “o ordenamento jurídico não pode consentir que a Administração, com o torpe arbítrio de não atuar, burle as garantias legais em prejuízo acumulado do interesse público, da confiança que nela depositaram os cidadãos e, enfim, do patrimônio jurídico destes”.<sup>1575</sup> No sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento de efeitos negativos ao silêncio administrativo não tem nada de garantista aos indivíduos. Ao revés: manifesta-se como uma solução bastante confortável concedida à Administração para deixar de obedecer às suas obrigações.<sup>1576</sup>

No caso da tutela administrativa dos direitos fundamentais sociais, essa natureza nociva do silêncio negativo se mostra ainda mais notória: ele opera como uma decisão que, *in dubio*, resolve em prol da pessoa jurídica estatal e em detrimento da dignidade da pessoa humana. Ou seja: entre o interesse *público* (primário, da coletividade, composta por seres humanos) e o interesse *privado* (secundário, exclusivamente pessoal do ente estatal), o que prevalece é o

<sup>1572</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. El silencio administrativo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)**: estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Madrid: Civitas, 1993. p. 564; 570; GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración... *Op. Cit.*, p. 267.

<sup>1573</sup> Ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>1574</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Silencio de la Administración y plazos de caducidad...** *Op. Cit.*, p. 62-63.

<sup>1575</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 11-64, 1986. p. 26.

<sup>1576</sup> BAÑO LEÓN, José Maria. El silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 1343.

segundo, violando o princípio constitucional da supremacia do interesse público (desde que bem compreendido o seu sentido).<sup>1577</sup>

Essa solução é extremamente prejudicial aos direitos humanos, uma vez que: (i) ao invés de gerar uma sanção drástica à conduta ilícita e omissiva da Administração, ela *funciona paradoxalmente como um prêmio à infração cometida pelo Poder Público*,<sup>1578</sup> que não será prontamente obrigado a despende um centavo do erário para satisfazer o direito do cidadão, ao menos até que sobrevenha (e *se sobrevier*) uma ordem judicial; (ii) permite que *o Estado se exima do dever de motivar os seus atos*, aceitação absolutamente inconstitucional e ilegal,<sup>1579</sup> notadamente quando são afetados direitos e interesses do cidadão, diante da violação à previsão expressa do art. 50, I da Lei nº 9.784/99 e ao princípio da motivação, dedutível do princípio da publicidade inscrito no art. 37, *caput* da Constituição; (iii) gera *um ônus enorme para o interessado*, que se verá obrigado a enfrentar a hercúlea batalha de ingressar na arena do Poder Judiciário, encarando obstáculos burocráticos e financeiros para obter a tutela de um direito que a Constituição lhe reconhece e que a Administração lhe deveria conceder espontaneamente.

Diante dessas deficiências da técnica do silêncio ensejador de efeitos negativos, passa a ser colocada em xeque a sua condição de alternativa realmente favorável ao indivíduo. Em países como a Espanha, por exemplo, o instituto do silêncio negativo entra em crise quando se dissipam as causas que justificaram a sua origem – marcadamente: o caráter meramente revisor da jurisdição contencioso-administrativa.<sup>1580</sup> Começa a entrar em cena o silêncio *positivo*, com a introdução, no plano legislativo, de normas que atribuem à falta de decisão estatal tempestiva no processo administrativo efeitos equivalentes aos produzidos por um ato de deferimento do pedido. Vale dizer: passado o lapso temporal fixado em lei para a Administração resolver o feito, considera-se deferido o pleito do particular. A Lei nº 4/1999 do Reino da Espanha estabelece como regra geral o silêncio *positivo*, determinando que o silêncio se opera automaticamente a partir do momento em que transcorre *in albis* o prazo legalmente previsto para o ente administrativo decidir expressamente. Essa espécie de silêncio gera um ato administrativo presumido. De acordo com a lei, se a Administração Pública deliberar posteriormente por exarar decisão no processo, ela só poderá fazê-lo para confirmar a concessão da petição, não podendo praticar um ato denegatório naquele mesmo processo.<sup>1581</sup> É diferente do que ocorre com o silêncio *negativo*, que se trata simplesmente de uma ficção legal que habilita o particular a propor uma medida judicial, de modo que se a Administração, *a posteriori*, vier a cumprir a sua obrigação de resolver o processo, ela não estará vinculada ao efeito denegatório que se atribuiu à sua omissão e poderá deferir o requerimento.<sup>1582</sup>

O regime jurídico do silêncio *positivo* difere daquele conferido ao silêncio *negativo*, ostentando algumas peculiaridades. Primeiramente, para que se desencadeiem os efeitos positivos, é necessário que a pretensão deduzida pelo cidadão encontre amparo no ordenamento

<sup>1577</sup> Ver Parte II, Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.2.

<sup>1578</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Silencio de la Administración y plazos de caducidad...** *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>1579</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Regime jurídico das licenças.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 174.

<sup>1580</sup> BAÑO LEÓN, José Maria. El silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 1343.

<sup>1581</sup> O legislador, nesse ponto, acompanhou posições doutrinárias que já defendiam anteriormente essa medida para as hipóteses de silêncio positivo, como é o caso de: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso... *Op. Cit.*, p. 224.

<sup>1582</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos... *Op. Cit.*, p. 313-314.

jurídico, não sendo admitido o deferimento presumido de pleitos ilícitos ou inconstitucionais.<sup>1583</sup> Isto é: não há silêncio positivo *contra legem*. Além disso, a lei espanhola impõe a obrigação de a Administração publicizar e manter atualizadas as relações de processos administrativos com a indicação dos seus prazos máximos de duração e dos efeitos que serão produzidos pelo silêncio administrativo (pois embora a regra geral seja a do silêncio positivo, em casos previstos por normas legais ou de Direito Comunitário as consequências poderão ser denegatórias). Recai também sobre o Poder Público, por força da Lei nº 4/1999, o dever de informar o cidadão interessado sobre esses dados (prazo máximo legalmente traçado e consequências do silêncio no seu processo em concreto).<sup>1584</sup>

O silêncio positivo logicamente não se opera se a demora da Administração em decidir o processo decorrer de causas provocadas pelo próprio peticionário.<sup>1585</sup> Porém, caso a inércia seja devida exclusivamente ao Estado, o ato presumido produzirá seus efeitos a partir do instante em que vencer o prazo temporal de que dispunha o Poder Público para resolver expressamente o expediente, e o seu decurso sem resposta poderá, de acordo com o que dispõe a lei espanhola, ser comprovado mediante qualquer prova admitida em Direito.<sup>1586</sup>

Como o silêncio positivo faz nascer um ato administrativo propriamente dito – o qual, embora presumido, enseja as mesmas consequências dos atos expressos – cujo conteúdo amplia a esfera jurídica do cidadão, para extingui-lo a Administração se depara com os mesmos limites antepostos ao desfazimento dos atos administrativos expressos garantidores de direitos (v.g., dever de instaurar previamente processo administrativo, assegurando ao interessado o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa). Caso edite posteriormente ato de conteúdo contrário ao produzido pelo silêncio, estará revogando o ato presumido anteriormente configurado, submetendo-se, portanto, às restrições que o sistema normativo fixa para esse tipo de prática. A lei, nesse ponto, incorporou o entendimento externado por autores como Eduardo García de Enterría, que muito antes da promulgação desse diploma já defendia que “a Administração não pode em nenhuma de suas esferas desconhecer, contradizer, nem alterar, mediante a emanção de um ato posterior expresso, a situação jurídica consolidada ao amparo do tácito originário”, pelo fato de que o “conjunto de faculdades que para o administrado derivam das autorizações *ex lege* que ele [ato tácito] implica gozam de idênticas garantias de estabilidade e permanência que se houvessem sido outorgadas de modo explícito”.<sup>1587</sup>

Observados os traços gerais que regem o silêncio *positivo* em um sistema que o acolhe como regra geral, cumpre verificar os prós e contras dessa decisão tomada pelo legislador espanhol. O objetivo de se atribuir efeitos positivos ao silêncio consiste em fomentar uma Administração mais ágil, eficaz e eficiente, apta a responder às demandas dos cidadãos. Para Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, esse artifício “é dinamizador da atividade administrativa e coadjuva convenientemente a que a Administração cumpra com a obrigação de resolver”.<sup>1588</sup> Ele

<sup>1583</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. El procedimiento administrativo en España. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXXIV, nº 409, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 155-176, oct. 2012. p. 164.

<sup>1584</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos... *Op. Cit.*, p. 320.

<sup>1585</sup> GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración... *Op. Cit.*, p. 284.

<sup>1586</sup> GARCÍA PÉREZ, Marta. El régimen jurídico del silencio administrativo en España... *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>1587</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso... *Op. Cit.*, p. 226; Na mesma esteira: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo...** *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>1588</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos... *Op. Cit.*, p. 315-318.



acaba por incentivar o Poder Público a resolver de modo expresse e dentro do prazo legal para evitar que o particular seja legitimado pelo transcurso do tempo a exercer os seus direitos sem o aval explícito do Estado.<sup>1589</sup> Parece não haver dúvidas de que o silêncio positivo é a alternativa que mais beneficia o cidadão,<sup>1590</sup> porque muito embora em alguns casos ela não resolva inteiramente o problema da inatividade, conforme se verá a seguir, quando se trata da fruição de um direito que dependa apenas de uma declaração ou licença da Administração a criação de um ato presumido em decorrência do silêncio será extremamente favorável ao indivíduo.

Há, de outra parte, argumentos contrários ao acolhimento do silêncio positivo como regra geral em um ordenamento jurídico. O primeiro defeito que se costuma relacionar a essa técnica diz com os riscos que ela pode acarretar ao interesse público. Aduzem alguns autores que, sendo produzidos efeitos *ex lege* de outorga de direitos sem decisão expressa do Estado, “a vontade da Administração seria substituída, por força da lei, pela vontade de um particular. Desta sorte a gestão da coisa pública, em caso de apatia ou passividade administrativa, quedaria à mercê dos particulares. A pretensão mais disparatada e prejudicial poderia converter-se em ato administrativo em virtude da doutrina do silêncio”.<sup>1591</sup> Juan Alfonso Santamaría Pastor chega a afirmar que o silêncio positivo “se apresenta como um convite ao caos social”.<sup>1592</sup> Na mesma senda, Fernando Garrido Falla entendia ser algo indiscutível que tal solução “é logicamente absurda e que, ademais, pode conduzir a prejuízos irreparáveis para a Administração Pública”, pois bastará “a negligência ou falta de zelo dos funcionários administrativos para que os particulares se convertam em administradores; qualquer petição, inclusive a mais absurda, de um particular, pode converter-se em um título jurídico a seu favor, pelo só fato de que um prazo transcorreu”.<sup>1593</sup>

Tal argumento sugere, portanto, que o artifício do silêncio positivo produz uma tensão entre interesse público e interesse privado que nem sempre acaba bem resolvida. Parte da doutrina aponta existirem situações em que o silêncio positivo pode produzir resultados nefastos, notadamente quanto às atividades que dependem apenas de uma autorização do Poder Público e cuja prática venha a se desenvolver sem a necessária fiscalização estatal, ofendendo bens juridicamente protegidos (v.g., meio-ambiente) e direitos de terceiros (v.g., processos competitivos ou concorrenciais).<sup>1594</sup> É nesse sentido que Luciano Parejo Alfonso se refere ao silêncio *positivo* como uma aporia, já que a Administração, que deveria ser a responsável por decidir *previamente* a respeito da compatibilidade do pleito do particular com o interesse público (que a ela incumbe tutelar), converte-se em uma mera controladora ou revisora de atos produzidos automaticamente por força da lei, cabendo-lhe eliminar a situação criada em

<sup>1589</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo...** *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>1590</sup> BOLEA FORADADA, Juan Antonio. El retraso de la Administración y el silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 311.

<sup>1591</sup> BOQUERA OLIVER, José María. Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 30, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 85-194, sep./dic. 1959. p. 91.

<sup>1592</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 107-120, 1986. p. 110.

<sup>1593</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 99.

<sup>1594</sup> AGUADO Y CUDOLÀ, Vincenç. **Silencio administrativo e inactividad...** *Op. Cit.*, p. 135; 427-428.

contrariedade ao interesse geral. A solução propiciaria, assim, a prevalência do interesse privado em detrimento do público, em prejuízo à coletividade.<sup>1595</sup>

Uma segunda alegação refratária à atribuição de efeitos positivos ao silêncio é a de que nem mesmo para o particular a medida seria benéfica, por colocá-lo em uma situação de grave insegurança jurídica, já que ele ficaria sempre na dúvida a respeito da coincidência entre o seu juízo sobre a legalidade do seu pedido e a opinião da Administração Pública a esse respeito. É a posição de Santamaría Pastor, para quem o silêncio positivo, de feição enganosamente mais benéfica que o negativo, transforma-se em “uma armadilha gigantesca, que converte o cidadão submetido a ela em um ser em condição bastante pior que os restantes, sujeitos à fórmula do silêncio negativo”, pelo fato de que, embora esse último não conceda nada ao postulante, “tampouco o outorga o silêncio positivo, na medida em que a qualquer momento pode recair validamente uma resolução denegatória”. Entende o autor que enquanto no caso do silêncio negativo o particular que não obteve a resposta pode recorrer aos tribunais, nas hipóteses de silêncio positivo ele é afetado por uma “altíssima dose de insegurança”, porquanto não saberá se depois a Administração Pública manterá o ato presumido ou não.<sup>1596</sup>

A terceira razão que, para alguns, desaconselharia a adoção do sistema de silêncio positivo seria a sua escassa utilidade. Costuma-se dizer que o silêncio positivo é solução de pouca eficácia prática no que tange às atividades prestacionais da Administração Pública, pois de nada adianta presumir-se o reconhecimento do direito se o Estado não o executa e não fornece ao particular as prestações materiais de que ele necessita.<sup>1597</sup> O cidadão não teria como obrigar o Poder Público a cumprir a determinação constante do ato presumido,<sup>1598</sup> e então se veria impelido a propor uma ação de conhecimento (e não de execução) perante a jurisdição para obter a sua tutela, de nada adiantando a outorga tácita do direito sem a previsão de meios para assegurar sua satisfação. Seria, então, um caso de silêncio negativo disfarçado, vez que embora se afirmasse positivo, obrigaria o titular do direito a buscar a sua proteção no âmbito jurisdicional tal como se os efeitos do silêncio fossem denegatórios.<sup>1599</sup>

Vistas as diversas questões que envolvem os efeitos do silêncio da Administração em responder dentro do prazo legal as demandas que lhe são formuladas, impende verificar qual a solução a ser empregada no Direito brasileiro quando se estiver em jogo um processo administrativo reivindicatório de tutela de direitos fundamentais sociais.

No Brasil, a questão da ausência de decisão explícita do Poder Público dentro do lapso temporal fixado em lei para resolver o processo pode ser explicada da seguinte forma: (i) não há uma regra geral que disponha sobre o significado jurídico do silêncio da Administração, podendo o tema ser regulado pelas legislações próprias de cada ente federativo (sejam elas gerais ou específicas para determinadas atividades estatais); (ii) se a lei *conferir expressamente* efeitos positivos ou negativos ao silêncio, eles deverão ser observados, e, se não o forem, o interessado poderá exigir judicialmente o seu cumprimento; (iii) se a lei *não estipular expressamente* as suas consequências jurídicas, a única forma usualmente indicada pela doutrina para solucionar o

<sup>1595</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación. In: PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.). **El silencio en la actividad de la Administración Pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 24.

<sup>1596</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo... *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>1597</sup> MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. **El deber de hacer de la Administración**: supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional. San José: IJSA, 2009. p. 137.

<sup>1598</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 99; BOQUERA OLIVER, José María. Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>1599</sup> AGUADO Y CUDOLÀ, Vincenç. **Silencio administrativo e inactividad...** *Op. Cit.*, p. 355.

problema é recorrer ao Poder Judiciário, que está autorizado a corrigir não apenas condutas antijurídicas comissivas, mas também omissivas; (iv) nesse último caso: (iv.i) sendo a competência *vinculada*, o juiz poderá substituir a decisão administrativa por um provimento jurisdicional, que outorgue ao cidadão o bem da vida por ele pretendido, seja condenando o Estado a fazê-lo diretamente, seja obrigando-o a custear a satisfação do direito a ser atendida por um particular, quando a primeira opção não for possível; (iv.ii) sendo a competência *discricionária*, caberá ao juiz assinalar prazo para forçar a Administração a exercer o seu juízo discricionário e prolatar a decisão expressa que mais se ajuste ao interesse público, podendo empregar medidas coercitivas de natureza mandamental<sup>1600</sup> (v.g., imposição de multa diária, decretação de prisão por crime de desobediência,<sup>1601</sup> etc.) para garantir a observância de ordem judicial.<sup>1602</sup>

Como se disse, não há no Direito positivo brasileiro uma norma que atribua, de forma geral a todas as Administrações Públicas, efeitos positivos ou negativos ao silêncio. O que existem são leis específicas que adotam uma ou outra solução para atividades setorizadas do Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal. Remete-se aqui ao estudo elaborado por André Saddy, que explorou inúmeros casos de legislações vigentes no Brasil que regem o tema e parece tratar-se atualmente da investigação mais abrangente acerca do assunto.<sup>1603</sup> Diante disso, importa saber se a busca da tutela judicial é a única saída que resta ao particular nos casos em que se configura o silêncio administrativo sem que a lei discipline os seus efeitos, e a Administração deixa de satisfazer o direito fundamental social postulado sem que disso possam ser extraídas consequências em favor do seu titular. Em outras palavras: será que é possível propor, *de lege ferenda*, alguma solução suscetível de prestigiar o direito à tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais nas situações em que se opera o silêncio administrativo ou não haverá alternativa ao cidadão senão submeter-se ao martírio de bater às portas do Poder Judiciário?

A doutrina não pode resignar-se com a falta de clareza ou atuação inadequada do legislador. Está, no rol de suas missões, a tarefa de revirar o ordenamento jurídico até encontrar as alternativas mais ampliativas dos direitos fundamentais do cidadão, abrindo caminhos para a jurisprudência e servindo de inspiração para o próprio Poder Legislativo rever a tratativa de algumas questões, para que elas se afinem ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais da República. Vale-se aqui da constatação de Alejandro Nieto, quando observa que “a árvore jurídica está sobrecarregada – e às vezes asfixiada – de ramos mortos, que o tradicionalismo impede de eliminar. Em todas as direções obstruem o caminho velhos mitos vazios de conteúdo”. Em tais casos, é de costume a doutrina criticar a forma como

<sup>1600</sup> A propósito dos meios admitidos no Direito Processual Civil brasileiro, ver: TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>1601</sup> Sobre a polêmica a respeito do cabimento dessa medida, conhecida como *contempt of court*, ver: GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 393-301.

<sup>1602</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 420; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O silêncio da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, Fórum, p. 55-75, abr./jun. 2013. p. 73.

<sup>1603</sup> SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, nº 25, Belo Horizonte, Fórum, p. 45-80, abr./jun. 2009.

determinado assunto foi (ou deixou de ser) disciplinado e lamentar com um suspiro que nada possa ser feito a respeito, porque algum dogma emperra a adoção de solução diversa.<sup>1604</sup>

Talvez se esteja vivenciando essa situação no Brasil no que tange à temática do silêncio administrativo. Não há um autor que festeje o impasse causado pela ausência de decisão tempestiva e célere em um processo administrativo iniciado pelo particular. Todos lastimam a existência de tais situações. Mas em geral – salvo exceções, como é o caso de Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>1605</sup> – recusam a ideia de que possam ser deduzidos efeitos positivos do silêncio da Administração em hipóteses em que a lei não os preveja explicitamente. Nunca é demais lembrar que a técnica do silêncio administrativo, ainda que com efeitos negativos, nasceu em alguns países no ambiente doutrinário – daí ser chamada, por vezes, de “doutrina do silêncio administrativo”<sup>1606</sup> – para só depois vir a ser introduzida formalmente na legislação.

Quiçá a resposta a esse problema não resida na lei, mas em parâmetros superiores do sistema normativo, como nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição e nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais, cujo teor axiológico, como já se viu, faz espargir uma eficácia irradiante a toda a ordem jurídica, condicionando e guiando a interpretação dos Poderes Públicos na aplicação das normas constitucionais, legais e administrativas. Calha trazer à baila as palavras de Eduardo García de Enterría, quando adverte que confundir ordenamento jurídico com lei formal “equivale a incorrer em um positivismo superado e olvidar que o jurídico não se encerra e circunscreve às disposições escritas, mas se estende aos princípios e à normatividade imanente à natureza das instituições”. E por isso, o Direito Administrativo e seu sistema de garantias “não pode evoluir por saltos legislativos, mas sim pela lúcida e constante obra de uma jurisprudência com espírito criador, crente e entusiasta em seu próprio labor”, do qual muitas vezes depende “a sociedade atual e a causa da Justiça e do Direito”.<sup>1607</sup>

Não há dúvidas de que o silêncio da Administração configura uma infração jurídica por omissão. O problema está em identificar qual é a *consequência jurídica* que deve ser cominada a essa espécie de ilícito administrativo. A sanção disciplinar ao agente omissor é imprescindível, mas totalmente insuficiente, uma vez que ela ocorre fora da relação jurídica na qual foi praticada a infração.<sup>1608</sup> Há que se procurar outras implicações que não premiem a Administração (tal como o faz o silêncio negativo) e que sejam favoráveis ao particular prejudicado. E a busca por esses efeitos jurídicos não deve ser realizada de forma isolada a partir da leitura de um ou outro dispositivo legal específico. Ela deve ser feita mediante uma interpretação sistemática de todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional.<sup>1609</sup>

A resposta para essa problemática deve ser perquirida nos princípios jurídicos que incidem sobre a atividade administrativa, somados à resposta que o sistema expressamente dá ao descumprimento dos prazos legais pelos particulares. Qual é o efeito jurídico atribuído à inércia do indivíduo em impugnar judicialmente, dentro do prazo legal, as violações à sua esfera jurídica praticadas pela Administração? A prescrição do seu direito de corrigi-las mediante a propositura

<sup>1604</sup> NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo... *Op. Cit.*, p. 77-78; 82.

<sup>1605</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 138-139. A posição do autor será apresentada mais adiante.

<sup>1606</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo... *Op. Cit.*

<sup>1607</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso... *Op. Cit.*, p. 216.

<sup>1608</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Silencio de la Administración y plazos de caducidad...** *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>1609</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. *Idem*, p. 74-75.

de ação judicial. Seu silêncio equivale a um *consentimento* que, transcorrido o lapso temporal legalmente fixado, não poderá mais ser revisto.<sup>1610</sup> Cuida-se, como se vê, de uma sanção jurídica gravíssima. Dessa forma, os prazos não podem ser obrigatórios só para os particulares: eles também devem sê-lo para a Administração.<sup>1611</sup>

Recorde-se aqui, na esteira do que ressalta Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, que a inatividade administrativa é o maior obstáculo para a efetivação dos direitos fundamentais no Estado Social de Direito, que reclama atuações prestacionais da Administração Pública.<sup>1612</sup> Portanto, o silêncio do Poder Público no marco de um processo administrativo fere letalmente a integridade jurídica de direitos fundamentais cuja tutela é requerida perante a Administração.<sup>1613</sup> Não se trata de situação de menor importância. Muito pelo contrário: representa a espécie de comportamento que mais deslegitima o exercício do poder político em um Estado de Direito que se pretenda social e democrático. Cuida-se de conduta imoral, lesiva à boa-fé do cidadão, traidora da confiança por ele depositada na Administração, contrária aos princípios da eficiência e da segurança jurídica que norteiam a atividade administrativa, enfim, afrontosa aos pilares constitucionais mais elementares que oferecem sustentação à própria existência do Estado.

Se a Administração agiu fora dos trilhos da lei e o cidadão pretende prosseguir caminhando sobre eles, singrando o caminho por ela traçado para satisfazer um direito fundamental, por qual razão se justificaria proteger a inércia antijurídica do Estado e torturar o direito do cidadão à certeza jurídica, negando-lhe a concessão de sua pretensão como decorrência da inatividade administrativa? Lembre-se que antes da promulgação da Lei nº 9.784/99 autoras como Weida Zancaner<sup>1614</sup> e Angela Cassia Costaldello<sup>1615</sup> já defendiam de *lege ferenda* a solução jurídica da manutenção dos atos *ilegais* ampliativos de direitos, baseadas nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, medida que acabou sendo contemplada pelo legislador. Do mesmo modo, pode-se sustentar a concessão de efeitos positivos ao silêncio em matéria de direitos fundamentais sociais, ainda que sem previsão legal expressa. E o prazo logicamente tem que ser mais curto do que 5 anos, uma vez que esse grande elástico se justifica no caso da decadência da pretensão anulatória porque se trata de estabilizar uma situação contrária ao Direito, ao passo que na hipótese em questão se trata de uma situação respaldada pelo sistema normativo. Para identificar o início da produção de efeitos positivos, deverá ser considerado o prazo legalmente previsto para a Administração decidir. Tratando-se de ente federativo que não possua lei versando sobre a matéria, aplicar-se-á analogicamente o prazo de trinta dias a partir da instrução do processo, estampado no art. 49 da Lei nº 9.784/99.

Por todas essas razões, embora haja no Direito Processual brasileiro remédios processuais de cunho judicial para combater o silêncio administrativo, parece ser necessário construir soluções que homenageiem o direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Como se tem defendido nesta tese, ele confere ao cidadão o direito de *receber da Administração Pública, em prazo razoável, uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus*

<sup>1610</sup> GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración... *Op. Cit.*, p. 266-267.

<sup>1611</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Silencio de la Administración y plazos de caducidad...** *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>1612</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos... *Op. Cit.*, p. 310.

<sup>1613</sup> LISA, Federico José. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo... *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>1614</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. A primeira edição da obra é de 1990.

<sup>1615</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé.** Curitiba, 1998. 164 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

*direitos*. Se ele for transgredido, não sendo proporcionada a proteção espontânea e em prazo razoável da sua esfera jurídica, é preciso formular mecanismos que possam favorecer a tutela dos direitos do cidadão sem a necessidade de lançar mão dos instrumentos judiciais. Há situações de inatividade administrativa, como se verá logo mais, que não terão como ser completamente resolvidas sem o recurso ao Poder Judiciário. Entretanto, há outras hipóteses em que a tutela do direito fundamental poderia ser concedida se ao silêncio administrativo fossem conferidos efeitos positivos, consistentes na concessão do direito requerido pelo peticionário.

Nessa linha, a proposta aqui defendida é a de que *por força dos direitos fundamentais à razoável duração do processo e à tutela administrativa efetiva, bem como dos princípios constitucionais da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da eficiência administrativa, deverão ser reconhecidos efeitos positivos ao silêncio da Administração em apreciar, dentro do prazo legal, pedidos cuja apreciação seja necessária ao exercício de direitos fundamentais sociais, desde que observados os seguintes requisitos: (i) tratar-se de uma pretensão jurídica jusfundamental à qual o ordenamento jurídico confira dimensão subjetiva, autorizando a sua exigibilidade perante o Estado; (ii) apresentar-se petição formulada de forma congruente, com toda a documentação pertinente e dirigida ao órgão competente; (iii) terem sido observados, pelo interessado, os trâmites legalmente previstos.*

Mencionem-se dois exemplos ligados ao direito fundamental à moradia. O primeiro deles consiste no pedido de concessão de licença urbanística edilícia, deduzido pelo indivíduo em face da Administração Pública municipal para a construção de sua habitação. Enquanto perdurar o silêncio do órgão municipal competente para apreciar o requerimento, o cidadão se verá impedido de exercer plenamente o seu direito social à moradia. Caso inexista lei municipal atribuindo efeitos ao silêncio em tais situações, seria muito favorável ao postulante o reconhecimento de efeitos positivos à falta de resposta estatal.<sup>1616</sup> Eles se operariam a partir do dia seguinte ao término do prazo legal fixado pela legislação municipal para a Administração resolver o processo, ou, caso tampouco exista a previsão legal desse prazo, seria aplicável por analogia o prazo de trinta dias após a instrução do feito, estipulado pelo art. 49 da Lei nº 9.784/99. A aceitação desse entendimento pouparia o indivíduo de ter que propor ação judicial para ver satisfeito o seu direito à obtenção da licença para construir, essencial à fruição do seu direito fundamental à moradia.

Outra hipótese seria a de um requerimento de concessão de uso especial de bem público para fins de moradia, já citada em outra passagem deste estudo e consagrada pela Medida Provisória nº 2.220/01.<sup>1617</sup> A família que se encontrasse morando irregularmente em um imóvel público e preenchesse as condições exigidas pelo art. 1º do aludido diploma normativo apresentaria o pedido à Administração e aguardaria a sua apreciação. A própria Medida Provisória nº 2.220/01 fixa no art. 6º, §1º um prazo para que seja prolatada a decisão: doze meses, contados da data do protocolo. Sem entrar aqui no mérito da duvidosa constitucionalidade do dispositivo que estabelece esse prazo, que parece malferir o direito fundamental à razoável duração do processo administrativo (art. 5º, LXXVIII, CF), uma vez ultrapassado esse

<sup>1616</sup> Sobre o tema, ver: PIRES, Luis Manuel Fonseca. Licenças urbanísticas e o silêncio administrativo: as tutelas judiciais possíveis diante da omissão da Administração Pública. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, nº 28, Belo Horizonte, Fórum, p. 3474-3484, jul./ago. 2006; FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. O silêncio administrativo: consequências jurídicas no Direito Urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor. **Fórum Administrativo**, nº 64, Belo Horizonte, Fórum, p. 7394-7402, jun. 2006.

<sup>1617</sup> Ver maiores explicações sobre o instituto na Parte II, Capítulo 7, item 7.1, subitem 7.1.2, ponto (a.3), (ii) segunda questão.

extensíssimo lapso temporal o direito a uma tutela administrativa efetiva impõe o reconhecimento de efeitos positivos ao silêncio da Administração, havendo de ser considerado deferido o pleito do particular e outorgada a concessão de uso especial para fins de moradia. O particular, demonstrando documentalmente o protocolo do seu pedido instruído com todos os documentos necessários, poderá ter acesso a serviços públicos de fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, telefonia fixa, entre outros, pois será titular de um título jurídico – conferido tacitamente – que regulariza a sua posse do imóvel.

Em que pese a posição de parcela da doutrina de que só se podem emprestar efeitos positivos ao silêncio em hipóteses expressa e taxativamente previstas por lei,<sup>1618</sup> entende-se que na atual quadra do constitucionalismo essa consequência jurídica pode ser arrancada diretamente da Constituição *em determinados casos*, como nos que envolvem os direitos fundamentais sociais. Não se está aqui sustentando que a regra geral no Direito brasileiro, mesmo à ausência de lei, seja ou deva ser a do silêncio positivo. São pertinentes a esse respeito as considerações tecidas por Luciano Parejo Alfonso, para quem a generalização ou universalização do silêncio positivo o transforma em um “caminho sem saída”, porque ao reduzir a ação administrativa em um sistema binário que resolva qualquer hipótese mediante o recurso ao “sim”/“não” acaba por eliminar outras vias adequadas “para o tratamento da complexa, heterogênea e proteica matéria administrativa”.<sup>1619</sup> O autor, após criticar a adoção generalizada da técnica do silêncio positivo na Espanha (mas não a sua existência), sugere que o ideal seria aplicá-la só em casos excepcionais taxativamente previstos pela lei formal, relativos a matérias específicas cujas características permitam predeterminar no plano normativo qual a melhor resolução para a tensão entre interesse geral e interesse particular. Isso ocorrerá, segundo o autor, quando se tratar de uma posição jurídica na qual a ordem constitucional investe o cidadão – como os direitos fundamentais – e nos âmbitos de intervenção administrativa rigorosamente vinculada (situações que se esgotam no modelo de aplicação da norma pela via da subsunção ao caso concreto).<sup>1620</sup>

É claro que o ideal seria que o legislador brasileiro previsse o reconhecimento de efeitos positivos ao silêncio administrativo em caso de pedidos envolvendo a tutela de direitos fundamentais sociais. A solução propiciaria uma segurança jurídica muito maior para o cidadão e portanto esse seria o caminho mais acertado. O que não parece, no entanto, é que a doutrina deva conformar-se com a falta de uma medida legal dessa ordem e continuar aceitando que *para o cidadão* o descumprimento do prazo é *fatal*, sendo sancionado com a impossibilidade de ulterior reivindicação do seu direito, e *para a Administração* ele é meramente *indicativo*, sendo apresentado com uma negativa tácita que exime o Poder Público até dos deveres legais de motivar a rejeição da pretensão e de ditar resolução expressa. Essa forma de encarar o problema é inaceitável em um Estado Social e Democrático de Direito.

A doutrina do Direito Administrativo já vem se insurgindo contra o reconhecimento de efeitos negativos e não positivos ao silêncio administrativo, nos casos de petições formuladas pelos particulares. De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, nas hipóteses em que a competência administrativa para conceder ou não o direito é *vinculada*, “o silêncio da Administração deve adquirir um sentido positivo, ou seja, implicar concordância porque não há

<sup>1618</sup> BOQUERA OLIVER, José María. Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 95; 98; GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración... *Op. Cit.*, p. 264; GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 88.

<sup>1619</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación... *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>1620</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Idem*, p. 29-30.

alternativa para o poder público a não ser a de praticar o ato administrativo nos moldes da lei”. Aduz então o autor: “em se tratando da omissão de atos administrativos vinculados, defende-se que o cidadão/administrado possa exercer diretamente o direito subjetivo mesmo sem pronunciamento jurisdicional”.<sup>1621</sup> Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari também manifestam preferência pela atribuição de consequências positivas à omissão em decidir o processo: “o silêncio da Administração deve ter o sentido de decisão favorável ao interessado, dado que não se podem presumir nem a má-fé nem a ilicitude da postulação”.<sup>1622</sup>

Certamente surgirão posições contrárias à que aqui se sustenta. Foram vistos acima os argumentos avessos à técnica do silêncio positivo. Poderia alguém afirmar que reconhecer efeitos positivos ao silêncio administrativo geraria uma grave insegurança jurídica. Ocorre que quando se faz o contrário, conferindo-lhe efeitos negativos, a segurança que se proporciona é em favor de uma Administração infratora,<sup>1623</sup> que descumpriu o seu dever de decidir dentro do prazo legalmente assinalado para fazê-lo, em detrimento da segurança jurídica do cidadão que formulou adequadamente o seu pedido e titulariza um direito fundamental, cuja satisfação se encontra na dependência de uma decisão administrativa que nunca chega. É muito maior a incerteza do particular que não recebe resposta à sua petição do que a sua insegurança de não saber se, uma vez produzido silêncio, posteriormente a Administração irá cassar o seu direito.

O argumento *ad terrorem* segundo o qual o silêncio positivo geraria um “caos social”<sup>1624</sup> e compactuaria com a concessão tácita de “qualquer petição, inclusive a mais absurda”<sup>1625</sup> tampouco procede. Só será considerado outorgado o direito, mercê da produção de efeitos positivos do silêncio, quando o pedido estiver ancorado no ordenamento jurídico, tal como ocorre no Direito Administrativo espanhol por expressa previsão legal. Deverá tratar-se de uma *pretensão jurídica jusfundamental*, cuja dimensão subjetiva autorize a sua *exigibilidade* perante o Estado. Se o particular entender que ostenta o direito, começar a exercitá-lo e a Administração posteriormente verificar que a sua pretensão não procedia, ela haverá de anular os efeitos jurídicos desencadeados pelos atos do indivíduo que acreditava, inadvertidamente, estar autorizado para exercer o seu direito. A situação será similar à que ocorre – e como se sabe, acontece o tempo todo – quando a pessoa, sem ter obtido a autorização do Poder Público, passa a desempenhar ilicitamente uma atividade que dela dependia.

Há que se lembrar, sobre esse aspecto, que tamanho é o problema de se deixar o cidadão em uma situação de incerteza permanente que o legislador chegou a positivizar a norma segundo a qual o decurso do tempo, para assegurar a certeza jurídica ao indivíduo, chega a fazer decair o direito da Administração de desfazer seus próprios atos, ainda que eivados de nulidade (art. 54 da Lei nº 9.784/99). Ou seja, a segurança jurídica chega a afastar o próprio princípio da legalidade, sendo o decurso do tempo um elemento essencial para tanto. Ora, se se admite que o

<sup>1621</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 138-139.

<sup>1622</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 67. Os autores, embora apontem por sua opinião pessoal no sentido de que a lei deveria ter conferido expressamente efeitos positivos ao silêncio administrativo, afirmam que “como não o fez, princípios vários (dentre eles, o do formalismo, o da finalidade, o da legalidade, o da indisponibilidade do interesse público) dificultam (ressalvada a hipótese de *atos vinculados*, quando a vontade e/ou o juízo administrativos são fatais decorrências das etapas precedentes que os conformam) que se dê ao silêncio essa consequência (que é a que preferimos)”. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Idem*, p. 66.

<sup>1623</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. **Silencio de la Administración y plazos de caducidad...** *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>1624</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Silencio positivo...** *Op. Cit.*, p. 110.

<sup>1625</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. **La llamada doctrina del silencio administrativo...** *Op. Cit.*, p. 99.



transcurso de um prazo é capaz até mesmo de dar estabilidade a um *ato contrário ao Direito*, por que não seria possível atribuir a esse mesmo fenômeno – decurso de um lapso temporal – outros efeitos igualmente favoráveis ao cidadão, mas agora para permiti-lo fruir regularmente de um direito *em conformidade com o ordenamento jurídico*? Se o prazo pode servir para cristalizar a *ilegalidade*, por qual motivo ele não poderia *viabilizar o exercício de um direito fundamental*? É dizer: se quem praticou a ilegalidade (por descumprimento do dever de decidir dentro do prazo legalmente fixado) foi a própria Administração e a pretensão do particular encontrava supedâneo no sistema normativo, qual o problema em aceitar a atribuição de efeitos positivos ao silêncio?

A alegação de que a concessão de efeitos positivos ao silêncio seria de pouco ou nenhum proveito prático, face à ausência de meios não judiciais para forçar a Administração Pública a cumpri-los,<sup>1626</sup> também não procede totalmente. Isso porque, quando se trata de requerimento formal de tutela de direitos fundamentais sociais formulado perante a Administração, em geral a pretensão do cidadão será: (i) uma declaração ou licença para o exercício de um direito; (ii) uma prestação social positiva a ser fornecida pelo Estado. Na primeira hipótese – declaração ou licença para o exercício de um direito – a produção de efeitos positivos será extremamente útil ao cidadão, porque ele poderá exercitar o seu direito fundamental social sem precisar aforar uma ação judicial (como nos exemplos acima narrados da licença para construir e da concessão de uso especial para fins de moradia).

Na segunda hipótese – prestação social positiva a ser fornecida pelo Estado – de fato será necessário recorrer ao Poder Judiciário para vê-la satisfeita. Contudo, a atribuição de efeitos positivos ao silêncio administrativo faz nascer em favor do cidadão um título jurídico tácito, que lhe permitirá exigir diretamente o seu cumprimento na esfera judicial, autorizando-o a postular tutelas de natureza mandamental.

É preciso deixar claro que o instituto do silêncio administrativo de efeitos positivos não é a panaceia para as dificuldades relativas à inefetividade dos direitos fundamentais sociais causada pela ineficiência da Administração Pública. Todavia, a adoção dessa alternativa pode contribuir, ainda que parcialmente, para uma tutela administrativa mais célere e integral desses direitos. Quanto mais numerosos forem os mecanismos de satisfação espontânea dos direitos sociais, eliminando a necessidade de o cidadão lançar mão de instrumentos judiciais, mais elevado será o grau de efetividade de sua proteção constitucional.

(b) O direito à tutela administrativa efetiva impõe à Administração Pública, ao decidir os processos administrativos submetidos à sua apreciação, o *dever de respeitar os precedentes administrativos e judiciais já consolidados em favor dos direitos do cidadão*, como forma de assegurar-lhes uma proteção *igualitária*. Trata-se de uma exigência: (i) do direito fundamental à igualdade (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, CF); (ii) do direito fundamental à proibição de discriminação atentatória contra os direitos fundamentais (art. 5º, XLI, CF); (iii) do princípio constitucional da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF); (iv) do direito fundamental à segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CF) e à proteção da confiança legítima. No âmbito específico que se está analisando – satisfação de direitos sociais – essa implicação ostenta expressiva relevância.

(i) Um dos fatores de maior destaque a ser considerado em termos de realização dos direitos fundamentais sociais – seja pela via administrativa ou judicial – é a observância do

<sup>1626</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo... *Op. Cit.*, p. 112; GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 99; BOQUERA OLIVER, José María. Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo... *Op. Cit.*, p. 92.

*princípio da igualdade*. Ele se apresenta como o verdadeiro fundamento para a consagração constitucional dos direitos sociais: é para que todos possam desfrutar de posições substancialmente igualitárias no âmbito da sociedade que as Constituições impõem aos Estados o dever de promover ações sociais interventivas, interferindo nas relações interprivadas para equiparar juridicamente os sujeitos hipossuficientes e ampliando o acesso dos marginalizados a bens e serviços econômicos, sociais e culturais. Por esse motivo, pretender implementar tais direitos de forma desigual e anti-isonômica significa incorrer em um disparatado contrassenso, o que acarreta o dever da Administração Pública de respeitar os seus precedentes favoráveis à concessão de direitos sociais aos cidadãos.

Note-se que o princípio da igualdade serve como um parâmetro mandatório que força a Administração a tratar isonomicamente os cidadãos em qualquer situação, mesmo nas que não envolvem a tutela de direitos sociais. Mas naquelas que envolvem, esse dever torna-se ainda mais flagrante, já que esses direitos têm como essência e razão de existir justamente a necessidade de se promover a igualdade entre os indivíduos. É para isso que eles foram proclamados. Satisfazer desigualmente os direitos fundamentais sociais, que têm por escopo reduzir as desigualdades entre as pessoas, significa agravar os efeitos perniciosos da patologia que a sua positivação visava a curar. O remédio acaba se convertendo em um veneno: ele é desenvolvido para diminuir as disparidades sociais e acaba, ao revés, alargando-as.

(ii) O próprio constituinte de 1988 proibiu expressamente o tratamento discriminatório dos cidadãos em matéria de direitos fundamentais no art. 5º, XLI, ao prever que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Por isso, é constitucionalmente inadmissível a concessão de prestações sociais para uns, sem que sejam atendidos da mesma maneira pelo Estado aqueles que se encontrem sob idênticas condições. Se a Constituição reprovava o tratamento discriminatório contra os direitos fundamentais a ponto de determinar ao legislador o dever de criar normas legais estipulando sanções a essa prática, é pouco mais que evidente que o dispositivo em questão interditou o próprio Estado, no desempenho de sua função administrativa, de agredir o princípio da isonomia concedendo direitos para uns e não para outros.

Eventual leitura que busque rejeitar essa interpretação, afirmando que o art. 5º, XLI da CF se volta apenas a coibir, pela via legislativa, que os próprios sujeitos privados violem direitos fundamentais de outros particulares através de condutas comissivas discriminatórias, será contrária à racionalidade que deve permear a hermenêutica constitucional. Essa disposição, que se insere no catálogo formal de direitos fundamentais do Título II, deve ser compreendida à luz da finalidade a ela inerente: impedir a discriminação atentatória a direitos fundamentais, a qual pode ser levada a efeito por ação ou omissão, pelo Estado ou pelos indivíduos. Deixar de tratar igualitariamente dois cidadãos que titularizam o mesmo direito social e que reúnem os mesmos requisitos para a sua fruição significará também uma espécie de discriminação, praticada não pelos particulares, mas pelo Poder Público, a quem compete tutelar adequadamente direitos fundamentais, e não solapá-los indevidamente. O tratamento desigual, quando não for realizado para o fim de promover a própria igualdade em sentido material (tratar desigualmente os desiguais), adquire um caráter arbitrário, o qual rende ensejo “a uma pretensão de prestação baseada na proibição de diferenciação na aplicação dos direitos sociais”.<sup>1627</sup>

<sup>1627</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010. p. 66.

(iii) O princípio constitucional da impessoalidade administrativa soma-se ao princípio da igualdade e ao art. 5º, XLI da CF no sentido de obrigar a Administração a realizar os direitos fundamentais sociais de maneira isonômica. Por mais esse motivo, se houve a satisfação administrativa de um direito postulado por um cidadão, em um caso determinado, a posterior negativa da promoção daquela mesma pretensão jurídica a outro indivíduo (que também seja dela titular) refletirá uma conduta antijurídica. Representará uma atuação administrativa personalista, que terá favorecido o primeiro em detrimento do segundo, afrontando o princípio da impessoalidade que deve reger as atividades da Administração. Afinal, como observa Fernando Dias Menezes de Almeida, “a essência da impessoalidade (...) está no fato de o tratamento dado pelos agentes estatais aos casos individuais e concretos estar fundamentado numa decisão anterior geral e abstrata”.<sup>1628</sup> Logo, tanto o caso individual e concreto precedente quanto o caso individual e concreto apreciado posteriormente devem, ambos, ser resolvidos com fulcro em uma decisão anterior, geral e abstrata, que represente a leitura do ente administrativo a respeito do sistema normativo. Não pode a interpretação ser favorável a um e contrária ao outro, nos casos em que os dois se enquadram nas mesmas circunstâncias fáticas descritas na norma jurídica.

(iv) Outro princípio constitucional, albergado no rol de direitos fundamentais da Constituição de 1988, que impõe ao Poder Público a obrigação de respeitar a sua racionalidade manifestada em decisões administrativas anteriores, é o da segurança jurídica. Consistirá ofensa ao sobredito princípio o fato de a Administração vir decidindo os casos que lhe são submetidos de determinada maneira, benéfica a um direito dos particulares, e então, subitamente, deliberar por rejeitar a satisfação desse mesmo direito, postulado por um titular imerso no mesmo quadro fático. Esse tipo de comportamento abala a perspectiva da certeza do cidadão a respeito do proceder habitual da Administração Pública, traindo a sua legítima confiança baseada nas condutas administrativas precedentes e favoráveis à tutela do direito reivindicado.

Vistos os quatro fundamentos jurídico-normativos que reclamam o respeito da Administração Pública aos seus comportamentos prévios destinados à satisfação de direitos fundamentais sociais, importa referir às duas espécies de precedentes que devem ser por ela observados ao decidir processos administrativos subsequentes: **(b.1)** os *precedentes administrativos*, formados pelos atos praticados voluntariamente pela Administração em atendimento a requerimentos de particulares formulados pela via administrativa; **(b.2)** os *precedentes judiciais*, compostos pelas decisões judiciais condenatórias que tinham por objeto a tutela de direitos do cidadão, ordenando coercitivamente a prática de atos pelos entes administrativos para cumpri-los.

**(b.1)** A primeira espécie de precedentes que deve ser observada pela Administração Pública quando for apreciar pedidos de tutela de direitos fundamentais sociais deduzidos em um processo administrativo é a dos *precedentes administrativos*. Eles são o resultado de decisões anteriores proferidas pelo ente administrativo a respeito de determinada matéria, que traduzem a sua orientação interpretativa do ordenamento jurídico a propósito do assunto. A questão é saber se eles ostentam ou não *força vinculante*, compelindo a Administração a adotar os mesmos critérios de decisão para casos análogos, ou se ela pode deles apartar-se, variando a sua compreensão a respeito do sistema normativo a cada caso.

---

<sup>1628</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 114.

A discussão sobre essa temática tem sido ampliada no cenário do Direito Administrativo Iberoamericano, com estudos produzidos em países como Espanha,<sup>1629</sup> Argentina,<sup>1630</sup> Uruguai,<sup>1631</sup> Peru,<sup>1632</sup> Bolívia,<sup>1633</sup> Nicaragua,<sup>1634</sup> Guatemala<sup>1635</sup> e Venezuela.<sup>1636</sup> É interessante notar que o tema é pouquíssimo explorado no Brasil, tendo sido mais recentemente objeto da atenção de autores como Gustavo Marinho, Thiago Marrara, Luis Manuel Fonseca Pires, Paulo Modesto e Alexandre Santos de Aragão.<sup>1637</sup> Não se pode presumir que exista uma

<sup>1629</sup> DÍEZ SASTRE, Silvia. **El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante**. Madrid: Marcial Pons, 2008; DÍEZ SASTRE, Silvia. La fuerza vinculante del precedente administrativo. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 143, Madrid, Civitas, p. 445-480, jul./sep. 2009; ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 24, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-116, sep./dic. 1957; DÍEZ-PICAZO, Luis. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 98, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-46, mayo/ago. 1982.

<sup>1630</sup> MAIRAL, Héctor A. **La doctrina de los actos propios y la Administración Pública**. Buenos Aires: Depalma, 1994; COMADIRA, Guillermo L. Los precedentes administrativos. In: AAVV. **Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2009. p. 321-434; IVANEGA, Miriam M. Los precedentes administrativos en el Derecho argentino. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 67-80.

<sup>1631</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El precedente administrativo. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 679-698.

<sup>1632</sup> BACA ONETO, Víctor S. ¿Són el precedente y la doctrina fuentes del Derecho Administrativo? In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 639-652.

<sup>1633</sup> SERRATE PAZ, José M. Diversas fuentes del Derecho Administrativo. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 99-119;

<sup>1634</sup> SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; NAVARRO MEDAL, Karlos. Las otras fuentes del ordenamiento jurídico administrativo nicaragüense: tratados internacionales, jurisprudência, precedente administrativo y doctrina. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 559-575.

<sup>1635</sup> CALDERÓN MORALES, Hugo H. Fuentes del derecho administrativo: los tratados, los contratos, la jurisprudência, incidencia de la doctrina, los precedentes, los decretos de emergencia y los decretos leyes de facto. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 479-505.

<sup>1636</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. Notas sobre el valor del precedente en el Derecho Administrativo, y los principios de irretroactividad y de la irrevocabilidad de los actos administrativos. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 737-747.

<sup>1637</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo, 2013. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 429-457; PIRES, Luís Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 295-309; MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Nova organização**

resposta universal para a problemática vertente, haja vista que cada ordenamento jurídico apresenta suas peculiaridades, as quais serão essenciais para identificar qual o caráter que deve ser atribuído aos precedentes administrativos. Ocorre que, pelo fato de os principais fundamentos jurídicos que conduzem ao dever de autovinculação da Administração às suas decisões pretéritas ostentarem natureza principiológica, constata-se uma forte tendência nesses diversos Estados rumo à aceitação de que os órgãos administrativos, em maior ou menor medida, encontram-se impelidos a observar os seus precedentes.

Em solo nacional, sob o ponto de vista do Direito positivo, inexistente uma regra legal de cunho geral que discipline específica e claramente o tema, constringendo os órgãos administrativos a sempre seguirem no futuro a mesma orientação que vinham manifestando em situações similares anteriores. Todavia, sabe-se que a Administração não se sujeita apenas à lei em sentido formal, mas também aos princípios constitucionais implícitos e explícitos, entre os quais se situam os já mencionados princípios da igualdade, da impessoalidade administrativa, da segurança jurídica, da proteção à confiança legítima e da proibição de discriminação atentatória aos direitos fundamentais. São justamente esses elementos, integrantes da *juridicidade* à qual se subordina o Poder Público, que demandam o respeito aos precedentes administrativos.

Há, no entanto, uma disposição da Lei de Processo Administrativo Federal da qual se pode extrair implicitamente a força vinculante dos precedentes administrativos. Trata-se do art. 50, VII da Lei nº 9.784/99, segundo o qual deverão ser expressamente motivados os atos administrativos que “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”. Se a mudança de orientação da Administração Pública em relação à sua jurisprudência haverá de ser especialmente motivada, e se a ausência de motivação suficiente quando a lei explicitamente a exige gera a nulidade do ato, pode-se concluir que enquanto não houver uma justificativa robusta, derivada de fatos supervenientes capazes de modificar a interpretação administrativa acerca das normas jurídicas aplicandas, o respeito aos precedentes será obrigatório.<sup>1638</sup> Ou seja: enquanto não houver razões suficientes para promover justificadamente a superação do precedente, com vistas a satisfazer outras finalidades claramente estampadas em normas jurídicas, ele deverá ser respeitado pela Administração Pública.

Para que o precedente administrativo adquira força vinculante, deverão estar presentes os seguintes pressupostos: (i) tratar-se de um precedente da *mesma entidade da Administração Pública* que decidirá o novo processo; (ii) existir *identidade de objetos* entre a questão fática e jurídica apreciada no precedente e no novo processo; (iii) serem ainda *válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes* sobre o precedente e sobre a nova situação submetida à apreciação estatal; (iv) tratar-se de um *precedente compatível com o ordenamento jurídico*, já que não se poderá invocar decisões antijurídicas pretéritas como fundamento para estender ao novo processo uma orientação contrária ao Direito; (v) tratar-se de um *precedente favorável ao cidadão*, pois nada impede que a Administração, que antes negava a concessão de um direito aos indivíduos, perceba que sua orientação anterior era equivocada, dissonante do sistema normativo

---

**administrativa brasileira.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 113-169; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, nº 14, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 1-15, mai./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

<sup>1638</sup> Nesse sentido: MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública... *Op. Cit.*, p. 128-129; CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro...** *Op. Cit.*, f. 103-104.

e prejudicial à cidadania, modificando então o seu entendimento para dali em diante passar a satisfazer aquela pretensão jurídica deduzida no processo administrativo; (vi) inexistirem razões suficientemente fortes que demonstrem a existência de um interesse público concreto, obrigatoriamente deduzido de uma disposição normativa específica, que demande a modificação fundamentada da *práxis* administrativa habitual em situações futuras.

A falta desse último pressuposto – isto é, caso exista motivação suficiente para mudar a orientação administrativa – autorizará a superação motivada do precedente somente para casos análogos futuros, sob pena de o sujeito envolvido no momento em que se está alterando o entendimento da Administração ser surpreendido de maneira ofensiva à segurança jurídica, à confiança legítima e à igualdade. A mudança de interpretação, por conseguinte, deverá ser anunciada por ato administrativo geral e abstrato, indicando que ela será adotada futuramente naquelas situações, não podendo, assim, tratar-se de uma alteração de entendimento limitada a um caso concreto, já que tal circunstância implicaria infração aos princípios da impessoalidade e da isonomia.

Observe-se que não se acolhe aqui como pressuposto necessário a outorgar caráter vinculante aos precedentes *administrativos* a existência de *reiteradas* decisões no mesmo sentido.<sup>1639</sup> Ainda que a reiteração constitua um fator que fomenta o grau de certeza e confiança do cidadão em relação à prática administrativa, de sorte que quanto maior o número de atos expedidos na mesma linha maior será a expectativa do indivíduo de que o seu caso seja decidido da mesma forma, ela não influi em nada na aplicação do princípio da igualdade. Lembre-se que aqui se está tratando de precedentes *legítimos*, conformes ao Direito, acertados, portanto. Basta uma decisão prévia que se revista desses caracteres para que, havendo resolução posterior distinta de um caso concreto similar, seja transgredido o princípio constitucional da igualdade. Consoante sublinha Gustavo Marinho de Carvalho, “permitir que até a suposta consolidação do precedente a Administração Pública possa tratar de maneira diversa situações que guardam similitudes entre si é violar grosseiramente o princípio da igualdade”.<sup>1640</sup> Afinal, o dever de respeito à igualdade não deriva de um parâmetro quantitativo (número de decisões pretéritas), mas sim qualitativo (conteúdo das decisões anteriores).<sup>1641</sup>

Uma vez preenchidos os seis requisitos supraindicados, o titular de um direito que já havia sido reconhecido pela Administração Pública poderá reivindicá-lo com supedâneo no precedente administrativo. O indeferimento do pleito no bojo do processo administrativo acarretará violação aos princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade administrativa, da segurança jurídica (manifestando-se como proteção da confiança legítima) e do direito à proibição de discriminação atentatória aos direitos fundamentais (art. 5º, XLI, CF). Para proporcionar a correção do ato inconstitucional de negativa ao requerimento formulado pelo titular do direito, caberá a propositura de ação judicial.

Um exemplo que envolve o direito fundamental social à moradia pode ilustrar a afirmação. Imagine-se a situação em que diversas famílias estejam há anos ocupando imóveis públicos em um mesmo bairro, localizados em área de preservação permanente, e que diversas delas cumpram as exigências previstas no art. 1º da Medida Provisória nº 2.220/01 para

---

<sup>1639</sup> Posição diversa é defendida por: CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. t. I. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008. p. 208.

<sup>1640</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro...** *Op. Cit.*, f. 113-114.

<sup>1641</sup> ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Op. Cit.*, p. 102-103.

receberem a concessão especial de uso para fins de moradia.<sup>1642</sup> Por se tratar de lotes inseridos em uma região destinada à proteção ambiental, o art. 5º, III do referido diploma confere uma competência discricionária para a Administração deliberar se será mais conveniente e oportuno conceder o título naquele lugar ou removê-las para outro local providenciado pelo Poder Público.<sup>1643</sup> As famílias pretendem manter-se na região, por estarem há anos ali situadas, já tendo formado raízes e laços sociais com a vizinhança. A autoridade pública competente defere os pedidos de concessão especial de uso para algumas famílias na própria localidade, apoiada em parecer técnico atestando que a permanência da comunidade na área não acarreta danos ao meio-ambiente. Formam-se, pois, *precedentes administrativos* favoráveis à tutela administrativa do direito fundamental à moradia.

Posteriormente, um novo agente assume a função encarregada da apreciação desses pedidos e indefere novos pleitos, ainda não apreciados, de famílias vizinhas daquelas que obtiveram a concessão, sob o argumento de que o simples fato de tratar-se de área de preservação permanente justificaria o exercício da faculdade discricionária de negar a outorga dos títulos às famílias naquele local. A conduta administrativa, nesse caso, será ofensiva aos princípios da igualdade, impessoalidade e segurança jurídica, visto que a Administração terá dispensado tratamento anti-isonômico aos grupos que obtiveram a negativa da proteção do seu direito social. Eles poderão, por isso, postular judicialmente a condenação do Estado a fornecer a concessão, haja vista o preenchimento dos pressupostos básicos para tanto, somado à existência de *precedentes administrativos* benéficos à satisfação de um direito fundamental social.

**(b.2)** A segunda modalidade de precedentes que reclama a observância dos entes administrativos na análise de requerimentos que digam respeito a direitos fundamentais sociais é composta pelos *precedentes judiciais*. Distintamente da hipótese dos precedentes administrativos, em que foi a própria Administração que deferiu pedidos anteriores de proteção a direitos fundamentais, aqui se estará diante de casos em que o Poder Público não realizou tais direitos *espontaneamente* concordando com o pleito do cidadão, mas sim *forçadamente*, para dar cumprimento a ordens judiciais coercitivas que lhe condenaram a uma obrigação de fazer. A universalização, para situações análogas, do seu comportamento praticado somente em favor dos indivíduos que obtiveram uma sentença parece ser uma necessária solução para o problema da cultura *jurisdicional* brasileira em matéria de tutela de direitos fundamentais sociais.

Por força da vinculação aos precedentes judiciais relativos à promoção de direitos sociais, a Administração Pública, já condenada judicialmente em reiterados casos similares por decisões com efeitos *inter partes*, terá a obrigação de tratar da mesma forma os demais titulares do mesmo direito fundamental que foi satisfeito pela via judicial individual, ainda que eles não tenham obtido um provimento jurisdicional determinado em seu favor. A proposta visa a arrefecer um dos principais aspectos problemáticos do ativismo judicial no campo dos direitos fundamentais sociais, consistente na violação do princípio da igualdade, muitas vezes (embora nem sempre) configurada. Nesse caso, diferentemente dos precedentes administrativos, deverá

<sup>1642</sup> Medida Provisória nº 2.220/01: “**Art. 1º.** Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

<sup>1643</sup> Medida Provisória nº 2.220/01: “**Art. 5º.** É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: (...) **III** – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais”.

haver jurisprudência pacificada dos tribunais locais ou das Cortes Superiores, uma vez que aqui não se trata de interpretação realizada pela própria Administração, podendo haver posições divergentes, o que inviabilizaria a proposta.

A ofensa à igualdade em decorrência da proteção jurisdicional ocorre naquelas hipóteses em que se instala um descompasso entre a tutela judicial individualmente concedida e a previsão constitucional universalizada dos direitos fundamentais, que investe inúmeros cidadãos na titularidade da mesma posição jurídica que acaba sendo deduzida em juízo de forma singularizada. Como se sabe, o juiz só poderá condenar a Administração Pública a praticar as condutas que ela deveria, espontaneamente, ter realizado para fazer cumprir com as determinações constitucionais, legais e regulamentares. Não há dever jurídico de atuação estatal que *nasça* da decisão judicial. A obrigação de atuar pré-existe e o seu descumprimento rende ensejo à condenação pelo Judiciário, que se limita a reconhecer a sua exigibilidade jurídica e forçar o Estado a obedecê-la. Logo, a concessão jurisdicional de uma prestação administrativa isoladamente a um determinado indivíduo dirá respeito a um benefício que a Administração deveria, igualmente, fornecer a todos os demais cidadãos que titularizem o mesmo direito exigido na demanda individual.

O desvio da finalidade constitucional de satisfazer igualmente os direitos fundamentais sociais se revela nos casos em que se confere a tutela do direito a um único sujeito, sem obrigar a Administração a universalizar a prestação postulada e abrir acesso às outras pessoas que se encontram na mesma situação fático-jurídica. Pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal, os direitos constitucionalmente assegurados têm como nota distintiva a generalidade ou universalidade, diretamente dedutível do princípio da igualdade. O acesso da cidadania aos bens jurídicos jusfundamentais deve, portanto, ser igualitário. Some-se a isso a incidência já antes comentada do princípio da impessoalidade da atividade administrativa, que impõe um dever de tratamento isonômico, pela Administração Pública, aos diversos particulares que se apresentem nas mesmas circunstâncias. Independentemente da origem que levou ao cumprimento da obrigação – coerção judicial, requerimento administrativo ou atuação de ofício – é vedado ao Poder Público conceder de forma indevidamente discriminatória prestações necessárias à satisfação de direitos fundamentais sociais para uns, deixando desamparados sujeitos que foram investidos pela Constituição em idêntica posição jurídica. E essa vedação, como já se viu, advém do próprio texto constitucional, que erigiu à condição de direito fundamental do cidadão a proibição de tratamento discriminatório em relação aos seus demais direitos fundamentais (art. 5º, XLI, CF).

O que reiteradamente ocorre na prática é o êxito da ação individual e a continuidade da inércia administrativa em relação aos demais titulares do direito em questão. O ente não corrige a sua inatividade inconstitucional passando a concedê-los espontaneamente a prestação que foi compelido a proporcionar ao autor da demanda, como deveria fazer por imposição da obrigação de perseguir o interesse público, em cujo núcleo central se insere a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Em tais casos, o cumprimento da determinação judicial singular, sem a extensão dos seus efeitos aos cidadãos que vivenciam a mesma situação, configura atuação administrativa atentatória contra os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade.

A discriminação ilegítima decorrente do provimento isolado conduz a um tratamento desigual entre “cidadãos ‘*com sentença*’ e ‘*sem sentença*’”,<sup>1644</sup> sem que haja fundamento

---

<sup>1644</sup> As expressões entre aspas são de: SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio;



jurídico-constitucional a autorizá-lo. E a consequência dessa postura é a conversão do Judiciário na “porta das esperanças” para a reivindicação de benefícios sociais que deveriam ser naturalmente proporcionados pelo Estado. A parcela da população alijada do acesso à Justiça – em geral a mais carente de tais prestações – passa a ser ainda mais desfavorecida. De um lado, por não ostentar condições financeiras e de informação para postular judicialmente tais ações administrativas. De outro, pelo fato de que a drástica elevação das demandas individuais solucionadas por essa via impactam diretamente na redução de disponibilidade orçamentária para a satisfação espontânea e racionalizada dos mesmos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública, por meio da prestação de serviços públicos e implementação de políticas públicas. Dados que comprovam essas afirmações na realidade prática brasileira já foram apresentados no presente estudo.<sup>1645</sup> Com isso os direitos sociais, que foram consagrados constitucionalmente para *reduzir* as desigualdades, acabam sendo fatores conducentes a *agravá-las*, já que aqueles que mais necessitam de uma igualação no mundo dos fatos mediante o fornecimento de prestações estatais de cunho social e econômico – pessoas a quem os direitos sociais realmente se destinam – acabam não desfrutando de tais medidas.

O não acatamento das posições do Judiciário gera, ademais, ofensa ao princípio da eficiência administrativa. Isso porque, ao continuar negando individualmente a concessão de direitos àqueles que não possuem uma sentença judicial favorável a pretexto de estar defendendo o interesse “público” (que de público não tem nada), o Estado, “numa demonstração de suposto zelo, deixa de cuidar, no tempo devido, de muitíssimas outras, verdadeiramente ilegítimas, agressões impostas ao abalado erário público”.<sup>1646</sup> Acresça-se ainda o fato de que “o simples e firme acatamento das decisões judiciais pela Administração Pública, por si só, já desafogaria, sem celeumas, os nossos Tribunais, pois não há dúvida que a Administração Pública converteu-se na grande demandante ou demandada, no contexto que timbra pela imprevisibilidade de sua atuação”.<sup>1647</sup>

O que se infere de tais considerações é que *a Administração Pública e os juízes, não raras vezes, interpretam o sistema jurídico-constitucional de formas diferentes*. Como no modelo brasileiro é o Poder Judiciário quem dá a última palavra a respeito da compreensão do ordenamento, a interpretação que prevalece ao final é a do juiz. E o efeito pernicioso disso em matéria de direitos fundamentais sociais é que, na prática, para alguns poucos – que lograram êxito em uma demanda individual – prevalecerá a interpretação mais benéfica do Poder Judiciário, ao passo que para todo o restante – maioria da população – predominará a compreensão menos vantajosa manifestada pelo Poder Executivo. Assim, aferrar-se em dogmas como os limites subjetivos da coisa julgada da decisão nas ações individuais ou na distinção entre a lógica geral do *Civil Law* e do *Common Law* (segundo a qual o *stare decisis* vigoraria somente no segundo e não no primeiro)<sup>1648</sup> significa fechar os olhos para um fenômeno que traduz uma falha do sistema jurídico vigente. Uma falha que, na realidade, é somente aparente, pois *nada obstante a inexistência de regra constitucional ou legal que determine o dever administrativo de respeitar os precedentes judiciais e universalizar as condenações individuais*

---

QUARTIERI, Rita (Orgs.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.

<sup>1645</sup> Ver Parte I, Capítulo 1, item 1.2., subitem 1.2.2.

<sup>1646</sup> FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 13-22, 1999. p. 15-16.

<sup>1647</sup> FREITAS, Juarez. *Idem*, p. 21.

<sup>1648</sup> Ver DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

*relativas a direitos sociais, essa exigência se extrai diretamente dos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade administrativa.*

A discussão aqui suscitada insere-se em um debate mais amplo, a respeito da aproximação entre os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*, que tem sido verificada por meio da adoção, nos ordenamentos jurídicos de diversos Estados, de instrumentos próprios de ambos os modelos.<sup>1649</sup> No Direito brasileiro, constata-se com frequência cada vez maior a incorporação de mecanismos que se assemelham a alguns aspectos do *Common Law*, tais como as súmulas vinculantes, a eficácia vinculante das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade e a repercussão geral no recurso extraordinário. Isso não quer dizer que devam ser importadas anacronicamente ferramentas elaboradas no Direito alienígena que sejam imprestáveis e incompatíveis com a racionalidade jurídica nacional, rendendo reverências a invenções estrangeiras que só serviriam para desestabilizar o funcionamento adequado e regular dos institutos jurídicos pátrios, cunhados sob lógica diversa. Porém, a transformação do Direito às novas necessidades sociais impõe a adaptabilidade de seus mecanismos às exigências emergentes, notadamente quando se identifica uma crise paradigmática à qual as soluções existentes, sugeridas consensualmente pela comunidade científica adepta ao paradigma dominante, já não dão conta de resolver. E o tratamento desigual, provocado por decisões individuais do Poder Judiciário, de cidadãos que titularizam os mesmos direitos fundamentais sociais retrata um problema sério que os instrumentos tradicionais do modelo brasileiro não têm conseguido solucionar.

Não precisa existir regra legal alguma para que se possa sustentar a obrigatoriedade de a Administração Pública respeitar os precedentes judiciais relativos a direitos fundamentais sociais. Se do princípio da igualdade não fosse possível extrair essa consequência, quedariam bastante abaladas as afirmações, tão propaladas na atualidade, de que princípios constitucionais são normas, revestidas de força jurídica vinculante, e que a atividade administrativa constitucionalizou-se, encontrando-se atualmente submetida à incidência dos direitos fundamentais. Esperar que o legislador tenha de criar essa determinação pela via de lei formal é o mesmo que rejeitar a eficácia jurídica do princípio constitucional (e direito fundamental) da igualdade.

Assim, uma das possíveis saídas, *de lege ferenda*, para a diminuição dos efeitos desiguais provocados pelo ativismo judicial exacerbado nas demandas individuais é o reconhecimento de uma eficácia expandida da coisa julgada nas decisões que versem sobre direitos fundamentais sociais. Seus efeitos poderão ser aproveitados não apenas pelo autor da ação, mas por todos aqueles que demonstrarem encontrar-se em idêntica situação. Com isso, estaria assegurado o tratamento igualitário por parte da Administração Pública, obediente ao princípio da impessoalidade.<sup>1650</sup>

Em razão disso, o reconhecimento judicial de um direito fundamental social por sentença *irrecorrível* em uma ação individual deve ser estendido a todos os titulares da mesma pretensão jurídica jusfundamental que estiverem em idêntica situação. À Administração

---

<sup>1649</sup> Sobre o tema, ver, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea**. Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>1650</sup> Ver, nessa linha, a proposta de: SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais... *Op. Cit.*, p. 149.

incumbirá o dever de fornecer a mesma prestação a todos aqueles que demonstrarem enquadramento fático na hipótese vivenciada por aquele que propôs a demanda exitosa. A recusa administrativa em estender ao requerente o benefício social anteriormente concedido em caso idêntico poderá ser impugnada judicialmente pelo interessado, ao qual competirá, simplesmente, apresentar na petição inicial a identidade das situações, anexando cópia da decisão judicial individual e do ato de indeferimento da Administração.

Uma possível forma de garantir a observância dessa solução seria a inclusão de um dispositivo na Lei da Ação Civil Pública prevendo expressamente tal hipótese. Foi nesse sentido a proposição apresentada por Carlos Alberto de Salles em reunião da comissão criada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com a finalidade de apresentar sugestões ao Projeto de Lei nº 5.139/2009, em debate na Câmara dos Deputados.<sup>1651</sup> De toda forma, como já se disse, seria apenas um reforço legislativo para assegurar o cumprimento de uma exigência que já deflui da ordem constitucional, eis que a cogência do dever da Administração de estender os benefícios a todos os titulares do direito fundamental social concedido pela via individual pode ser extraída implicitamente dos princípios constitucionais supracitados, não carecendo de alteração legislativa.

Nos casos em que houver condenações estatais individuais à satisfação de direitos fundamentais sociais, exsurgirá o dever dos advogados públicos responsáveis pelas demandas de comunicar o chefe da respectiva procuratura pública a respeito do trânsito em julgado das sentenças. Ao Advogado-Geral ou Procurador-Geral competirá: (i) editar ato administrativo geral, vinculando todos os advogados públicos daquela entidade a deixar de contestar as demandas de idêntica natureza em que ficar comprovada a reunião dos requisitos necessários à concessão do direito, e de recorrer de sentenças favoráveis ao cidadão que se alinhem aos precedentes judiciais; (ii) comunicar ao chefe da entidade pública em questão sobre a existência de precedentes judiciais, para que ele adote as providências necessárias para promover de forma universalizada a prestação que vem sendo concedida judicialmente. Para evitar repetições, remete-se aqui ao Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.2., onde foram feitas referências a previsões legislativas e administrativas relativas à advocacia pública que já autorizam explicitamente, em alguns casos, o emprego de medidas dessa natureza.

No campo do direito fundamental à saúde, por exemplo, o dever de respeito aos precedentes judiciais conduziria a Administração a conceder, pela via do processo administrativo, os pleitos de fornecimento de medicamentos e de tratamentos de saúde que têm sido garantidos pelo Poder Judiciário em ações individuais. Havendo decisões definitivas de mérito dos tribunais a propósito do assunto, caberá ao Poder Executivo organizar-se de modo a disponibilizar a todos os cidadãos as pretensões idênticas deduzidas pela via administrativa. É o caso da internação em hospitais privados, custeada pelo Poder Público, quando os leitos disponibilizados pelo SUS não puderem absorver a demanda da rede pública de saúde. Trata-se de questão pacificada na jurisprudência: se determinado tratamento deve ser concedido pelo Sistema Único de Saúde e a sua concessão restar inviabilizada em razão da ausência de vagas

---

<sup>1651</sup> A sugestão do autor possui o seguinte teor: “**Art. 31-A.** A sentença individual transitada em julgado, ao reconhecer direito constitucional do demandante, impõe à entidade pública ré a obrigação de garantir que o mesmo direito seja prestado a outras pessoas em idêntica situação. **§1º.** Caso o direito constitucional reconhecido na sentença de processo individual seja negado a outra pessoa em idêntica situação, o prejudicado, para obter o mesmo benefício, necessitará demonstrar em juízo apenas a identidade de sua situação, apresentando com a inicial cópia da decisão em referência e prova da recusa. **§ 2º** A ação de que trata o parágrafo anterior deverá ser comunicada ao Ministério Público a fim de que tome as providências cabíveis nos termos do art. 129, II da Constituição Federal”.

nos hospitais públicos ou credenciados à rede pública, deve o Estado arcar com as despesas decorrentes da internação em estabelecimento particular.<sup>1652</sup>

Nesse tipo de situação, o direito à tutela administrativa efetiva impõe que a Administração Pública espontaneamente ofereça ao usuário do SUS a possibilidade de realizar seu tratamento em hospital particular, se a rede pública tiver extrapolado sua capacidade máxima. Com isso, enxergam-se ao menos duas consequências positivas, que destacam a eficiência desse tipo de atuação administrativa: (i) o direito fundamental à saúde é concretizado de maneira igualitária e universal, pois a prestação é franqueada a todos os cidadãos que se encontram em situação fática semelhante (carência de tratamento que não pode ser fornecido em estabelecimentos da rede pública devido à superlotação), e não somente àqueles dotados de condições técnicas e financeiras de obter a pretensão judicialmente; (ii) a Administração é compelida a organizar sua estrutura (física, financeira, de pessoal, etc.) a entregar esse tipo de prestação de maneira eficiente, seja credenciando novos estabelecimentos para fazer frente à demanda real, os quais passarão a participar de modo complementar do SUS, ou mesmo contratar esse tipo de serviço (utilização de leitos hospitalares) da iniciativa privada de maneira mais vantajosa à Administração, especialmente por meio de licitação pública.

O mesmo acontece em relação ao tratamento da Hepatite Viral C. Eram corriqueiras as demandas judiciais em que os autores buscavam obter do Estado o custeio dos medicamentos *Telaprevir* e *Boceprevir*, que se mostravam mais eficientes para a enfermidade em questão, mas que não constavam da lista oficial do SUS (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais). Com a fixação da jurisprudência no sentido de que tais medicamentos efetivamente revelavam-se mais adequados aos pacientes do que aqueles fornecidos até então pela rede pública de saúde, a própria Administração deveria articular sua estrutura administrativa para viabilizar a entrega universalizada dos referidos medicamentos, sempre que as condições clínicas do cidadão o recomendem.<sup>1653</sup> Assim como na situação descrita no parágrafo anterior, além de tal conduta ser

<sup>1652</sup> Nesse sentido, veja-se exemplificativamente a seguinte ementa, colhida da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM REDE PARTICULAR. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NA FALTA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. GARANTIA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL. 1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada. 2. O direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia. 3. Uma vez reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o direito a tratamento médico-hospitalar na rede pública de saúde, o resultado prático da decisão deve ser assegurado, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, com a possibilidade de internação na rede particular de saúde, subsidiariamente, na hipótese de lhe ser negada a assistência por falta de vagas na rede hospitalar do SUS. Recurso especial provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.409.527/RJ. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 08.10.2013. DJe 18.10.2013. Outros julgados com o mesmo entendimento podem ser consultados em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 36.394/RJ. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 28.02.2012. DJe 12.04.2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.198.486/DF. Relatora Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 19.08.2010. DJe 30.08.2010; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Remessa de Ofício nº 2010-01-1-180346-9/DF. Relator Des. José Divino de Oliveira. Sexta Turma Cível. Julgado em 07.08.2013. DJe 13.08.2013; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 2011-01-1-140174-6. Relatora Des. Nídia Corrêa Lima. Terceira Turma Cível. Julgado em 17.07.2013. DJe 26.07.2013.

<sup>1653</sup> Confira-se ementa de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que ilustra o exemplo dado: “1) DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. HEPATITE C. FORNECIMENTO GRATUITO DE REMÉDIO (BOCEPREVIR). PROTOCOLO DE TRATAMENTO DA ENFERMIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. a) É dever constitucional do Estado o fornecimento gratuito de remédio à pessoa que dele necessite. Assim, demonstrada a hipossuficiência financeira, a doença da

consectária do direito fundamental à tutela administrativa efetiva, ela viabiliza o cumprimento do direito fundamental à saúde em termos universais e igualitários ao permitir que o fornecimento do medicamento ocorra de maneira eficiente, já que sua aquisição pelo Estado deverá ser racionalizada e planejada, e não feita às pressas mediante contratação direta.<sup>1654</sup>

Um terceiro exemplo já foi citado no Capítulo 4, item 4.2., subitem 4.2.2., ponto (b.1). Na hipótese, em ação proposta em face do Município de Ribeirão Preto em São Paulo, o Poder Judiciário concedeu a uma usuária de cadeira de rodas o benefício de um transporte especial (“leva e traz – adaptado”, por meio de *vans*) a ser proporcionado pelo poder Público. A medida fora proposta pelo Ministério Público e tratava-se de uma ação civil pública em defesa de direito individual indisponível, nos termos do art. 127 da Constituição. Mas como se sabe, nesse tipo de ação judicial é autorizada a tutela coletiva, por meio de provimentos jurisdicionais com efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, conforme a natureza da pretensão postulada. O *parquet* postulou em segunda instância que a eficácia da decisão fosse estendida a todas as pessoas da região que tivessem a mesma deficiência de locomoção da pessoa que havia sido favorecida individualmente no processo, e que portanto carecessem igualmente do serviço, mas o Tribunal do Justiça do Rio do Sul recusou-se em atender ao pedido, sob o argumento de que se cuidava de um direito individual.<sup>1655</sup>

Independentemente dos aspectos de Direito Processual Civil, que já foram trabalhados no Capítulo 4 quando o exemplo foi colacionado, em situações como essa nem seria necessária a condenação do Poder Judiciário com efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, haja vista que o art. 5º, XLI da CF, como já se viu, é bastante específico ao vedar a discriminação atentatória contra os direitos fundamentais. Era obrigação da Municipalidade, que já havia sido condenada a atender a demanda da cidadã que logrou receber o benefício em virtude de ação judicial, estendê-lo para todos aqueles que, da mesma forma, necessitassem do serviço que a ela seria prestado, por também possuírem deficiências locomotoras.

---

Paciente (Hepatite C), e a prescrição médica de remédio específico (“Boceprevir”), o Impetrante faz jus ao recebimento da medicação. Jurisprudência dominante no Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. b) Os “Protocolos Clínicos de Tratamentos” editados pelo Ministério da Saúde, por se tratarem de normas de hierarquia inferior a preceito constitucional, não podem ser invocados como razão para a recusa de entrega de medicamento a paciente que dele necessita. 2) SEGURANÇA CONCEDIDA”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 922386-7. Relator Des. Leonel Cunha. Quinta Câmara Cível. Julgado em 25.09.2012. DJe 11.10.2012). Também nesse sentido, vide os seguintes julgados: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 932738-4. Relator Des. José Marcos de Moura. Quinta Câmara Cível. Julgamento em 13.11.2012. DJe 05.12.2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2013.004178-3. Relator Des. Pedro Manoel Abreu. Decisão Monocrática. Julgado em 17.11.2013. DJe 25.11.2013; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70050063346. Relator Des. Almir Porto da Rocha Filho. Segunda Câmara Cível. Julgado em 19.12.2012. DJe. 29.01.2013.

<sup>1654</sup> Especificamente em relação ao fornecimento de *Telaprevir* e *Boceprevir*, o Ministério da Saúde, após inúmeras derrotas judiciais do Poder Público, expediu a Portaria nº 20, de 25 de julho de 2012, que autorizou a concessão dos medicamentos aos usuários do Sistema Único de Saúde. Mesmo assim, como se percebe das decisões judiciais citadas na nota anterior, julgadas posteriormente à edição da Portaria, a Administração ainda não organizou de maneira eficiente o fornecimento dos fármacos, realçando a relevância de se fortalecer mecanismos que induzam o Estado a conceder tutela administrativa efetiva aos direitos fundamentais.

<sup>1655</sup> Veja-se trecho da ementa da decisão: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA voltada à prestação de serviço público em prol de deficiente físico. 1. O Ministério Público detém legitimidade ativa para propositura da ação em defesa de direito individual indisponível, diante do que estabelece o art. 127 da CR; anotados precedentes do STJ e do STF nesse sentido. (...) 3. Não suscitado e incabível reexame necessário, não cabe alargar os efeitos da coisa julgada segundo autorizado pelo art. 103, II, do CDC. A ação, ademais, não tutela interesses homogêneos - hipótese de incidência da regra, mas individual heterogêneo, a par de não haver sido formulado pedido nesse sentido pelo autor. 4. Ação julgada procedente. Sentença confirmada. Recurso não provido”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão nº 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

Os demais exemplos de concessão judicial de direitos não expressamente disciplinados por lei formal também são situações que geram o dever da Administração de respeitar os precedentes judiciais quando for apreciar pedidos administrativos com idêntico objeto. É o caso dos direitos à aposentadoria especial dos servidores públicos e ao resgate de valores da conta vinculada do FGTS em hipóteses de enfermidades não legalmente previstas, ambos já expostos no Capítulo 7, item 7.2, subitem 7.2.2., pontos (b.2) e (c.1), aos quais se remete para ilustrar a aplicabilidade da proposta.

### *8.1.2. Direito à regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais: especificação normativa do conteúdo de direitos (e deveres administrativos correlatos) e universalização de prestações concedidas individualmente*

O segundo desdobramento que decorre da noção de tutela administrativa efetiva é o *direito à regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais*, de natureza transindividual. Ele corresponde àquilo que José Joaquim Gomes Canotilho chamou de “direito à emanção de normas jurídicas”, composto pelo “direito à emanção de leis”, voltado ao Poder Legislativo, e pelo “direito a regulações infralegais”, dirigido à Administração Pública.<sup>1656</sup> Este segundo será o objeto do presente apartado.

Assim como o *direito ao devido processo administrativo*, antes analisado, o direito em epígrafe visa a obrigar a Administração Pública a praticar um *ato jurídico* necessário à promoção adequada dos direitos fundamentais sociais. No entanto, distintamente daquele, este não reclama a prática de um ato jurídico *individual e concreto* destinado a satisfazer a dimensão *subjetiva* do direito, mas sim de um ato normativo *geral e abstrato* orientado primariamente à implementação da dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais (embora, caso violado pelo Poder Público, ele possa gerar uma pretensão *subjetiva* de natureza transindividual, provocando a *ressubjetivização da perspectiva objetiva*, que o tornará exigível através de certos mecanismos judiciais).<sup>1657</sup> É por meio da expedição de atos normativos que a Administração cumprirá a função de *prestação normativa* dos direitos fundamentais sociais.

O direito do cidadão à edição de atos administrativos regulamentadores se destina a atender aos dois propósitos que integram a proposta central desta tese. Como já se enunciou em outras partes do trabalho, a proposição principal aqui defendida é a de que o direito à tutela administrativa efetiva: (i) *impõe à Administração Pública o dever prioritário de criar condições materiais e jurídicas para satisfazer os direitos fundamentais sociais em sua integralidade, para além do mínimo existencial, ainda que para tanto seja necessária sua atuação praeter legem ou contra legem para não incorrer em omissões inconstitucionais que obstem o desenvolvimento social*; e (ii) *obriga-a a atender de forma igualitária todos os titulares de idênticas posições subjetivas jusfundamentais, adotando de ofício medidas aptas a universalizar prestações concedidas individualmente por requerimentos administrativos ou condenações judiciais, sob pena de responsabilização estatal objetiva individual ou coletiva, a depender da natureza da pretensão jurídica em questão*.

<sup>1656</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 359-360.

<sup>1657</sup> Sobre o tema, ver: Parte I, Capítulo 4, item 4.1, subitem 4.1.2., ponto (c).

O ato administrativo normativo se revela como um instrumento de crucial importância para o fiel cumprimento desses dois deveres primordiais que recaem sobre a Administração Pública. Ele atende ao primeiro – (i) – porque **(a)** para fornecer uma tutela *integral* dos direitos fundamentais sociais, a Administração deverá *regulamentar o conteúdo das normas constitucionais e legais* que veiculem tais direitos, ainda que para tanto seja necessário agir *praeter legem*. E também atende ao segundo – (ii) – porque **(b)** para assegurar uma tutela *igualitária* desses direitos, o Estado deverá expedir *atos administrativos normativos que universalizem concessões de direitos realizadas individualmente pelas vias administrativa ou judicial*, estendendo a todos os demais titulares o acesso ao bem jurídico jusfundamental. Confira-se cada um deles.

**(a)** O direito à tutela administrativa efetiva obriga o Estado a criar as condições jurídicas necessárias para realizar os direitos fundamentais sociais *em sua integralidade*. Não é só o *mínimo existencial* que deve ser garantido pela Administração Pública,<sup>1658</sup> nem apenas o *núcleo essencial* de cada direito, em razão das opções constitucionais adotadas pelo Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, nos termos antes expostos.<sup>1659</sup> Tais conceitos podem exibir funcionalidade para diversas questões, tal como a identificação do piso mínimo (e não teto máximo) que se pode exigir em matéria de prestações sociais perante o Poder Judiciário,<sup>1660</sup> mas não servem para delimitar até onde deverá agir a Administração. O objetivo fundamental da República de promover o desenvolvimento (art. 3º, II, CF) pressupõe que todas as porções de cada direito social sejam proporcionadas em sua plenitude aos cidadãos brasileiros, sendo a atividade administrativa a função estatal mais apta para atingir essa meta.

Essa garantia do conteúdo *integral* dos direitos fundamentais sociais reclama a operatividade da função de *prestações normativas* que deles decorre, a qual dirige aos entes estatais a incumbência de expedir normas jurídicas – de nível constitucional, legal e administrativo – para instituir medidas de *organização*, de *procedimento* e de *proteção* dos bens jusfundamentais. Essa disciplina jurídico-normativa é imprescindível para que sejam fornecidas as condições materiais necessárias ao exercício e à fruição dos direitos fundamentais sociais. É preciso que a Administração: (i) crie *órgãos* e regule o seu funcionamento, mediante o desempenho dos poderes hierárquico e regulamentar, para que as ações voltadas à satisfação dos direitos sociais sejam ágeis, eficientes e eficazes; (ii) institua *procedimentos* de prestação de serviços, estipulando critérios para o acesso aos bens jurídicos por eles oferecidos e parâmetros para o funcionamento da máquina estatal destinada ao oferecimento de utilidades e comodidades materiais; (iii) estabeleça regras voltadas à *proteção* dos direitos fundamentais contra agressões de outros sujeitos privados, determinando como eles deverão e como não poderão agir em situações relacionadas a esses direitos.

Essa regulamentação mediante atos administrativos é indispensável, pois muitas vezes as normas *constitucionais* veiculadoras de direitos fundamentais sociais, bem como as normas *legais* que as disciplinam, acabam não tratando de detalhes decisivos para que o cidadão possa pleitear uma postura estatal em seu favor. Ambas as espécies normativas citadas devem ser regulamentadas no âmbito administrativo para ampliar a proteção jurídica dos direitos sociais. Trata-se muitas vezes de enunciados (constitucionais ou legais) de conteúdo incompleto, que

<sup>1658</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 293.

<sup>1659</sup> Parte I, Capítulo 1, item 1.3, subitem 1.3.2., Capítulo 2, item 2.2., subitem 2.2.2. e item 2.3., subitem 2.3.1. e 2.3.2.

<sup>1660</sup> Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem 2.2.1, ponto (f) e Capítulo 3, item 3.2, subitem 3.2.2.

embora se revistam de força jurídico-imperativa como qualquer outra norma, deixam espaços de vazio normativo que dificultam a identificação adequada do conteúdo de cada direito e dos respectivos deveres administrativos cujo cumprimento se faz necessário para assegurá-los. Não basta a afirmação genérica de que as normas constitucionais e legais que albergam direitos fundamentais gozam de eficácia *jurídica*, pois isso nem sempre é suficiente para que no mundo dos *factos* se consiga saber exatamente o que é que se pode exigir do Estado e o que é que a Administração Pública terá de fazer, quais critérios deverá utilizar, quais meios haverá de empregar, etc.

Asseverar que o particular deve propor ação judicial individual e que cada juiz deve resolver no caso concreto a forma como o direito será assegurado é o mesmo que ignorar a existência do princípio da igualdade. É lógico que em muitos casos não haverá alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário, mas esse não é o tema desta tese. O que aqui se quer demonstrar é que *para evitar a necessidade da tutela jurisdicional*, o cidadão tem um direito fundamental de natureza transindividual a que a Administração edite atos normativos especificando o conteúdo de seus direitos constitucional e legalmente previstos, bem como os correlatos deveres administrativos para o seu pleno atendimento. Com isso a regulamentação dos contornos dos direitos fundamentais sociais será isonômica, adotando-se os mesmos critérios para a resolução dos diversos casos concretos e fortalecendo o grau de proteção jurídica desses direitos. Quanto mais clareza houver no ordenamento jurídico a respeito do que cada indivíduo pode exigir do Estado, maior será o seu nível de exigibilidade.

Os atos administrativos que devem ser expedidos pela Administração Pública para atender ao *direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais* não precisam ser necessariamente decretos regulamentares emitidos pelos Chefes do Poder Executivo. A implementação de tais direitos depende da criação de todas as espécies de atos *normativos*, marcados pela generalidade e abstração,<sup>1661</sup> que podem assumir diversas formas jurídico-administrativas, tais como decretos, instruções normativas, portarias ou resoluções.<sup>1662</sup> Todos esses veículos, inclusive os praticados por autoridades ou órgãos colegiados hierarquicamente inferiores ao Chefe do Executivo (*v.g.*, Ministros, Conselhos, Secretários), são necessários para disciplinar as normas constitucionais e legais que versam sobre direitos fundamentais. Portanto, o direito ora em debate tem por objeto todos os regulamentos administrativos *lato sensu*, compreendidos como atos administrativos normativos, gerais e abstratos, baixados pelos vários órgãos e autoridades que integram a Administração Pública, e não apenas os regulamentos *em sentido estrito*, que no Brasil são fruto do exercício da competência regulamentar conferida privativamente às chefias do Poder Executivo.<sup>1663</sup>

O emprego dos atos administrativos normativos para especificar o teor dos direitos fundamentais e das respectivas obrigações da Administração para efetivá-los constitui um fator

<sup>1661</sup> A propósito de tais características como traços peculiares aos atos administrativos normativos, ver: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 220-222.

<sup>1662</sup> Consoante observa Clèmerson Merlin Clève, “há uma gama imensa de atos normativos editados pelas autoridades integrantes da Administração Pública, a começar pelas instruções editadas pelos Ministros de Estado, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço, entre outros. Todos os atos acima referidos, exceto os últimos, integram um conceito *lato* de regulamento. Integram, ademais, no direito estrangeiro, o próprio conceito de regulamento”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 327.

<sup>1663</sup> GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 109.



de *redução da discricionariedade administrativa*.<sup>1664</sup> Ao produzir atos dessa natureza, ela se autovincula às suas disposições, diminuindo os espaços de atuação que a Constituição e a legislação lhe conferiram em matéria de realização de direitos fundamentais. O princípio da legalidade impõe também à Administração a obrigação de respeitar os atos normativos que ela mesma criou.<sup>1665</sup> Essa constrição da margem discricionária do Poder Público para implementar os direitos sociais fortalece a sindicabilidade destes, visto que haverá um raio menor entre as balizas dentro das quais a Administração deverá se mover, sendo mais fácil ao titular do direito demonstrar que o comportamento administrativo inerte transgredir as normas regulamentadoras do direito fundamental.

É o que ocorre, por exemplo, com a Portaria nº 1.101, de 12 de junho de 2002 do Ministério da Saúde, que fixa parâmetros relativos à quantidade de leitos hospitalares, por especialidade, que deve ser oferecida para o atendimento de cada grupo de 1.000 habitantes. O descumprimento dessa norma, por si só, já importa ilegalidade por desrespeito à autovinculação administrativa. E sendo insuficiente o número de camas disponíveis em um hospital público para dar conta da demanda, gerando o desatendimento de enfermos que careçam dos serviços, a abstenção administrativa implicará violação às dimensões objetiva e subjetiva do direito fundamental à saúde, de modo que a existência do mencionado ato normativo torna mais visível a antijuridicidade da omissão estatal.

O constituinte brasileiro, atento a essa necessidade de que os Poderes Legislativo e Executivo disciplinem mediante leis e atos administrativos normativos as disposições definidoras de direitos fundamentais para o fim de que estes sejam integralmente tutelados, previu um instrumento judicial cabível nos casos em que esse dever constitucional de regulamentação haja sido descumprido. O mandado de injunção, instituído pelo art. 5º, LXXI da CF, foi criado para corrigir esse desvio omissivo das funções legislativa e executiva (de cunho normativo) “sempre que a *falta de norma regulamentadora* torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.<sup>1666</sup> Cuida-se do remédio que serve para curar a patologia da *inatividade normativa*, na qual pode incorrer tanto o legislador ao deixar de editar as necessárias leis, quanto o administrador ao omitir-se em expedir atos gerais e abstratos para regulamentar as normas veiculadoras de direitos fundamentais.

Dessa disposição inscrita na Constituição de 1988 se denota que o direito à emanção de normas jurídicas, ora discutido, tem como destinatário tanto o Parlamento quanto a Administração Pública. Muito se fala sobre o problema das omissões legislativas,<sup>1667</sup> mas pouco

<sup>1664</sup> Ver Parte II, Capítulo 7, item 7.2, subitem 7.2.1., ponto (c).

<sup>1665</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

<sup>1666</sup> Sobre as posições recentes do Supremo Tribunal Federal a propósito do mandado de injunção, ver: VALLE, Vanice Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, p. 155-185, jan./mar. 2013.

<sup>1667</sup> Entre inúmeros outros: SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003; PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a omissão legislativa**: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007; PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. Saraiva: São Paulo, 2007; FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. **La inconstitucionalidad por omisión**. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Madrid: Editorial Civitas, 1998; SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Revista

se disserta sobre as inações administrativas de caráter normativo imprescindíveis para o adequado exercício do conteúdo integral dos direitos fundamentais sociais. A “falta de norma regulamentadora” a que se refere o art. 5º, LXXI da CF expõe com muita clareza o papel fundamental que exerce a Administração Pública no tocante à normatização do conteúdo dos direitos fundamentais. Também o art. 103, §2º, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), faz alusão à possibilidade de os órgãos administrativos cometerem *omissões normativas inconstitucionais*. Com isso resta evidente que as omissões legislativas não são a única forma de vulnerar a tutela dos direitos fundamentais. As omissões normativas de natureza administrativa são igualmente perniciosas.

Esses dois dispositivos constitucionais – art. 5º, LXXI e art. 103, §2º – permitem deduzir da Lei Maior o *direito à regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais*. Se a “falta de norma regulamentadora” é um fenômeno antijurídico no qual os órgãos administrativos podem incorrer, suscetível de ser combatido por mecanismos judiciais criados pela Constituição, presume-se que tal comportamento consiste no descumprimento, pela Administração, de um *dever de editar normas regulamentadoras*. A esse dever corresponde o direito supraindividual a que os entes administrativos regulem as normas que albergam direitos fundamentais.

Quando um regulamento é decisivo na fixação de critérios para se ter acesso a um direito fundamental, a falha da Administração Pública em editá-lo é gravíssima, porque concede à autoridade administrativa competente para expedi-lo o poder de, com a sua omissão, fulminar a eficácia social da norma legal e da disposição constitucional por ela disciplinada.<sup>1668</sup> Veja-se uma situação prática. O art. 37, VIII da Constituição estabelece que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. A Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, previu em seu art. 2º, parágrafo único, III, “d”, o dever de “adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública (...)”.<sup>1669</sup> E em seu art. 18, determinou que “os órgãos federais desenvolverão, no prazo de 12 (doze) meses contado da publicação desta Lei, as ações necessárias à efetiva implantação das medidas indicadas no art. 2º desta Lei”. Foi somente no ano de 1999 que o Presidente da República expediu o Decreto nº 3.298/1999 regulamentando adequadamente o conteúdo desse direito fundamental, o qual fixou em seu art. 37, §1º, o percentual *mínimo* de 5% em face da classificação obtida.<sup>1670</sup>

---

dos Tribunais, 2004; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A construção de uma garantia constitucional:** compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

<sup>1668</sup> Tratando da questão, aduz Alejandro Nieto: “Essa deliberada resistência do Governo frente à Lei é politicamente muito grave e tem uma transcendência jurídica incalculável. Parece inconcebível, com efeito, que o próprio Governo se alce deliberadamente e descumpra a Lei; mas assim sucede. Com o resultado – tantas vezes posto em relevo – de que a Lei resta letra morta. Pois bem, se o cumprimento da Lei é inexoravelmente exigível aos cidadãos, não é fácil explicar que não se exija também do Governo”. NIETO, Alejandro. *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. Documentación Administrativa*, nº 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 11-64, 1986. p. 60.

<sup>1669</sup> No ano seguinte, a Lei nº 8.112/90 estipulou em seu art. 5º, §2º um percentual *máximo* de 20% para a reserva de vagas às pessoas com deficiências nos concursos públicos das entidades federais. Tendo sido fixado só o teto, a Administração detinha ampla discricionariedade para definir o percentual que iria reservar, podendo inclusive destinar um número ínfimo, impossibilitando com isso que os titulares do direito se insurgissem contra a escassez de vagas reservadas. Permaneceu, portanto, a necessidade de regulamentação idônea do direito, a qual não foi suprida pela Lei nº 8.112/90.

<sup>1670</sup> Decreto nº 3.298/1999: “**Art. 37.** Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições

Esse é apenas um exemplo singelo que bem atesta a importância do *direito à regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais*. No caso, a ausência de decreto regulamentar fragilizou por mais de dez anos a tutela administrativa efetiva e *integral* do conteúdo de um direito fundamental. Logo, não há dúvidas de que a satisfação plena dos direitos fundamentais sociais, sobretudo quanto à sua função de *prestações fáticas*, reclama a existência de concreção através de normas legais e administrativas que definam de forma clara os seus contornos jurídicos. Os deveres de ações positivas do Estado serão mais facilmente identificáveis, e conseqüentemente, mais exigíveis, quanto maior for a configuração normativa das pretensões jurídicas jusfundamentais. E assim, a criação de normas que definam de maneira clara o conteúdo do direito constitucionalmente assegurado contribuirá para que sua plenitude eficaz seja mais rapidamente alcançada e que sua proteção seja reforçada.<sup>1671</sup>

Essa regulamentação administrativa pode ter como objeto direto: **(a.1)** as normas *legais* que tratem de direitos fundamentais sociais, retratando uma atuação administrativa *infralegal* (*secundum legem*); **(a.2)** as normas *constitucionais* veiculadoras desses direitos, hipótese em que será necessária uma ação administrativa não *infralegal*, mas *infraconstitucional* (*praeter legem*).

**(a.1)** Há casos em que o Poder Legislativo, cumprindo as ordens constitucionais de legislar, cria normas legais disciplinadoras do conteúdo de direitos fundamentais. Muitas vezes, no entanto, deixa de regular a matéria por completo – seja por falta de tempo ou de capacidade técnica, seja pela complexidade da matéria ou por questões políticas (v.g., facilitar a alteração posterior das regras) – impossibilitando parcial ou totalmente o exercício do direito fundamental regrado pela lei. Em tais situações, pouco adianta que as leis proclamem diretrizes gerais a respeito de direitos constitucionalmente previstos se a Administração, através de atos administrativos normativos, não concretiza os detalhamentos necessários para a sua implementação.<sup>1672</sup>

A margem de discricionariedade administrativa para editar a regulamentação necessária à concretização do conteúdo do diploma legal varia, a depender do modo como o legislador tratou do tema. Em geral, ocorre uma das seguintes situações: (i) a lei *não se refere* à possibilidade de sua regulamentação administrativa, hipótese em que se verifica uma maior discricionariedade deixada ao Poder Executivo para expedir o regulamento; (ii) a lei *impõe a necessidade* de especificação regulamentar do seu conteúdo, mas concede ao Executivo margem de apreciação para verificar o momento mais oportuno de fazê-lo; (iii) a lei determina que seja expedido o regulamento e *assinala um prazo* para que o Executivo o faça, caso em que não resta mais qualquer espaço de discricionariedade quanto ao dever de regulamentá-la e ao momento de fazê-lo.<sup>1673</sup>

Em todas essas hipóteses a Administração Pública, por seus órgãos competentes para dar execução à matéria tratada na lei, tem o *dever-poder* de editar atos administrativos normativos especificando o conteúdo das normas legais, ainda que a lei não exija expressamente

---

sejam compatíveis com a deficiência de que é portador. §1º. O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida. §2º. Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente”.

<sup>1671</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010. p. 34.

<sup>1672</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis. Prólogo. In: GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 27.

<sup>1673</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. Demandas por omisión. **AeDP: Actualidad en el Derecho Público**, nº 9, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 149-154, ene./abr. 1999. p. 153.

a sua regulamentação. Porém, no segundo e no terceiro casos, em que há previsão explícita do dever de regulamentar a lei para dar execução aos seus preceitos, o legislador dirige uma obrigação cogente ao Poder Executivo, eliminando qualquer margem de discricionariedade para decidir se irá ou não expedir o respectivo regulamento. Conforme explica Clèmerson Merlin Clève, “se a lei é constitucional e dispõe de normas não autoexecutáveis, o exercício da atribuição regulamentar constitui medida inafastável, sob pena de a autoridade competente (o Presidente da República) incidir em crime de responsabilidade (art. 85, VII, da CF)”.<sup>1674</sup> Em tais casos, a omissão da autoridade ou órgão ao qual a norma legal conferiu competência para regulamentar a lei implica não só ilegalidade, mas, quando se tratar de direitos fundamentais, também *inconstitucionalidade*, por haver se configurado uma *omissão administrativa normativa inconstitucional*. Constitui hipótese de descumprimento de um *dever jurídico* e não de uma prerrogativa qualquer, pois “negar caráter jurídico à obrigação de executar as leis – e, portanto, de ditar regulamentos se assim o exige o direito objetivo – valeria tanto como reconhecer ao Governo uma faculdade, política, de veto suspensivo sobre o processo de criação normativa”.<sup>1675</sup>

O princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput*) e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF) impõem à Administração o dever de disciplinar normativamente as disposições relativas a esses direitos, sob pena de *violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais*. Relembre-se que por conta dessa dimensão recaem sobre os Poderes Públicos *deveres autônomos de proteção* dos direitos fundamentais, independentemente de provocação subjetiva dos seus titulares. Um deles é a incumbência sobre a qual se está a tratar, relativa à criação de atos administrativos normativos. A ela corresponde o *direito à regulamentação das normas veiculadoras de direitos fundamentais*, decorrente do direito à tutela administrativa efetiva. Mesmo que nenhum particular impetre mandado de injunção exigindo a viabilização do exercício do seu direito constitucional por ausência de regulamentação administrativa, a dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais faz pesar sobre a Administração a obrigação de adotar tais medidas para proporcionar, de forma universalizada, um maior acesso dos cidadãos aos bens jurídicos jusfundamentais. E a violação desse dever precisa ser levada a sério, não podendo ser simplesmente ignorada como normalmente ocorre, já que a inércia dos entes administrativos em exercer sua competência normativa secundária ofenderá os direitos fundamentais de inúmeros cidadãos, que se verão impossibilitados de fruir dos seus efeitos.

Veja-se a Lei nº 11.096/05, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI, destinado, segundo o seu art. 1º, “à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos”. O §1º do mesmo dispositivo estabelece que as “bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), *cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação*, serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, *mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação*”. Conquanto o legislador não tenha estabelecido prazo para a regulamentação exigida, a sua edição pelo órgão competente – no caso, o Ministério da Educação – é fundamental para a fruição dessa parcela do direito fundamental à educação.

<sup>1674</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública... *Op. Cit.*, p. 333, nota nº 39.

<sup>1675</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 263.

Por sua vez, a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, prevê no seu art. 13 que, nas demandas que visarem à tutela de direitos difusos, “havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. O art. 20 do mesmo diploma fixou o prazo de noventa dias para que o Poder Executivo regulamentasse o fundo de que trata o art. 13, que só veio a expedi-lo quase seis meses depois. A implementação desse instrumento, que dependia de regulamento administrativo, revelava-se essencial para a tutela ressarcitória de inúmeros direitos fundamentais de cunho metaindividual, como a proteção ao meio-ambiente.

Outro exemplo, referido no início deste trabalho, é o do direito fundamental à assistência social das pessoas com deficiências, que deriva da interpretação conjunta do art. 6º com o art. 203, IV da Constituição.<sup>1676</sup> A Lei nº 8.213/1991, buscando materializá-lo, determinou que as empresas com mais de cem empregados deveriam preencher de 2% a 5% de seus cargos com beneficiários da previdência social reabilitados ou com pessoas portadoras de deficiência habilitadas. Somente no ano de 1999 foi editado pelo Presidente da República o Decreto nº 3.298/1999, que especificou os critérios para que o indivíduo possa ser considerado como “pessoa portadora de deficiência habilitada” e titularizar o mencionado direito.<sup>1677</sup> Sem a expedição do decreto regulamentar, era inviável o exercício desse direito fundamental veiculado pela Constituição e concretizado pela lei.

Como se vê, a ausência de criação dos atos administrativos normativos necessários à implementação dos direitos fundamentais sociais gera danos transindividuais suportados por toda a coletividade, que devem ser ressarcidos pelos agentes públicos omissos que detinham competência expressa para expedi-los e não o fizeram, desde que reste comprovado o seu dolo ou culpa. Para tanto, é necessário que a lei tenha expressamente determinado a necessidade de regulamentação. Caso ela estipule o prazo para a expedição do ato normativo, o seu decurso configurará a ilegalidade da omissão. Caso não defina um marco temporal, o transcurso de um prazo desarrazoado sem que haja sido editado o ato poderá suscitar a responsabilização do agente omissor.

**(a.2)** Há situações em que a implementação dos direitos fundamentais sociais reclama que a Administração Pública regule as normas constitucionais que os veiculam mesmo que a lei nada tenha disposto a respeito do assunto. Ela se verá, então, obrigada a atuar *praeter legem* para dar cumprimento à dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais. Trata-se de um dos efeitos positivos do direito a uma tutela administrativa efetiva, que impõe à Administração Pública o *dever de adotar espontaneamente todos os meios necessários à satisfação otimizada dos direitos fundamentais do cidadão, ainda que inexista regulamentação prevista em lei formal*

<sup>1676</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) **IV** - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”.

<sup>1677</sup> Decreto Presidencial nº 3.298/99: “**Art. 36.** (...) § 2º. Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. § 3º. Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função”.

*determinando os contornos da sua atuação, casos esses em que será exigível a atividade administrativa “praeter legem”.*

O fundamento constitucional para esse tipo de atuação administrativa normativa é o art. 5º, §1º, segundo o qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais ostentam aplicação imediata. Por conta disso, não há necessidade de que haja lei intermediadora para que a Administração se veja compelida a dar execução direta a essas normas constitucionais, devendo, portanto, especificar o seu conteúdo mediante a criação de atos gerais e abstratos para conferir-lhes maior concretude. O tema foi explorado no Capítulo 7, item 7.2., subitem 7.2.2., ao qual se remete para aprofundamento acerca da posição aqui defendida.

Calha repisar, apenas, que essa criação de atos normativos *praeter legem* pela Administração Pública, fundada diretamente na Constituição, só caberá para a finalidade de *ampliar a esfera jurídica do cidadão*, não estando autorizada quando o objetivo for adotar medidas ablativas aos seus direitos, como as de caráter sancionatório, restritivo ou supressor de posições jurídicas. Afinal, o argumento em geral utilizado para inadmitir a atuação *praeter legem* da Administração Pública, marcadamente no uso de suas competências normativas, é o receio de que haja invasão no universo de direitos dos indivíduos, mediante a criação e execução de medidas arbitrárias pela via administrativa. Em consequência, nas situações em que é justamente a *ausência de regulamentação normativa* a causa da violação dos direitos fundamentais do cidadão, seria um contrassenso proibir a expedição de atos administrativos gerais e abstratos sem suporte legal que tenham por escopo *tutelar* tais direitos. Dita racionalidade implicaria, ao argumento de se estar *protegendo os direitos fundamentais*, vedar a atividade normativa *praeter legem* e obter como resultado a *agressão* a esses mesmos direitos. Os demais parâmetros para o emprego dessa modalidade de ato administrativo normativo e exemplos de situações já ocorridas no Brasil estão expostos no apartado supraindicado.

Convém ainda consignar uma segunda nota, para que fique claro o entendimento aqui manifestado. Defender a possibilidade de a Administração Pública criar atos administrativos normativos *praeter legem* – é dizer, que não estejam a regulamentar uma determinada lei formal, mas sim, diretamente, uma norma constitucional – não é o mesmo que se defender a existência, no sistema constitucional brasileiro, de uma competência dos Chefes do Poder Executivo para a edição dos chamados *regulamentos autônomos*. Como se sabe, tais regulamentos, previstos em alguns países como a França, representam atividade normativa *primária*, autorizada a inovar no ordenamento jurídico criando direitos, obrigações e proibição não anteriormente previstos, com base direta na Constituição e sem suporte na lei. Ademais, o que ocorre em sistemas como o francês, que adotam essa figura jurídica, é uma repartição de competências materiais: determinados temas ficam reservados à disciplina da lei formal, ao passo que outros são reservados ao domínio dos regulamentos autônomos do Poder Executivo.<sup>1678</sup> Logo, “o regulamento autônomo típico importa partilha do poder normativo entre o Executivo e o Legislativo”.<sup>1679</sup>

A postura aqui sustentada é distinta por dois motivos. Em primeiro lugar, porque *decreto* e *regulamento* são signos que expressam fenômenos distintos: o primeiro se refere à

<sup>1678</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**: cours, thèmes de réflexion, commentaires d’arrêts avec corrigés. 13. ed. Paris: LGDJ, 2013. p. 328-329.

<sup>1679</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323.

*forma* do ato, ao passo que o segundo diz respeito ao seu *conteúdo*.<sup>1680</sup> Assim, embora seja competência privativa do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos Municipais expedir *decretos regulamentares* para a fiel execução das leis (art. 84, IV, CF), a atribuição de editar *regulamentos* em sentido *amplo* – atos administrativos normativos, gerais e abstratos, disciplinadores de determinadas matérias – é conferida a vários órgãos e autoridades administrativas hierarquicamente inferiores aos Chefes do Poder Executivo. Dessa maneira, a referência que aqui se faz não é apenas aos *decretos regulamentares*, mas a todos os regulamentos administrativos *lato sensu* expedidos pelos diversos órgãos da Administração Pública, caracterizados pela veiculação de normas gerais e abstratas.

Em segundo lugar, porque *regulamentos de execução* não são, necessariamente, regulamentos de execução *de leis*. A advertência é feita por Fernando Dias Menezes de Almeida, ao constatar a plena possibilidade de serem editados *regulamentos* – atos administrativos normativos – destinados a disciplinar diretamente normas constitucionais que incidam direta e imediatamente sobre a atividade administrativa. Isso porque, em tais casos “a regra constitucional já poderia – e mais, deveria – ser posta em prática pela Administração, independentemente da atuação do legislador infraconstitucional”. E por esse motivo, “ao agir para cumprir dispositivo autoexecutável da Constituição, nada impede que a Administração, para melhor organizar sua ação, estabeleça parâmetros normativos gerais e abstratos, ou seja, edite regulamentos”.<sup>1681</sup> Parece ser essa também a posição de Clèmerson Merlin Clève, quando admite excepcionalmente o uso dos regulamentos *praeter legem* para o fim específico dar concretude a preceito constitucional de incidência direta que carecia de regulamentação e o legislador não a editou.<sup>1682</sup>

Destarte, o que aqui se defende é que, por força da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), a Administração Pública está obrigada a expedir *regulamentos de execução de normas constitucionais* que veiculem esses direitos. Observou-se, a partir dos exemplos supracolacionados, que em diversos casos a ausência dessa regulamentação administrativa dos enunciados constitucionais relativos a direitos fundamentais chega a bloquear integralmente a possibilidade de fruição de tais direitos. Como se diz no dispositivo constitucional relativo ao mandado de injunção, cuida-se de hipótese em que “a falta de norma regulamentadora” torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais. Essa postura é considerada *antijurídica* pela Constituição. É, pois, *inconstitucional*. Isso significa que para não incorrer nessa espécie de inconstitucionalidade, os órgãos e as autoridades administrativas têm o *dever constitucional* de criar esses atos administrativos normativos (gerais e abstratos) – que nada mais são do que *regulamentos de execução da Constituição* – para possibilitar o desfrute pleno dos efeitos dos direitos fundamentais.

O que distingue essa espécie de atos dos chamados *regulamentos autônomos* é o fato de que, conquanto ambas as modalidades independam da existência de lei formal para serem editadas, os *regulamentos de execução de normas constitucionais* estão sempre subordinados à lei, ainda que potencialmente, e não possuem um âmbito material a eles reservado. Se for editada uma lei superveniente disciplinando o tema de forma contrária – o que pode acontecer sem problema algum – as normas por ela veiculadas derogarão as disposições do regulamento, o

<sup>1680</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões... *Op. Cit.*, p. 225.

<sup>1681</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Idem*, p. 226.

<sup>1682</sup> Confira-se: “O regulamento de execução (...) não pode operar *contra legem*, *ultra legem* ou *praeter legem*, exceto nas situações em que se esteja a realizar, diretamente, comando constitucional descumprido, por ação ou omissão do legislador”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública... *Op. Cit.*, p. 336.

qual se situa em um patamar inferior ao diploma legal. Já os chamados *regulamentos autônomos*, nos sistemas constitucionais que o acolhem, não se encontram em uma relação direta de subordinação com a lei parlamentar (embora devam respeitar todo o ordenamento jurídico): na realidade cada um diz respeito a um âmbito material distinto. É como ocorre com a lei ordinária e a lei complementar no Brasil, que não se subordinam umas às outras, mas tratam, cada qual, de assuntos diversos.<sup>1683</sup> Perceba-se que há uma diferença entre aludir a “ato normativo *criado com apoio da lei*” e a “ato normativo *subordinado à lei*”. O primeiro termo se refere àqueles que pressupõem a prévia existência de uma lei para a sua criação, ao passo que o segundo diz respeito à hierarquia das normas veiculadas pelo ato no escalonamento normativo do ordenamento jurídico.

Assim, os *regulamentos de execução de normas constitucionais* definidoras de direitos fundamentais não reclamam a existência prévia de uma lei formal para serem editados, podendo regulamentar diretamente a Constituição, mas caso sobrevenha legislação formal tratando do assunto, ela prevalecerá sobre os termos do ato administrativo normativo.<sup>1684</sup> O que não ocorreria se eles se tratassem de *regulamentos autônomos*, haja vista que essa modalidade de atos trata de assuntos que são *reservados à disciplina do Poder Executivo por essa via*, inseridos em um âmbito material diferenciado do domínio sobre o qual compete às leis disciplinar. Eles intervêm em “matérias reservadas ao poder regulamentar e protegidas contra intromissões do legislador”.<sup>1685</sup> Não é o que ocorre com os *regulamentos de execução da Constituição*.

(b) Em matéria de regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais, o segundo efeito produzido pelo direito à tutela administrativa efetiva consiste na incumbência, que recai sobre a Administração, de promover *igualmente* a satisfação dos direitos fundamentais sociais, expedindo *atos administrativos normativos que universalizem reconhecimentos de direitos ocorridos individualmente pelas vias administrativa ou judicial*, estendendo-os a todos os demais titulares da mesma pretensão jurídica jusfundamental.

Uma das principais virtudes da identificação do direito à tutela administrativa efetiva consiste em obrigar a Administração a adotar providências voltadas à realização coletivizada dos direitos sociais em homenagem ao princípio da igualdade, que constitui a verdadeira razão da existência de tais direitos. Não há dúvidas de que é preciso conferir efetividade ao texto constitucional – inclusive por meio de ações judiciais de cunho individual – mas não em prejuízo ao cumprimento do dever de concretizá-lo com igualdade. As prestações e benefícios sociais, o uso de bens comunitários e o acesso aos serviços públicos devem ser levados a cabo através de um tratamento universal e igualitário.<sup>1686</sup> A existência de pessoas que se encontrem nas mesmas condições reclamará que o atendimento das pretensões jusfundamentais de uma delas seja estendido às outras. E o ato administrativo normativo é a via técnico-jurídica de que dispõe a Administração para atingir esse objetivo.

As referências ao manejo de atos normativos para a promoção *espontânea, integral e igualitária* dos direitos fundamentais sociais já foi realizada nesta tese em três oportunidades.

<sup>1683</sup> É o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 419.629. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 23.05.2006. DJ 30.06.2006. Há quem divirja da opinião da Corte, sustentando haver hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias, como é o caso de: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: 2012. p. 270.

<sup>1684</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões... *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>1685</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 329.

<sup>1686</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010. p. 66.



Primeiramente, quando se defendeu que a tutela *espontânea* de tais direitos pressupõe que a Administração e a Advocacia Pública reconheçam *sponte propria* a procedência dos pedidos administrativos e judiciais dos cidadãos que encontrem respaldo no ordenamento jurídico, expedindo atos administrativos gerais nos casos em que a jurisprudência já pacificou o entendimento em favor da concessão da pretensão aos particulares, para determinar que nessas situações: (i) os órgãos públicos defiram os pedidos administrativos nesse sentido; (ii) as procuraturas públicas deixem de contestar as ações judiciais que se enquadrarem nessas hipóteses; (iii) os advogados públicos deixem de recorrer quando a decisão judicial for benéfica aos direitos do cidadão e estiver em consonância com a jurisprudência consolidada.<sup>1687</sup>

A segunda ocasião em que se versou sobre a temática foi no tópico destinado à atuação administrativa *contra legem* para a tutela de direitos fundamentais.<sup>1688</sup> Ali se apontou o dever do dirigente máximo da entidade pública que reconheceu a inconstitucionalidade da lei (por afronta aos direitos fundamentais) de editar um ato administrativo normativo, determinando que todos os órgãos e agentes que integrem a Administração Pública sob sua chefia deixem de cumprir a lei havida por inconstitucional. O escopo da medida é justamente o de prestigiar o princípio constitucional da igualdade, permitindo que todos os indivíduos que possam ser favorecidos com a inaplicação da lei inconstitucional sejam positivamente atingidos pelos efeitos desse ato.

E a terceira oportunidade em que se invocou a necessidade de prática de atos administrativos normativos foi no subitem dedicado à atividade administrativa *praeter legem*.<sup>1689</sup> Sugeriu-se que quando a Administração Pública vier a tutelar, pela via individual, um direito constitucionalmente previsto sem que a lei tenha disciplinado os seus contornos, a concessão da medida deve ser universalizada para beneficiar a todos os titulares do direito implementado à margem da lei. E é através dos atos administrativos normativos que essa coletivização dos efeitos da atuação *praeter legem* da Administração deverá ser empreendida.

## 8.2. Prestações fáticas e ferramentas administrativas de maximização da tutela dos direitos fundamentais sociais

Foram analisados, no apartado anterior, instrumentos do Direito Administrativo por meio dos quais a Administração Pública produz *atos jurídicos* necessários à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Sob o prisma da dimensão *subjetiva*, viu-se que o *processo administrativo* presta-se a tutelar as funções de *defesa* e de *prestação fática* de tais direitos, servindo como uma barreira contra ações estatais agressivas aos bens jurídicos por eles protegidos e como um mecanismo de exigência de prestações administrativas e cunho social. Do ponto de vista da vertente *objetiva* dos direitos fundamentais sociais, foram exploradas as potencialidades dos atos administrativos normativos para proporcionar uma realização espontânea, integral e igualitária desses direitos, atendendo à sua função de *prestação normativa*.

Reclamam referência, ainda, duas ferramentas imprescindíveis para a satisfação efetiva dos direitos fundamentais sociais. Ambas exigem que a Administração Pública as empregue de ofício para criar as condições necessárias à fruição desses direitos por toda a coletividade, fornecendo aos cidadãos ações e serviços orientados à elevação do bem-estar social, à redução das graves disparidades existentes entre as distintas classes socioeconômicas e à promoção da

<sup>1687</sup> Parte II, Capítulo 6, item 6.2, subitem 6.2.2.

<sup>1688</sup> Parte II, Capítulo 7, item 7.1, subitem 7.1.2., ponto (a.3), (v) quinta questão, quarto requisito.

<sup>1689</sup> Parte II, Capítulo 7, item 7.2., subitem 7.2.2., ponto (b.3).

inclusão e da igualdade em sentido substancial. São institutos que se destinam a *maximizar a tutela* dos direitos fundamentais sociais, relacionados tanto à sua dimensão *subjetiva* quando à sua faceta *objetiva*: os *serviços públicos* e as *políticas públicas*.

Do direito fundamental à tutela administrativa efetiva derivam: (8.2.1.) o *direito ao serviço público adequado*, por meio do qual a Administração fornecerá aos cidadãos, sob um regime jurídico de Direito Público, prestações de utilidades ou comodidades materiais para satisfazer os seus direitos fundamentais sociais; (8.2.2.) o *direito à implementação de políticas públicas*, através do qual o Estado adotará ações específicas de distintas naturezas para dar concretude ao conteúdo integral dos direitos sociais (não permitindo que eles se tornem para alguns meras declarações abstratas) e para resolver problemas da sociedade que estejam emperrando a adequada fruição de tais direitos.

### 8.2.1. *Direito ao serviço público adequado: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material*

O serviço público consiste em um dos capítulos mais clássicos, mais controvertidos e mais cambiantes do Direito Administrativo. Seu conceito tem se transformado ao longo dos anos, adquirindo sentidos diferentes em cada momento histórico e em cada ordenamento jurídico. Nem mesmo delimitando-se os aspectos temporal e espacial é possível encontrar uma acepção unívoca: num mesmo Estado, no mesmo instante, haverá tantos conceitos de serviço público quanto forem os autores que sobre ele vierem a dissertar. Por isso, renuncia-se aqui à sedutora tentativa de esmiuçar a rica literatura jurídica que enfrentou a temática para o fim de apresentar as origens do instituto, as suas modificações conceituais,<sup>1690</sup> as variadas significações por ele assumidas nos diversos sistemas normativos e no pensamento dos múltiplos juristas que se debruçaram sobre o assunto.<sup>1691</sup> O propósito deste tópico é muito mais modesto: ele partirá da noção de serviço público que pode ser deduzida sob a vigência do Direito positivo brasileiro contemporâneo, à luz dos autores que parecem manifestar a acepção mais consentânea com a Constituição brasileira de 1988, para então relacioná-lo com a tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais.

O enfrentamento do tema será dividido em três partes: **(a)** a identificação da *noção jurídica* de serviço público no Brasil atual; **(b)** a fundamentação normativa e o conteúdo jurídico do *direito fundamental ao serviço público adequado*; **(c)** a análise da ideia de *universalidade do acesso aos serviços públicos* sob o influxo do princípio da igualdade material.

**(a)** Não há disposição específica no ordenamento jurídico pátrio que defina textualmente o que vem a ser *serviço público*. A explicação sobre o significado dessa atividade desenvolvida pelo Estado pode ser realizada a partir da conjugação de seus aspectos *materiais* (traços intrínsecos à própria atividade) e *jurídicos* (regime de princípios e regras sobre ela incidentes). Desde o ponto de vista *material*, os serviços públicos consistem em espécie de atividade econômica em sentido amplo. Esta se caracteriza pela produção, circulação e comercialização de bens e serviços de natureza *econômica*, isto é, de “objetos relativamente

<sup>1690</sup> VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 511-552.

<sup>1691</sup> Para uma perspectiva aprofundada e geral sobre a temática, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

escassos, suscetíveis de posse e que servem, direta ou indiretamente, para a satisfação de necessidades humanas”.<sup>1692</sup> São marcados notadamente pela sua utilidade (satisfazem necessidades do ser humano) e escassez (não se encontram na natureza em abundância e facilmente sujeitos à apropriação).<sup>1693</sup> Atividades como os serviços de educação, saúde, transporte, fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, entre tantas outras são peculiarizadas por essas notas. Independentemente de quem esteja autorizado a prestá-las (Estado ou sujeitos privados) e sob qual regime jurídico (mais ou menos benéfico ao destinatário), são serviços que envolvem bens escassos e úteis, e, portanto, representam atividade de caráter econômico.<sup>1694</sup>

Sob tal perspectiva – *material* – é possível afirmar que o gênero “atividades econômicas em sentido amplo” engloba como espécies tanto os *serviços públicos* quanto as *atividades econômicas em sentido estrito*.<sup>1695</sup> São os aspectos *jurídicos* de cada uma delas, vale dizer, a forma como o Direito as disciplina, que permitem distinguir uma da outra, pois a partir dessa perspectiva elas se diferem expressivamente.<sup>1696</sup> A Constituição brasileira estabelece, em seu art. 173, *caput*, que a exploração direta das atividades econômicas (em sentido estrito) está reservada à iniciativa privada, de modo que o seu desenvolvimento não constitui tarefa típica do Estado, sendo-lhe permitido realizá-las somente em hipóteses excepcionais.<sup>1697</sup> Quando são exploradas pelos particulares, são atividades regidas pelo conjunto de princípios e regras próprios do Direito Privado; quando empreendidas, excepcionalmente, pelo Estado, tal regime será parcialmente derogado por normas de Direito Público.

Já os serviços públicos constituem atividades econômicas *lato sensu* cuja prestação, em virtude de uma decisão estatal consolidada pelo ordenamento jurídico, é considerada atribuição típica do Poder Público, a quem incumbe o dever de garantir que serão oferecidas continuamente à população e sob a incidência de um regime principiológico peculiar de bases juspublicistas. São atividades econômicas (*lato sensu*) como quaisquer outras, que em princípio poderiam ser livremente exploradas pela iniciativa privada sob o regime de mercado, mas que o Estado reputou demasiadamente importantes para a satisfação de relevantes necessidades humanas que seria inadequado correr o risco de que elas deixassem de ser ofertadas pelos particulares ou de

<sup>1692</sup> GASTALDI, José Pretelli. **Elementos de economia política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88.

<sup>1693</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

<sup>1694</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 130 *et seq.*

<sup>1695</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

<sup>1696</sup> Ricardo Marcondes Martins discorda da classificação que considera o serviço público uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, apresentando três fundamentos para embasar sua divergência. Os três são de ordem *jurídica*, não *material*: sustenta a incompatibilidade da atividade de “serviço público” com três princípios regentes das atividades econômicas (livre concorrência, propriedade privada e defesa do consumidor). Ocorre que o *regime jurídico* incidente – argumento sobre o qual se apoia o autor para distinguir “serviço público” de “atividade econômica” – é justamente o critério que *diferencia* essas duas modalidades de atividade econômica *lato sensu*. O que as assemelha, tornando-as espécies do mesmo gênero, é o seu *objeto*: produção e circulação de bens econômicos (escassos, úteis e tendentes à satisfação de necessidades humanas). Os princípios que as regem constituem, de fato, o fator que as diferencia completamente. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 197-198.

<sup>1697</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

que se tornassem inacessíveis a uma parcela da população que delas necessitasse.<sup>1698</sup> Assim, através de normas jurídicas primárias atributivas de deveres-poderes às entidades estatais, o Poder Público dirige à Administração a obrigação de assegurar que tais atividades sejam prestadas permanentemente, estipulando princípios de observância obrigatória sobre elas incidentes para atingir a finalidade de que todos os cidadãos que delas necessitem possam acedê-las de maneira igualitária.

Essa intelecção se deduz do art. 175 da Constituição. O *caput* do dispositivo estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Em seu parágrafo único, inciso IV, o enunciado determina que “a lei disporá sobre (...) a obrigação de manter serviço adequado”. O que se depreende daí é que: (i) o Estado tem um *dever* de garantir que os serviços públicos serão oferecidos à população, seja mediante a prestação direta por entes estatais, seja através da prestação por particulares pela via dos institutos da concessão ou da permissão; (ii) não se trata de um serviço qualquer, mas de um serviço *adequado*, em conformidade com princípios específicos a serem previstos na ordem jurídica, logicamente com o fito de alcançar a finalidade a que essa atividade se propõe, que é permitir a todos o acesso a esses bens e serviços úteis e escassos (e, portanto, econômicos) mesmo quando eles não estejam disponíveis no mercado.

Perceba-se que a ideia de *exclusividade* da titularidade das atividades que o sistema normativo considera serviços públicos não é um traço que marca a sua definição.<sup>1699</sup> É certo que a titularidade da atividade *enquanto serviço público* será exclusiva do Estado, pois se o ordenamento jurídico obrigá-lo a prestá-la ele não poderá se desincumbir de proporcionar a sua oferta contínua sob um regime jurídico especial. Mas casos há em que a Constituição autoriza que aquela mesma atividade que compete ao Estado prestar *na condição de serviço público* seja explorada pela iniciativa privada *na condição de atividade econômica em sentido estrito* (ainda que em tais casos ela seja fortemente regulada pelo Estado e o regime sofra o influxo de alguns princípios de Direito Público). É o que se passa com os serviços de educação, saúde, assistência e previdência, cujo fornecimento obrigatoriamente deverá ser garantido pelo Poder Público, na qualidade de *serviços públicos* e sob o regime jurídico que lhes é inerente, mas cuja exploração está também autorizada pelos particulares, sob o regime próprio das atividades econômicas *stricto sensu* (mas parcialmente derogado por normas juspublicistas) e sob intensa regulação e fiscalização estatal.

Portanto, muito embora em diversas situações – na realidade, na maioria delas – a Constituição proíba a exploração dessas atividades econômicas *lato sensu* pelos particulares sob o regime privado, pois sua prestação incumbe preferencialmente (e, no mais das vezes, exclusivamente) ao Poder Público, não é isso que permite classificá-las como serviço público. Independentemente de tais atividades econômicas *lato sensu* poderem ser desenvolvidas concomitantemente pela iniciativa privada e de geralmente incumbirem com exclusividade ao Poder Público, o que faz delas serviços públicos é a obrigação que a Lei Fundamental faz recair sobre o Estado de manter a sua prestação (seja implementando-as diretamente, seja delegando a

<sup>1698</sup> O Poder Público percebe, nas palavras de Augusto Neves Dal Pozzo, que aquela “atividade resulta primordial para a satisfação das necessidades sociais, não sendo possível oferecê-la sob a égide das leis de mercado”. DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 117.

<sup>1699</sup> A esse respeito, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

sua execução a particulares e fiscalizando-a) e os princípios jurídicos que as regem para assegurar que o objetivo a elas inerente será atendido (torná-las disponíveis a todos os que delas careçam). É disso que se trata a previsão constitucional da obrigação estatal de “manter serviço adequado”: ele deve ser adequado aos fins a que se destina, o que pressupõe a sua submissão a um regime jurídico especial e mais benéfico ao cidadão.

A partir dessas considerações se depreende que o serviço público é composto por três elementos: (i) o *subjetivo*, que consiste na titularidade do Estado, a quem cabe assegurar continuamente a sua prestação, fornecendo-os diretamente ou através de sujeitos privados por via da concessão ou da permissão; (ii) o *material* (ou *objetivo*), que diz respeito ao fato de se tratar de uma atividade de oferecimento de “utilidade ou comodidade material”<sup>1700</sup> – isto é, de prestações fáticas – e destinada à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, direta ou indiretamente ligadas à garantia e promoção de sua dignidade; (iii) o *formal* (ou *jurídico*), que se refere ao regime jurídico especial ao qual a oferta de tais atividades se submete, composto por princípios e regras de Direito Público, que têm por objetivo garantir a sua prestação adequada, com qualidade e acessibilidade a todos os que deles necessitem.<sup>1701</sup>

Desses três componentes, que devem estar sempre reunidos para que se possa considerar a atividade um serviço público, o mais decisivo para caracterizá-la como tal e diferenciá-la da maior parte das demais atividades estatais<sup>1702</sup> é o *material*, pois os outros dois são consequências diretas desse.<sup>1703</sup> É o fato de a atividade envolver a *prestação de utilidades e comodidades materiais voltadas à satisfação de relevantes necessidades humanas* que gera ao Estado a obrigação de garantir o seu fornecimento permanente (por suas próprias entidades ou por quem lhe faça as vezes) e que faz nascer a necessidade de sujeitá-la a um plexo de normas jurídicas de Direito Público, capaz de proporcionar o seu oferecimento sob condições protetivas ao cidadão.

Nesse ponto se pode identificar a íntima conexão do instituto do serviço público com os direitos fundamentais sociais. Estes últimos são consagrados pelo bloco de constitucionalidade – disposições constitucionais expressas e implícitas e tratados internacionais de direitos humanos – precisamente com o propósito de atender às necessidades elementares das pessoas, resguardando e promovendo a sua dignidade. A satisfação desses direitos depende diretamente de ações estatais orientadas à criação das condições imprescindíveis para tornar real e efetiva a sua fruição pelos indivíduos. Grande parcela dessas condições é composta, justamente, pelas *prestações fáticas* oferecidas pela via dos serviços públicos. Por isso, o serviço público se revela como o principal mecanismo de que dispõe a Administração para a realização dos direitos fundamentais

<sup>1700</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 18.

<sup>1701</sup> A formulação aqui apresentada inspira-se no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual “para estar presente um objeto mencionável como serviço público, devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*; (b) consistir em atividade *material*; (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade; (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão porque a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade); (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). **Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos**. México: Universidad Autónoma de México, 2005. p. 6-7.

<sup>1702</sup> V.g., função legislativa, função jurisdicional, funções administrativas de fomento e de ordenação (poder de polícia).

<sup>1703</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 735-736.

sociais. Para cada um desses direitos – dentre aqueles que têm como principal destinatário a Administração Pública (art. 6º, CF) – o sistema constitucional estipula uma correlativa atividade estatal destinada a oferecer aos cidadãos prestações materiais imprescindíveis à fruição dos bens jurídicos jusfundamentais por eles protegidos.<sup>1704</sup> Daí a essencialidade dos serviços públicos para que o Estado logre propiciar às pessoas uma *tutela administrativa efetiva* dos seus direitos fundamentais sociais: a Administração tem o dever de prestar um *serviço público adequado*, ao qual corresponde o direito do cidadão de recebê-lo.

(b) A existência, na ordem constitucional brasileira, de um *direito fundamental ao serviço público adequado* tem sido avalizada pela doutrina nacional. Romeu Felipe Bacellar Filho salienta a necessidade de se “reconhecer, no inciso IV, [do parágrafo único] do art. 175 da Lei Fundamental de 1988, o *direito fundamental ao serviço público adequado*, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade”.<sup>1705</sup> A posição é igualmente afirmada por Adilson Abreu Dallari, ao aduzir que “o direito ao uso dos serviços públicos é um dos direitos fundamentais do cidadão”.<sup>1706</sup> A jusfundamentalidade do direito ao serviço público adequado é também defendida por Ana Cláudia Finger,<sup>1707</sup> Adriana Schier,<sup>1708</sup> Carolina Zancaner Zockun,<sup>1709</sup> entre outros autores.

Não é difícil concordar com a afirmação de que os serviços públicos constituem um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Tampouco é necessário desenvolver grandes fundamentações para demonstrar essa constatação, até porque já há um fortíssimo consenso na doutrina brasileira a propósito dessa relação de instrumentalidade.<sup>1710</sup> Questão distinta, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, é alçar o serviço público *adequado* – ele próprio – à condição de direito *fundamental*, tal como fazem os autores supracitados, com os quais se concorda no presente trabalho. Há inclusive autores que aceitam explicitamente a primeira assertiva, julgando tais atividades cruciais à promoção dos direitos sociais, mas negam a

<sup>1704</sup> A correlação entre cada direito fundamental social enunciado no art. 6º da Constituição Federal com os respectivos serviços públicos prestados pelo Estado para atendê-los é realizada por: ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176-182.

<sup>1705</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Actualidad en el Derecho Público**, nº 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002. p. 64.

<sup>1706</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 13, São Paulo, Malheiros, p. 210-215, 1999. p. 215.

<sup>1707</sup> FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 12, Belo Horizonte, Fórum, p. 142-165, abr./jun. 2003. p. 163.

<sup>1708</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, f. 129.

<sup>1709</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social... Op. Cit.**, p. 182-185.

<sup>1710</sup> Entre outros: GARCIA FILHO, José Cal. Serviço público e direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 32, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-32, jul./set. 2008. p. 25; RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). **Serviço público: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 101; FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais... **Op. Cit.**, p. 143; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade... **Op. Cit.**, p. 64; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social... Op. Cit.**, p. 183; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos... Op. Cit.**, p. 274 *et seq*; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

existência de um direito fundamental de acesso aos serviços públicos.<sup>1711</sup> Ou seja: uma coisa é dizer que os serviços públicos são necessários à realização dos direitos fundamentais e que o cidadão tem o direito a que eles sejam prestados; outra é sustentar que: **(b.1)** esse direito ostenta caráter *fundamental*; e que **(b.2)** ele não tem por objeto um serviço qualquer, mas sim um serviço *adequado*. Cumpre observar as repercussões jurídicas dessas duas ideias.

**(b.1)** O que diferencia um direito qualquer de um direito que receba do sistema constitucional – explícita ou implicitamente – o qualificativo de *fundamental* é o regime jurídico ao qual cada um deles está submetido. Os direitos fundamentais se sujeitam a um conjunto específico de princípios e regras, que tem por finalidade emprestar-lhes uma proteção reforçada contra ações e omissões do Estado e dos sujeitos privados.<sup>1712</sup>

Na Constituição brasileira, os dois elementos de maior destaque que integram esse regime especial são a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e a proteção contra reformas constitucionais abolitivas (art. 60, §4º, IV).<sup>1713</sup> O primeiro protege o cidadão contra: (i) a inércia do Poder Legislativo, tornando prontamente exigíveis em face da Administração e do juiz as pretensões jurídicas que decorrem dos direitos fundamentais, ainda que o legislador se omita em concretizá-los;<sup>1714</sup> (ii) as ações arbitrárias do Parlamento, obrigando a Administração a respeitar de imediato os direitos fundamentais e recusar-se a aplicar as leis que os contrariem, pois eles incidem diretamente sobre a atividade administrativa e não apenas na medida da lei;<sup>1715</sup> (iii) as omissões administrativas, permitindo o acionamento do Poder Judiciário nos casos em que as posições jurídico-subjetivas conferidas pelos direitos fundamentais forem exigidas perante a Administração, mas sejam por ela recusadas ou desprezadas.<sup>1716</sup> O segundo elemento resguarda a consagração constitucional dos direitos fundamentais contra tentativas do poder reformador de extirpá-los da Constituição.<sup>1717</sup>

Esses direitos, ademais, gozam de características peculiares, tais como a multifuncionalidade<sup>1718</sup> e a dupla dimensão (subjetiva e objetiva),<sup>1719</sup> compelindo o Estado não apenas a atender às demandas individualizadas ou coletivas que lhe sejam exigidas pelos cidadãos, mas também a criar estruturas organizativas e procedimentais que viabilizem a sua fruição universalizada, bem como normas de proteção que proporcionem a sua tutela contra violações pelos particulares. Além disso, a sua restrição pelo legislador infraconstitucional subordina-se a uma série de critérios rigorosos que visam a salvaguardar a intangibilidade do seu núcleo essencial, tal como o dever de respeito aos princípios da proporcionalidade<sup>1720</sup> e da

<sup>1711</sup> É o caso de Alexandre Santos de Aragão, como se extrai do seguinte excerto de sua obra: “deve ser frisado que ‘não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, mas sim que os serviços públicos são indispensáveis ao exercício de alguns direitos fundamentais’ (...) Em outras palavras, os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos...** *Op. Cit.*, p. 506-507.

<sup>1712</sup> Ver Parte I, Capítulo 1, item 1.1, subitem 1.1.2. e Capítulo 2, item 2.1., subitens 2.1.1. e 2.1.2.

<sup>1713</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75; 422.

<sup>1714</sup> Ver Parte II, Capítulo 7, item 7.2, subitem 7.2.2.

<sup>1715</sup> Ver Parte II, Capítulo 7, item 7.1, subitem 7.1.2.

<sup>1716</sup> Ver Parte I, Capítulo 3, item 3.2, subitem 3.2.2.

<sup>1717</sup> Ver Parte I, Capítulo 2, item 2.1, subitem 2.1.2., ponto (a).

<sup>1718</sup> Ver Parte I, Capítulo 1, item 1.1., subitem 1.1.2, ponto (c) e Capítulo 3, item 3.1, subitem 3.1.1.

<sup>1719</sup> Ver Parte I, Capítulo 4.

<sup>1720</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião.** São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 239 *et seq*; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167-182; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-82; BERNAL

razoabilidade.<sup>1721</sup> No caso específico dos direitos sociais, a doutrina brasileira e o Supremo Tribunal Federal têm reconhecido também a incidência da chamada “cláusula de proibição de retrocesso social”, defendida por alguns autores como um princípio que integra o regime jurídico especial desses direitos.<sup>1722</sup>

De tais ilações se denota a plêiade de implicações jurídicas concretas que derivam da classificação de um direito como *fundamental*. A atribuição desse caráter a determinados direitos é feita de duas formas pela Constituição, a qual enuncia dois critérios de reconhecimento de direitos fundamentais: um formal (Título II) e outro material (art. 5º, §2º). Primeiramente, são fundamentais os direitos formalmente inseridos no rol do Título II da Constituição, intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Por decisão expressa do constituinte, as posições jurídicas abrigadas nesse apartado no texto constitucional (art. 5º a 17) desfrutam do regime jurídico reforçado a que se fez alusão. Em segundo lugar, por força do art. 5º, §2º, da CF são também fundamentais os direitos que, embora não constem textualmente nos enunciados da Constituição, enquadrem-se em uma das seguintes hipóteses: (i) estejam implícitos ou subentendidos nos dispositivos do Título II da Lei Maior; (ii) estejam proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional e se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iii) estejam previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (iv) mesmo que não estejam anunciados em texto normativo algum, decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados. O direito sob exame encaixa-se em todas essas situações (conquanto a presença de uma só já fosse o suficiente para reputá-lo um direito fundamental sob o prisma material).

---

PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. *passim*; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 752-765.

<sup>1721</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 765-769.

<sup>1722</sup> No Supremo Tribunal Federal, ver: “(...) A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011). Na doutrina, ver: DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista da AJURIS**: Doutrina e Jurisprudência, v. 31, n. 95, Porto Alegre, AJURIS, p. 103-135, set. 2004; SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301-332. Negando a existência de um princípio jurídico da “proibição de retrocesso social”, Jorge Reis Novais entende que essa concepção “não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade. Tomada a sério por aquilo que anuncia, a proibição de retrocesso pode funcionar como *Leitmotiv* de luta política (*‘ni un paso atrás’*), mas não como princípio jurídico e, muito menos, de valor constitucional”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 244-245.



O *direito fundamental ao serviço público adequado* consiste em um direito materialmente fundamental por quatro motivos: (i) está subentendido no art. 6º, uma vez que não há como se assegurar o acesso de todos titulares dos direitos sociais ali previstos sem que o Estado preste serviços públicos (não se atinge os fins se não se têm os meios); (ii) radica-se em uma posição jurídica que consta do art. 175, parágrafo único, IV da Constituição, pois se ao Poder Público incumbe a “obrigação de manter serviço adequado”, em contrapartida o cidadão tem o direito de recebê-lo, e seu conteúdo e importância se aproximam intimamente ao teor dos direitos sociais do art. 6º, eis que sem a prestação de serviços públicos adequados eles se tornariam letra morta; (iii) está previsto expressamente no Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”),<sup>1723</sup> na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem,<sup>1724</sup> na Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>1725</sup> na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher,<sup>1726</sup> entre outros;<sup>1727</sup> (iv) decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF), pois os serviços públicos são indispensáveis para proporcionar aos cidadãos condições de existência digna e possibilitar sua participação ativa na comunidade política e social, além de serem imprescindíveis para atingir os objetivos fundamentais da República de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I a III, CF).

A consequência gerada por esse enquadramento do *serviço público adequado* no conceito de direito fundamental é o fato de sobre ele incidirem todos os traços peculiares ao regime jurídico jusfundamental acima sintetizados: aplicabilidade imediata, proteção contra emendas constitucionais abolitivas, multifuncionalidade, dupla dimensão (subjéctiva e objectiva), intangibilidade do conteúdo essencial, cláusula de vedação de retrocesso social, etc. Tal repercussão reforça a proteção jurídica dos titulares de direitos fundamentais sociais, já que à sua esfera de direitos se agrega mais essa *garantia* constitucional – termo técnico mais preciso no caso em tela<sup>1728</sup> – que tem o condão de potencializar os meios através dos quais será possível exigir do Estado a satisfação plena dos seus direitos.

<sup>1723</sup> Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”): “**Artigo 11.1.** Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”.

<sup>1724</sup> Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “**Artigo XXXVI.** Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a *manutenção dos serviços públicos*”.

<sup>1725</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos: “**Artigo XXV. 1.** Toda pessoa tem *direito a um padrão de vida* capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os *serviços sociais indispensáveis*, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. **2.** A maternidade e a infância têm direito a *cuidados e assistência especiais*. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

<sup>1726</sup> Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher: “**Artigo 14. (...) 2.** Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) **h)** gozar de *condições de vida adequadas*, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”.

<sup>1727</sup> A propósito do direito humano ao serviço público no cenário internacional, ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXI, nº 361, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 395-425, oct. 2008.

<sup>1728</sup> As *garantias* fundamentais têm carácter instrumental em relação aos *direitos* fundamentais. Consistem em ferramentas para a sua tutela. Em sentido lato, são também consideradas direitos fundamentais, mas em uma

Diversas implicações podem ser extraídas dessa condição jusfundamental que se outorga à garantia de um serviço público adequado. A título de exemplo, cite-se a tese desenvolvida por Adriana Schier, sustentando que o *conteúdo essencial* do regime jurídico do serviço público – que em sua leitura é composto pelos princípios da generalidade, da continuidade e da modicidade de taxas e tarifas – não pode ser revogado do art. 6º, §1º da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), por se encontrar protegido pela cláusula de vedação de retrocesso social.<sup>1729</sup> Por sua vez, Carolina Zancaner Zockun propõe que em razão do *status* jusfundamental de que desfruta o direito ao serviço público adequado, “a ele deve ser conferida também a estatura de cláusula pétrea”, da qual resulta uma intangibilidade “que impede a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os serviços públicos que efetivam os direitos sociais”. Por conseguinte, “são cláusulas pétreas (implícitas, evidentemente) os serviços públicos de educação, saúde, trabalho, moradia, proteção à maternidade e à infância e assistência social”.<sup>1730</sup>

(b.2) Analisada a questão relativa aos efeitos jurídicos do reconhecimento do serviço público adequado como um direito fundamental do cidadão, cumpre realçar o seu conteúdo. A principal disposição constitucional que dá suporte à identificação desse direito – art. 175, parágrafo único, IV – foi clara ao adjetivar o serviço público que é devido pelo Estado: cuida-se de um serviço *adequado*. O termo, quando examinado em abstrato, pode parecer bastante indeterminado, mas as circunstâncias fáticas que envolvem o desenvolvimento de tais atividades pela Administração permitem que em concreto se verifique se o serviço que está sendo prestado é ou não adequado.

De toda sorte, como antes se procurou acentuar, a preocupação do constituinte ao incluir essa previsão certamente foi a de estabelecer o dever de oferecimento dos serviços públicos sob um regime jurídico especial, benéfico e protetivo ao cidadão, com o intuito de assegurar que sua prestação se destinará à finalidade que lhe é inerente: satisfazer as necessidades humanas fundamentais de todos aqueles que necessitarem dos bens e serviços úteis e escassos cuja oferta o ordenamento jurídico colocou à cura do Estado. É um regime que se assenta no Direito Público, por dois motivos relevantíssimos, destacados por Celso Antônio Bandeira de Mello. De um lado, porque essa disciplina jurídica é a que visa a “assegurar coercitivamente que o interesse público prepondere sobre conveniências privadas”. De outro, porque ele faz recair sobre o serviço público “restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente”, com o fito de “impor, a um ou a outro, tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados, quanto limitações para que não atue abusivamente, isto é, de maneira a

---

acepção estrita recebem nomenclatura própria. Nas palavras de Regina Ferrari, “quando se trata de garantias fundamentais, se está fazendo referência a instrumentos de tutela que podem e devem conferir eficácia aos direitos fundamentais”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 538.

<sup>1729</sup> Nas palavras da autora: “a preocupação que norteia a presente tese (...) é conferir uma especial proteção ao regime jurídico do serviço público, previsto no art. 6º, § 1º, da Lei 8987, de 1995, inclusive em relação à atividade legislativa futura. Isto porque (...) acredita-se que a efetivação dos direitos sociais instrumentalizados por tais serviços só será possível se tal atividade for prestada de forma universal, contínua e com tarifa módica, consagrando-se, assim, o núcleo essencial do regime jurídico previsto no citado dispositivo legal”. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público...** *Op. Cit.*, f. 151. Afirma ainda que “o regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial – universalidade, modicidade das tarifas e continuidade das prestações – está protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social. Esse posicionamento permitirá proteger o regime do serviço público em si contra modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto”. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Idem*, f. 8.

<sup>1730</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social...** *Op. Cit.*, p. 184.

desrespeitar direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários do serviço”.<sup>1731</sup>

Esse regime jurídico de Direito Público necessário à garantia de que o serviço público será prestado *adequadamente*, que visa a assegurar a satisfação da garantia fundamental ora em debate, é composto tanto pelo *núcleo principiológico comum* de matriz constitucional que afeta toda e qualquer atividade administrativa (poder de polícia, fomento, potestades sancionatórias de cunho disciplinar, etc.), quanto por um *conjunto de princípios jurídicos específicos* que se dirige diretamente à prestação de serviços públicos. Assim, essa atividade está submetida, como todas as demais desenvolvidas pela Administração, aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, entre outros.<sup>1732</sup> Mas há também um complexo normativo especificamente orientado a propiciar um serviço público *adequado*, que tem como objeto principal essa peculiar modalidade de atividade administrativa.

O legislador ordinário, pretendendo dar concretude e recheio semântico à noção constitucional de “serviço público adequado” (art. 175, parágrafo único, IV), descreveu no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 alguns dos parâmetros *mínimos* que não de ser observados na prestação desses serviços. Segundo o dispositivo, “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Esses oito princípios representam condição necessária, mas não suficiente, para que o Estado preste um serviço realmente adequado. Trata-se de um rol meramente exemplificativo – indispensável, é verdade, mas não taxativo. Há ainda outros princípios jurídicos que recaem sobre o serviço público que não se encontram textualmente declarados nessa previsão e que são sustentados em sede doutrinária como normas incidentes sobre essa atividade, como é o caso do controle sob as condições de sua prestação.<sup>1733</sup>

A especificação legal do teor do direito ao serviço público adequado amplia a proteção jurídica do cidadão, pois ao menos em relação aos princípios ali anunciados a Administração ou o Poder Judiciário não poderão rejeitar a sua invocação. É certo que para se poder exigir, por exemplo, que os serviços públicos sejam prestados *continuamente* e *regularmente* não é necessário que a lei inclua os princípios da *continuidade* e da *regularidade* no conceito de serviço público *adequado*. Este já vem garantido pela Constituição e a identificação desses dois desdobramentos já poderia ser feita por uma interpretação constitucional do termo. Sua compostura jurídica e exigibilidade defluem das dobras do tecido constitucional, não da norma legal. Porém, não há dúvidas de que o fato de os seus contornos haverem sido precisados e explicitados pela legislação robustecem a sua potencial efetividade, já que ao menos no que toca à *existência jurídica* dos oito princípios alojados no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 não haverá

<sup>1731</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil... *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>1732</sup> Para uma visão geral acerca dos contornos jurídicos desses princípios, consultar: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>1733</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 694-696; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social...** *Op. Cit.*, p. 170-174; POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro...** *Op. Cit.*, p. 109-112; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 529. Sobre o tema do controle social dos serviços públicos, ver: AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. Acerca do controle no âmbito dos serviços públicos concedidos, conferir: BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

mais espaços para controvérsias (ainda que se possa controverter a respeito do *conteúdo* específico de cada princípio – v.g., possibilidade ou não de interrupção da prestação por inadimplemento do usuário face ao princípio da continuidade).<sup>1734</sup>

O cidadão titulariza, portanto, o direito fundamental a que a Administração Pública preste um serviço público adequado, que deverá observar os princípios da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das taxas e tarifas, controle sob as condições de sua prestação, entre outros que se mostrem necessários à adequação do seu fornecimento ao fim a que ele se destina: satisfazer as necessidades dos membros da coletividade voltadas à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. É somente através da realização do direito ao serviço público adequado que o Poder Público logrará proporcionar à cidadania uma tutela administrativa efetiva dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

O conteúdo jurídico e as implicações de cada um desses princípios, em especial aqueles que integram o regime específico do serviço público, têm sido explorados pela doutrina brasileira com vistas a elucidar os seus desdobramentos e as consequências que eles acarretam sobre essa atividade administrativa.<sup>1735</sup> É de extrema valia que a doutrina examine e sistematize criticamente os deveres específicos que pesam sobre a Administração em matéria de serviços públicos destinados à promoção dos direitos fundamentais sociais, iluminando a interpretação do ordenamento jurídico e esclarecendo quais são as incumbências explícitas e implícitas no Direito positivo que são endereçadas ao Poder Público para tornar real e efetivo o exercício de tais direitos. Um exemplo desse tipo de investigação é a obra de Carolina Zancaner Zockun, que analisa de forma completa e pormenorizada os serviços públicos que compete ao Estado prestar para imprimir efetividade a cada um dos direitos sociais albergados no art. 6º da CF, realizando uma confrontação crítica entre a legislação regulamentadora pertinente e as disposições constitucionais que versam sobre esses direitos.<sup>1736</sup>

O que se buscará nesse momento é problematizar um dos mais destacados elementos que compõe o direito ao serviço público adequado, intrinsecamente relacionado com a ideia de tutela *igualitária* dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, com o princípio constitucional da igualdade material: o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos*.

<sup>1734</sup> Sobre a discussão acerca da possibilidade de corte do serviço público por falta de pagamento do usuário, ver, adotando posições diversas: LEAL, Rogério Gesta. O problema de prestação de serviço público essencial enquanto Direito Social Fundamental e sua contraprestação em face da incapacidade financeira do usuário. In: LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 135-149; CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 331-369; DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF). **Revista de Direito Público da Economia**, nº 24, Belo Horizonte, Fórum, p. 219-236, out./dez. 2008.

<sup>1735</sup> Ver: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público...** *Op. Cit.*, f. 46-51; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988...** *Op. Cit.*, p. 254-317; POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro...** *Op. Cit.*, p. 95-112; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995** (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 239-274.

<sup>1736</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social...** *Op. Cit.*

(c) Um dos princípios cardeais que caracteriza o regime jurídico dos serviços públicos é o da *universalidade do acesso*. Ele determina que a Administração, ao prestar o serviço público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe-se criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos.

Nesse aspecto, o tema não suscita maiores polêmicas. Questão mais espinhosa é saber se esse acesso *universal* admite tratamentos diferenciados pelo ente prestador, que levem em conta as condições distintas de cada indivíduo que pretenda fruir dos serviços. A controvérsia que se buscará discutir é se o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* se destina a atender à igualdade *formal* (todos têm idêntico acesso independentemente de suas diferenças fáticas) ou *material* (critérios discriminatórios de acesso podem ser aplicados conforme as distinções existentes no mundo dos fatos). Em outras palavras: seria essa *universalidade do acesso* um ponto de partida (desde o início todos possuem igual acesso) ou um ponto de chegada (garante-se que ao final todos terão acedido aos bens econômicos objeto do serviço)?

Confira-se primeiramente algumas explicações da doutrina a propósito do princípio em apreço. De acordo com Enrique Silva Cimma, a noção de universalidade pressupõe que “o serviço público é obrigatório no sentido de que a prestação deve necessariamente cumprir-se, *sem que possa a autoridade beneficiar com ela a alguns e negá-la para outros*”.<sup>1737</sup> A posição é corroborada por Adriana Schier, segundo a qual o princípio da universalidade estabelece que “a prestação dos serviços públicos deverá ser assegurada a todos, buscando a sua máxima universalização, *sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da exclusão*”.<sup>1738</sup> Intelecção similar parece ter sido acolhida pela Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990, a qual prevê em seu art. 123, parágrafo único, que os serviços serão prestados “sem distinção *de qualquer espécie*”. O que está na base dessa compreensão é a vertente *formal* do princípio da igualdade.

Na acepção acima reproduzida, o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* implicaria uma vedação de tratamento diferenciado a pessoas situadas em condições diversas. Todavia, não é esse o sentido que o princípio em questão exprime na ordem jurídica brasileira. Universalizar a prestação de um serviço não significa prestá-lo “sem que possa a autoridade beneficiar (...) a alguns e negá-la para outros”,<sup>1739</sup> “sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da exclusão”<sup>1740</sup> ou “sem distinção de qualquer espécie”.<sup>1741</sup> A Administração Pública pode sim ofertar um serviço público negando-o para determinados cidadãos, excluindo o seu acesso por determinados motivos e fazendo algumas espécies de

<sup>1737</sup> SILVA CIMMA, Enrique. **Derecho Administrativo Chileno y Comparado**. El servicio público. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. p. 60 (grifos ausentes no original).

<sup>1738</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público...** *Op. Cit.*, f. 177-178 (grifos ausentes no original).

<sup>1739</sup> SILVA CIMMA, Enrique. **Derecho Administrativo Chileno y Comparado**. El servicio público. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. p. 60.

<sup>1740</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público...** *Op. Cit.*, f. 177-178. Registre-se que, da análise global da obra da autora, não parece que ela realmente negue a possibilidade de tratamento diferenciado com base em condições fáticas distintas em que se encontrem os cidadãos. A passagem transcrita, no entanto, denota uma ideia diversa, por ser enfática ao rechaçar a exclusão de determinados indivíduos do acesso aos serviços públicos, “qualquer que seja o motivo da exclusão”.

<sup>1741</sup> Art. 123, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de São Paulo (1990).

distinção, *desde que isso seja necessário para que o fornecimento seja efetivamente universal e desde que a feição material do princípio da igualdade reclame a adoção de um critério diferenciado na prestação.*

A essência desse princípio consiste em garantir que a *universalidade* dos cidadãos que de fato necessitem terá acesso aos bens úteis e escassos que são disponibilizados por meio do serviço público, o que pressupõe que a Administração *deverá* atentar-se para as diferenças de condições em que se encontra cada indivíduo ou grupo social, cuidando para alcançar inclusive as pessoas de baixa renda e as que habitam em regiões afastadas dos centros onde se concentram as prestações daquele tipo de serviço. Mostra-se mais acertada, portanto, a interpretação segundo a qual universalizar “significa prestar de forma adequada os respectivos serviços públicos a toda a população de potenciais usuários. (...) o serviço só estará *efetivamente universalizado* quando toda a população for atendida”.<sup>1742</sup> Prestar de forma adequada a toda a população não implica necessariamente tratar a todos de forma idêntica, sem traçar qualquer diferenciação.

É preciso tomar cuidado com a carga semântica que se atribui à expressão “discriminação”. Observe-se a explicação de Marçal Justen Filho, para quem a igualdade nos serviços públicos impõe “tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições.”<sup>1743</sup> Note-se a diferença das duas orações, que embora possam em uma rápida leitura parecer contraditórias, na realidade não o são, desde que se entenda bem o sentido de “discriminatório”. Ao afirmar, em um primeiro momento, que não se admite o tratamento discriminatório para que seja respeitada a igualdade, o que está por trás do pensamento do autor é a ideia, manifestada logo em seguida, de que não poderá haver critérios distintos de acesso aos serviços *para as pessoas que se encontrem em igualdade de condições.*

Isso se confirma quando o referido jurista sustenta, na sequência, que a *universalidade* é um desdobramento da *igualdade*, e “significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos *que se encontrem em situação equivalente*, de modo indeterminado. Admite-se, como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados”.<sup>1744</sup> Dessa maneira, sendo diversas as circunstâncias fáticas em que se enquadram dois indivíduos, é admitido o tratamento discriminatório, desde que haja uma correlação lógica e constitucionalmente respaldada entre o fundamento que deu origem ao *discrímén* e o regime diferenciado que foi dispensado aos cidadãos.

Assim, o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* não proíbe em absoluto o seu oferecimento de modo discriminado: ele o faz apenas se as situações vivenciadas pelas pessoas que quiserem aceder-lhes forem idênticas. Ocorrendo o contrário – isto é, se o quadro fático de cada potencial usuário for diferente – o princípio da universalidade não apenas não veda como também *obriga* o Estado a fornecer tratamento distinto, que seja capaz de atender às peculiaridades de cada caso e reduzir as disparidades existentes na sociedade. Conforme adverte Dinorá Musetti Grotti, “a prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações comparáveis, respeitadas as distinções de suas condições, que conduzam a eventuais diferenças de cuidados. Qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra”.<sup>1745</sup>

<sup>1742</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público...** *Op. Cit.*, p. 259.

<sup>1743</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003. p. 31.

<sup>1744</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 746 (grifos ausentes no original).

<sup>1745</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988...** *Op. Cit.*, p. 300.

Uma vez entendida essa concepção de universalidade, que se inspira no valor da igualdade *material* e que se acolhe neste trabalho, cumpre dela arrancar consequências práticas, talvez não tão facilmente palatáveis quanto a sua formulação teórica. Tome-se como objeto de análise os serviços públicos de saúde e de educação. Quanto ao primeiro, a Constituição assim estipulou no art. 196: “a saúde é *direito de todos* e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Em relação ao segundo, consignou no art. 208 que “a educação, *direito de todos* e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. No art. 206, determinou que o ensino será ministrado com base em diversos princípios, entre os quais o da “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*”. E no art. 211, §4º, dispôs o constituinte que “na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a *assegurar a universalização* do ensino obrigatório”. E no art. 208, I e §1º, definiu a educação básica, de caráter obrigatório e gratuito, como um “direito público subjetivo”.

Ao determinar que saúde e educação são *direitos de todos* e que o Estado tem o dever de assegurar o seu *acesso universal e igualitário*, não há como negar que sobre tais serviços públicos incidam os princípios da *universalidade* e da *igualdade*. Porém, a relação entre eles e os impactos jurídicos por eles produzidos não são tão perceptíveis. Se fosse a igualdade tomada em sua acepção *formal*, seria natural afirmar-se que *toda e qualquer pessoa* deve ter idêntico acesso aos bens econômicos oferecidos por esses serviços.<sup>1746</sup> Entretanto, se essa igualdade for encarada sob o prisma *material*, pergunta-se: seria compatível com o princípio da *universalidade* asseverar que *toda e qualquer pessoa* tem direito a usufruir desses serviços gratuitamente, inclusive quem possua condições financeiras para adquiri-los de outros particulares e os encontre disponíveis no mercado? Se todos os brasileiros resolvessem matricular-se em instituições públicas de ensino fundamental e médio e utilizar os serviços do Sistema Único de Saúde sem nenhuma contraprestação pecuniária direta, haveria como garantir acesso *universal* para todos? Seria esse um tratamento *materialmente* igualitário? Será, afinal de contas, que essa acessibilidade total e irrestrita, sem critérios de discriminação entre quem pode aceder a esses bens de outra maneira e quem não pode, é compatível com as noções de *universalidade* e igualdade *material*?

Antes de se tentar responder a essas perguntas, cabe empreender uma brevíssima digressão a respeito da vinculação entre a ideia de igualdade *material* e a consagração constitucional dos direitos fundamentais sociais, para então verificar os impactos dessa conexão sobre a questão da universalidade do acesso aos serviços públicos. Isso porque, a concepção liberal de direitos fundamentais refuta a ideia de que a igualdade *formal* – tratar a todos, indistintamente, exatamente da mesma forma – possa ser afastada em matéria de prestação de serviços públicos para admitir um tratamento *discriminatório* exigido pela igualdade *material*. Dizer que saúde e educação são direitos sociais *de todos* não significa necessariamente dizer que *todos* devam ter igual acesso aos *serviços públicos* de saúde e educação. A afirmação pode chegar a arrear alguém que não consiga compreender a diferença entre o fundamento dos direitos de liberdade e a razão de ser dos direitos sociais.

---

<sup>1746</sup> São bens de valor econômico, tanto é que, por haver habilitação constitucional autorizativa, encontram-se disponíveis no mercado sendo comercializados por escolas, universidades e hospitais privados.

A referência social que passa a gravar os direitos fundamentais no constitucionalismo da segunda metade do século XX se afasta da abordagem liberal do século precedente, que pretendia conceder idênticas posições jurídico-subjetivas a todas as pessoas e ignorava as condições socioeconômicas de cada indivíduo ou grupo social para fins de concessão de direitos e vantagens. O critério que passa a nortear essa concessão é o da igualdade *material*, que pressupõe a consideração das desigualdades existentes entre os cidadãos no momento de estipular a quais direitos fundamentais e prestações estatais cada um deles faz jus. Essa nova visão de igualdade que acompanha o Estado Social diverge do prisma formal desse princípio, que se prestava a manter o *status quo* de cada indivíduo proibindo o tratamento diferenciado pelo Estado. Ela dá ensejo a uma perspectiva pautada na transformação da sociedade, com vistas à proteção real dos segmentos mais desfavorecidos, o que implica admitir pontualmente medidas que destoem da igualdade formal para promover a igualdade substancial.<sup>1747</sup>

A cláusula do Estado Social produz uma vinculação sobre a atividade estatal que se exprime fundamentalmente em três vertentes: (i) a interpretação de toda legislação deve ser feita à luz do princípio social, de sorte que havendo mais de uma alternativa hermenêutica possível, impõe-se a adoção daquela que estiver em maior conformidade com a *igualdade social*; (ii) o legislador fica obrigado a dispensar tratamento diferenciado às *situações sociais distintas*, notadamente em termos de distribuição de bens materiais, serviços públicos e prestações positivas, sem que essa diferenciação de trato por razões de justiça social possa ser reputada inconstitucional por suposta afronta ao princípio da igualdade em sua faceta formal; (iii) o legislador fica proibido de elaborar leis que atentem contra a igualdade material e o princípio social, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.<sup>1748</sup>

Somente à luz dessa racionalidade, orientada em torno do princípio da igualdade *material*, é possível entender a razão pela qual as Constituições contemporâneas consagram *direitos fundamentais sociais* e os ordenamentos jurídicos em geral impõem às Administrações Públicas a incumbência de prestar *serviços públicos* para satisfazê-los. O objetivo em ambos os casos é o mesmo: favorecer *juridicamente* os sujeitos menos favorecidos economicamente, como forma de compensar as desigualdades financeiras que eles ostentam *faticamente*, quando comparados com os integrantes das classes mais abastadas. Nesse preciso ponto se entrecruzam os temas da titularidade universal dos *direitos fundamentais sociais* e da universalidade do acesso aos *serviços públicos*, os quais devem ser entendidos conjugadamente. Note-se como as definições dessas duas categorias jurídicas, nos termos adotados na presente pesquisa, encontram-se imbricadas.

Os *direitos sociais*, no tocante à sua função prestacional, podem ser compreendidos como direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, os quais o seu titular poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado.<sup>1749</sup> Por sua vez, afirmou-se que os *serviços públicos* são atividades de oferecimento

<sup>1747</sup> MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 60, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 343-350, sep./dic. 2000. p. 346.

<sup>1748</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 360.

<sup>1749</sup> Sobre a caracterização de tais direitos a partir do conteúdo mencionado, ver: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 443; NOVAIS,



de bens econômicos de cunho material, destinados à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, ligadas à garantia e promoção de sua dignidade, que o Poder Público reputou demasiadamente importantes para relegá-las à sorte da iniciativa privada, com o receio de que elas deixassem de ser ofertadas ou se tornassem inacessíveis a uma parcela da população que delas necessitasse. Em suma, o que o titular de direito fundamental social carece é o que o Estado através do serviço público tem o dever de oferecer: bens econômicos (porque úteis, escassos e suscetíveis de atender às necessidades humanas), que podem ser comercializados no mercado se o ordenamento jurídico assim autorizar, imprescindíveis à realização da dignidade da pessoa.

O que se denota do exame conjunto dessas duas definições é que o *serviço público* não é uma atividade que tem por objetivo tornar todos os cidadãos eternamente dependentes das ações estatais. Esses serviços são criados e o Estado é obrigado a prestá-los para que se garanta o seu oferecimento contínuo e em condições favoráveis às pessoas. Isso não quer dizer que a *única* forma de se fruir dos bens jurídicos tutelados pelos direitos sociais seja mediante a utilização de serviços públicos. O particular que contrata serviços de educação e saúde no setor privado – quando tem meios financeiros para adquiri-los e os encontra sendo comercializados – frui igualmente desses mesmos bens jurídicos. Ele tem os seus direitos à educação e à saúde satisfeitos, obtendo-os por meio de uma atividade econômica (*stricto sensu*) e não de um serviço público.<sup>1750</sup> Na própria definição acima apresentada se verifica que, *em termos de formulação teórica*, se o cidadão tiver acesso ao bem jurídico jusfundamental por outros meios que não necessite do seu oferecimento pelo Poder Público, ele não será investido na posição jurídica de exigi-lo do Estado gratuitamente (ainda que sob o prisma do Direito positivo seja possível chegar-se a resultado diverso).

A conclusão a que se chega com esse raciocínio enseja a seguinte proposição: *do ponto de vista político, a partir da lógica que preside o Estado Social, encarnada na igualdade material, se o indivíduo possuir condições financeiras e encontrar disponíveis no mercado os bens econômicos, sociais e culturais tutelados pelos direitos fundamentais sociais, logrando acesso a eles por outros meios que tornem prescindível a sua obtenção mediante serviços públicos ofertados pelo Estado, seria um contrassenso admitir que em tais circunstâncias ele estivesse investido na posição jurídica de exigir da Administração a sua prestação gratuita*. Em outras palavras: para que a *universalidade* dos cidadãos tenha acesso aos bens jurídicos protegidos pelos direitos sociais, faz-se necessário que o Poder Público *trate desigualmente as situações desiguais, na medida das suas desigualdades*, em observância ao princípio da igualdade material.<sup>1751</sup>

Perceba-se como a interação entre esses dois princípios que regem os serviços públicos – universalidade e igualdade (material) – podem (e devem) levar a resultados diversos daqueles que geralmente se costuma defender. Sob o ponto de vista *político*, tendo como foco a *justiça social* que se pretende promover na sociedade, infere-se que a pessoa que puder desfrutar de

---

Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 41.

<sup>1750</sup> Como já se disse, quando prestadas pelo Estado tais atividades – educação e saúde – são serviços públicos, mas nesse caso a Constituição autorizou que fossem também exploradas economicamente pela livre iniciativa como atividades econômicas, ainda que submetidas a forte regulação e fiscalização estatal e sujeitas a determinadas normas de Direito Público.

<sup>1751</sup> Conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

serviços fornecidos por farmácias e hospitais privados, bem como de instituições de ensino particulares, não deveria poder recebê-los do Poder Público sem qualquer custo. Isso porque, o Estado presta serviços públicos – notadamente os que são oferecidos gratuitamente – com a finalidade de atender às necessidades humanas daqueles que *não podem (porque não têm dinheiro) ou não conseguem (porque não há disponibilidade) adquiri-las da iniciativa privada*. A questão é saber se do ponto de vista *jurídico* a afirmação encontra amparo no Direito positivo, pois uma coisa é criticar o modelo vigente, a outra é saber se ele pode funcionar de forma diversa sem que sejam feitas alterações no plano normativo.

Uma primeira consideração a ser feita é que a aplicabilidade dessa proposição diz respeito, como se depreende dos elementos que a compõem, somente aos serviços públicos cuja titularidade não seja exclusiva do Estado e que sejam por ele fornecidos gratuitamente. Quanto àqueles que o Poder Público oferta em regime de exclusividade e sem exigir uma contraprestação pecuniária, o raciocínio da distinção de tratamento com base no critério financeiro não se aplica, visto que os bens econômicos fornecidos pela atividade estatal *não se encontram disponíveis no mercado*. Logo, para que qualquer cidadão tenha acesso aos bens econômicos por eles proporcionados não haverá alternativa senão recebê-los na forma de serviços públicos.

Sendo serviços públicos de titularidade exclusiva estatal cuja prestação seja remunerada diretamente por aqueles que utilizam o serviço, aplica-se o critério de discriminação com base nas condições financeiras de cada indivíduo. No Direito brasileiro, seria o caso de serviços como fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, distribuição de gás canalizado, entre tantos outros. O que se justifica nesses casos é a previsão de uma política tarifária que contemple diferenciações entre os cidadãos de reduzido poder aquisitivo e aqueles que apresentam altos níveis de consumo, algo que, de mais a mais, já conta com ampla aceitação teórica e prática (v.g., tarifas sociais) e por isso dispensa maiores discussões.

A segunda consideração consiste no fato de que é imprescindível verificar a natureza de cada serviço público, para só então se poder afirmar se cabe ou não dispensar um tratamento discriminatório aos cidadãos com vistas à promoção da igualdade material. Com base na primeira observação, o foco de análise no Direito brasileiro se reduziria aos serviços de educação, saúde, assistência social, pois o serviço de previdência social também acabaria excluído da aplicação da proposição em debate. Isso porque, cuida-se de um serviço de caráter contributivo e de filiação obrigatória, nos termos do art. 201 da Constituição Federal. Os bens ofertados por meio dele nada mais são do que uma contrapartida das contribuições previdenciárias que são recolhidas de todos os segurados obrigatórios e facultativos. Restam, então, assistência social, educação e saúde, por se tratarem de serviços fornecidos *gratuitamente e sem exclusividade estatal*.

No caso da assistência social, a possibilidade de instituir um regime diferenciado, excluindo boa parcela da população do acesso a esse serviço, é de fácil compreensão, pelo fato de que já se encontra voltado a um público específico: “pessoas que estão fora do mercado de trabalho, sem cobertura previdenciária e passando por dificuldades financeiras que lhes impedem de viver dignamente”.<sup>1752</sup> Por definição, não é um serviço dirigido à generalidade dos cidadãos, que envolva medidas de que todos necessitam, já necessitaram, ou algum dia irão necessitar. Os requisitos para o indivíduo ter acesso a ele são bem peculiares. Nesse âmbito, falar que pessoas

---

<sup>1752</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social...** *Op. Cit.*, p. 101.

abastadas não têm direito à sua prestação nada mais é do que um “óbvio ululante”.<sup>1753</sup> De toda forma, o fato é que aqui a proposição se aplica – e sem maiores polêmicas.

A controvérsia viceja no campo dos serviços públicos de educação e saúde. Estes sim se destinam à totalidade dos cidadãos, não possuem caráter contributivo, encontram-se liberados à exploração pela iniciativa privada e, bem por isso, em geral encontram-se amplamente disponíveis no mercado. Os habitantes de um Município onde estejam instaladas escolas públicas e privadas que possuam recursos financeiros para pagar os valores cobrados pelas instituições particulares podem usufruir gratuitamente dos serviços ofertados pelos estabelecimentos públicos de ensino? Se o sujeito possui um patrimônio que lhe permita custear o tratamento de sua enfermidade, mas isso implicasse a necessidade de vender o seu imóvel de veraneio e o seu único automóvel, obrigando-o a passar as férias em casa e a utilizar o transporte coletivo urbano para ir trabalhar, pode ele exigir do Estado a prestação gratuita dos serviços pelo Sistema Único de Saúde?

Os argumentos que costumam surgir nessa discussão normalmente são dois: (i) o fato de que todas as pessoas que pagam impostos devem ter direitos iguais em relação à prestação de serviços públicos; (ii) a existência de expressas previsões constitucionais dispondo que educação e saúde são direitos de *todos* e que o acesso a esses serviços é *universal* e *igualitário*. O primeiro não procede de forma alguma. Os *impostos* não consistem em tributos vinculados a uma atividade determinada,<sup>1754</sup> que tenham como contraprestação direta um serviço público individualizado em favor do contribuinte.<sup>1755</sup> Eles não se confundem com as *taxas*.<sup>1756</sup> Aliás, sua função primordial é justamente gerar a distribuição de renda. Não haveria falta de lógica alguma na afirmação de que embora os ricos paguem tributos, só os pobres podem usufruir gratuitamente dos serviços públicos que acabam sendo por eles custeados, nos casos em que eles também sejam explorados em regime de atividade econômica pela iniciativa privada e os mais abastados possam acedê-los por outros meios. Assim, não é o fato de que os sujeitos economicamente privilegiados pagam impostos que lhes outorga algum direito à utilização gratuita dos serviços públicos de educação e saúde. Do mesmo modo, não é o fato de determinados indivíduos não estarem sujeitos ao pagamento de impostos diretos (*v.g.*, isenção de imposto de renda) que lhes retira o direito à utilização sem custos de serviços públicos: o fator que lhes investe na posição jurídica de recebê-los gratuitamente do Estado não é a sua sujeição ou não ao dever de pagar impostos.

Já o segundo argumento merece maior atenção. Ele pode ser apreciado sob dois pontos de vista que merecem ser enfrentados separadamente: **(c.1)** o prisma *teórico*, relacionado à *universalidade* da titularidade dos direitos sociais; **(c.2)** o viés *jurídico-normativo*, referente à *compatibilidade* da adoção de um tratamento diferenciado com o *Direito positivo*.

<sup>1753</sup> RODRIGUES, Nelson. **O óbvio ululante**: primeiras confissões (crônicas). São Paulo: Companhia das Letras, 1993. A expressão de Nelson Rodrigues foi também tomada por empréstimo, para tratar de tema diverso, por VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, Porto Alegre, Síntese, p. 147-161, 2001.

<sup>1754</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 143.

<sup>1755</sup> Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): “**Art. 16.** Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

<sup>1756</sup> Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): “**Art. 77.** As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

(c.1) Sob o ângulo *teórico*, é preciso posicionar-se a respeito da explicação relativa à universalidade dos direitos fundamentais sociais. É comum a afirmação de que um dos traços marcantes dos direitos humanos é a *universalidade* de sua titularidade, segundo a qual eles são direitos “de todos, sem qualquer distinção de nascença, sexo, cultura, fortuna, cor, raça, religião ou ideologia”, de sorte que, sob a perspectiva *subjéctiva* (dos *sujeitos* que os titularizam), eles são direitos “necessariamente inclusivos e gerais”.<sup>1757</sup> Após questionar se essa universalidade subjéctiva admite a previsão de direitos destinados a proteger somente determinadas categorias de pessoas ou setores da sociedade, José Adércio Leite Sampaio aponta que para a racionalidade do liberalismo clássico, fundada na ideia de igualdade formal, a resposta seria negativa. Isso porque, para aquela linha de pensamento, abandonar a nota universalizante da titularidade dos direitos fundamentais acarretaria um perigo à isonomia, “crivando os direitos com elementos feudais e potencializando a formação, outra vez, de bolsões de privilegiados”. Mostra o autor que para a lógica liberal não seria aceitável a existência de direitos humanos que não pudessem “ter todos ou qualquer um por titular”.<sup>1758</sup>

Conforme se expôs alguns parágrafos atrás, essa mentalidade entra em crise a partir da segunda metade do século XX com as transformações operadas pelo constitucionalismo social e pela consolidação do paradigma do Estado Social de Direito. As Constituições deixam de tratar os direitos fundamentais como “posições jurídicas individuais formalmente iguais, sem conexão alguma com a situação real de poder (...) dos titulares”,<sup>1759</sup> tal como eram concebidos no Estado Liberal de Direito. Ou seja, os direitos fundamentais não são mais encarados como faculdades jurídicas oferecidas indistintamente a todos os cidadãos pela Constituição, independentemente da possibilidade real de cada um de exercitá-las ou não. Opera-se uma relação de *tensão* entre as premissas do modelo liberal, que pressupunha leis gerais e abstratas que não diferenciavam o tratamento dispensado aos indivíduos (ainda que eles se encontrassem em situações distintas), e a cláusula do Estado Social. De acordo com essa última, “o Estado há de intervir nas posições jurídicas (especialmente, nas de carácter patrimonial, ainda que não somente nelas) dos faticamente mais favorecidos para que seja possível realizar o fim estatal de conseguir mais igualdade e mais justiça social (entendidas estas, também, como resultados empíricos)”.<sup>1760</sup>

Em face disso, levando em conta a multiplicidade de condições de vida experimentadas pelas pessoas e de opressões por elas sofridas, os direitos sociais passam ser tutelados nas Constituições com o propósito de reduzir as diferenças substanciais existentes entre os indivíduos no mundo dos fatos, objetivando promover uma igualdade *material* que propicie a todos reais possibilidades de exercer os seus direitos de liberdade. É por esse motivo que “os direitos sociais não configuram um *direito de igualdade* [formal], baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um *direito das preferências e das desigualdades*, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.<sup>1761</sup> Portanto, a proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais reclama o fornecimento de um trato distinto para cidadãos que se encontrem em situações diversas,

<sup>1757</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 552.

<sup>1758</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Idem*, p. 53.

<sup>1759</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 364.

<sup>1760</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 19.

<sup>1761</sup> FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 105.

inclusive como forma de possibilitar que todos possam, de fato, desfrutar de todos os direitos que são assegurados à universalidade dos cidadãos no plano *jurídico*, mas que por conta da opressão e da exploração humana e das demais intempéries da vida nem sempre logram ser exercidos por todos no plano *fático*.

Toda essa transformação demanda uma adequação da ideia de *universalidade* da titularidade dos direitos fundamentais, para que ela se adapte aos propósitos a que se destinam os direitos sociais. Se aplicada sobre eles de maneira automática a lógica liberal da igualdade formal, garantindo a todos a mesmíssima possibilidade de exercício e fruição desses direitos, eles perdem a razão de ser, que é justamente favorecer *juridicamente* as pessoas que se veem desfavorecidas *faticamente*. Uma explicação sobre o modo de enxergar a universalidade da titularidade dos direitos sociais é arquitetada por Gregorio Peces-Barba Martínez, que parece apropriada para explicar o fenômeno na conjuntura de Estados Sociais em que são inúmeros os direitos sociais constitucionalmente previstos e escassos os recursos para atender integralmente à totalidade da população.

Primeiramente, pontua o autor que em matéria de direitos humanos há uma *universalidade da moralidade básica* a eles inerente: é universal a *moralidade* dos direitos fundamentais, composta pela dignidade humana e pelos valores de liberdade, igualdade, segurança e solidariedade. Ela consiste na fonte axiológica de onde se originam os direitos humanos, concebidos como pretensões morais positivadas pelo Direito na forma de posições jurídicas. Trata-se de uma universalidade *como ponto de partida*, pois todos os indivíduos podem igualmente e desde logo exigir o respeito de seus direitos fundamentais no que toca aos valores que integram essa moralidade básica. Com base nela, determina-se que todos os seres humanos devem ser considerados fins e não meios e devem ter condições de vida social que lhes permitam escolher livremente seus planos de vida. Destaca o autor que essa universalidade é uma marca da moralidade que informa esses direitos e não de cada um dos direitos em si. Ela é compatível com a ideia de historicidade e variabilidade dos direitos fundamentais, visto que a cada momento histórico e em cada espaço territorial distinto a percepção a propósito do conteúdo desses valores se transforma.<sup>1762</sup>

Em seguida, Peces-Barba refere-se à *universalidade dos direitos específicos*, os quais se centram nos grupos que, por questões culturais, físicas, econômicas, sociais, etc., encontram-se em situação de inferioridade que reclama compensação por intermédio dos direitos fundamentais. São direitos não assegurados a todos os indivíduos, mas conferidos especificamente às minorias como mulheres, idosos, consumidores, crianças, pessoas com deficiência, etc. Tais direitos são dotados de uma universalidade *como ponto de chegada*. Embora não sejam universais sob o ponto de vista da *titularidade* (nem todos são titulares desses direitos especiais), os direitos fundamentais atribuídos a coletivos específicos têm a finalidade de reestabelecer a igualdade, com o objetivo de permitir a todos o acesso à moralidade básica dos direitos fundamentais (dignidade, igualdade, liberdade, etc.). Através da igualdade como diferenciação (tratar desigualmente os desiguais), esses direitos específicos conduzem a uma universalidade *como ponto de chegada*, ao proporcionar a equiparação dos seus titulares desfavorecidos aos valores que compõem a moralidade básica universal. Em virtude de sua

---

<sup>1762</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 310-313.

proteção e promoção, todos acabariam tendo acesso à tutela do conteúdo axiológico dessa moralidade.<sup>1763</sup>

Finalmente, o autor analisa a *universalidade dos direitos econômicos e sociais*. Sustenta que num contexto de dificuldades de se implementar a cláusula do Estado Social, tais direitos não podem ser considerados universais *como ponto de partida*, como se fossem direitos de titularidade de todos os homens, inclusive daqueles que possuem condições financeiras para satisfazê-los diretamente por outros meios disponíveis (educação, saúde, etc.). Os direitos econômicos e sociais são direitos que atendem a necessidades que seus titulares não podem satisfazer por si mesmos, e que comprometem fundos públicos e ações positivas do Estado. Torna-se, portanto, um excesso não justificado (tratar *igualmente os desiguais*) atribuí-los a pessoas que possuam capacidade econômica suficiente para realizá-los independentemente do apoio estatal. Assim como os direitos específicos das minorias, a universalidade dos direitos econômicos e sociais não é um *ponto de partida*, mas sim um *ponto de chegada*, porque são atribuídos aos carentes e necessitados como forma de igualar o seu acesso aos valores da moralidade básica (dignidade, igualdade, liberdade, etc.). Essa compreensão da universalidade dos direitos sociais pretende ser uma solução prática ao problema da escassez de recursos como elemento desencadeador de crises do Estado Social.<sup>1764</sup>

A proposta de Peces-Barba é interessante, mas deve ser compreendida com certa cautela. O fato de o sujeito rico, proprietário de vários imóveis, não necessitar que o Estado lhe conceda um lugar para morar não significa que ele não seja titular do direito social à moradia. Os direitos sociais são multifuncionais como os demais direitos fundamentais, de maneira que as funções por eles exercidas não se esgotam na função *prestacional*. O indivíduo exemplificado tem direito a que o Estado não intervenha ilegitimamente no lugar onde ele mora, por força da função *defensiva* do seu direito fundamental à moradia. Ainda que ele não fosse rico, mas fosse proprietário de apenas um imóvel, destinado para fins residenciais, e não tivesse outros bens para saldar uma dívida, essa mesma função *defensiva* do seu direito à moradia bloquearia a tentativa de penhora judicial empreendida por um credor que o estivesse executando. O fato de ter onde morar não elimina o seu direito fundamental à moradia. Logo, o fato de ele não necessitar pôr em marcha a função *prestacional* desse direito não faz com que ele deixe de titularizá-lo e de poder desfrutar dos seus demais efeitos jurídicos.

Da mesma forma, o sujeito que não utiliza – porque não necessita – os serviços públicos de educação básica do Estado, não deixa de ser titular do direito à educação. Mesmo estudando em uma escola privada, o seu direito social à educação impõe ao Estado, em virtude de sua função de *prestação normativa de proteção*, o dever de criar normas que disciplinem a autorização e o funcionamento das instituições de ensino particulares e fiscalize o cumprimento dos requisitos normativamente estabelecidos para assegurar o padrão de qualidade dos serviços, nos termos dos arts. 208, VII e 209, II da Constituição.<sup>1765</sup>

À vista de tudo o quanto foi dito, a forma mais adequada para compreender a questão parece ser a seguinte: (i) os direitos fundamentais são, em princípio, direitos *potencialmente*

<sup>1763</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 204-212.

<sup>1764</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales... Op. Cit.*, p. 318-320.

<sup>1765</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 206.** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) **VII** – garantia de padrão de qualidade. (...) **Art. 209.** O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: **I** – cumprimento das normas gerais da educação nacional; **II** – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

titularizados por todos; (ii) a titularidade de cada direito específico no tocante a cada indivíduo só pode ser aferida em termos concretos, verificando-se se o sujeito em questão se enquadra faticamente na descrição prevista no enunciado normativo veiculador do direito (v.g., uma criança não poderá exercer um direito assegurado aos idosos, tampouco um homem poderá desfrutar do percentual de vagas reservadas às mulheres em um concurso público); (iii) no caso dos direitos sociais que não se destinam expressamente a pessoas e grupos dotados de características específicas, mas sim à generalidade das pessoas (v.g., saúde, educação, trabalho), todos os indivíduos os titularizam, ainda que nem sempre possam usufruir da sua função de *prestações fáticas*, cuja exigibilidade dependerá da situação concreta em que cada um se encontra e do seu enquadramento nas hipóteses normativas que disciplinam esses direitos.

Por exemplo: todas as pessoas são *potencialmente* titulares do direito fundamental à inadmissibilidade de provas ilícitas em um processo, mas alguém que jamais figure em uma relação processual não poderá invocá-lo ou exercê-lo.<sup>1766</sup> Por sua vez, o direito fundamental à proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, CF) é titularizado por essa particular categoria de pessoas. A assistência social, como antes se disse, é um direito fundamental que se dirige a um setor social determinado, não cabendo àqueles que nele não estão inseridos postular os benefícios decorrentes desse direito, já que suas condições fáticas não se encaixam na descrição normativa que o prevê.<sup>1767</sup> E tratando-se de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal a *todos*, como é o caso da educação e da saúde, eles são de fato por *todos* titularizados, o que não significa que necessariamente a totalidade dos seus titulares poderá, em quaisquer circunstâncias, desfrutar igualmente de sua função *prestacional*.

A *universalidade* dos direitos fundamentais sociais como a saúde e a educação, no que toca à sua função *prestacional*, há que ser encarada como um *ponto de chegada*: embora nem todos possam, *de partida*, exigir as respectivas prestações estatais positivas gratuitamente, já que alguns não necessitam delas e podem obtê-las de outras formas ou pagar por elas, esses direitos são universais como um *ponto de chegada*, porque a sua previsão pressupõe que todos acedam através deles, com ou sem o auxílio do Estado, o conjunto valorativo que compõe a *moralidade básica* dos direitos humanos (dignidade, liberdade, igualdade, etc.). Do contrário, se a sua função *prestacional* for atribuída identicamente a todos, o que ocorre é que eles, por estarem sendo “concebidos como direitos universais desde o ponto de partida, não conseguem manter a universalidade no ponto de chegada”. E assim acabam servindo para manter as desigualdades que a sua proclamação visava a corrigir, operando, “para aqueles beneficiários que não os necessitam realmente, como os privilégios medievais e potencializam a desigualdade. Tratam igualmente os desiguais com consequências injustas”.<sup>1768</sup>

Posta a questão nesses termos, a conclusão a que se pode chegar é a de que, sob o viés *teórico*, à luz da cláusula do Estado Social, não se pode fechar os olhos para a distinção entre aqueles que só podem obter os direitos fundamentais sociais pela via de serviços públicos gratuitos e aqueles que podem pagar por eles. A prestação desses serviços de forma gratuita para ambas as classes de pessoas mencionadas é incompatível com o fim a que se destina a função *prestacional* dos direitos fundamentais sociais. Sua previsão tem o objetivo de garantir essas prestações sem custos àqueles que não têm outra forma de consegui-las, pois assim, por meio

<sup>1766</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 5º. (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

<sup>1767</sup> A respeito dessa questão, ver os exemplos trazidos por: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 48-50.

<sup>1768</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales...** Op. Cit., p. 210-211.

desse direitos, promove-se uma equiparação dos desiguais. Tal assertiva não faz com que eles deixem de ser direitos de todos: eles o são, mas isso não significa que todos devam alcançar os bens econômicos por eles protegidos necessariamente da mesma forma.

(c.2) Questão diversa é saber se a implementação prática da vedação de acesso gratuito aos serviços públicos de saúde e educação é autorizada constitucionalmente. A Constituição Federal, como antes se viu, de fato estabelece que saúde e educação são serviços públicos de acesso *universal e igualitário*. Impende verificar se essas expressões comportam a instauração de um tratamento diferenciado entre os que podem adquirir os serviços da iniciativa privada e os que não podem, sem com isso acarretar ofensa ao princípio da igualdade. Para averiguar se essa diferenciação de trato transgredir ou não o princípio da isonomia, recorre-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Segundo o autor, os requisitos a serem observados para se atestar se uma discriminação hostiliza ou não a igualdade são os seguintes: (i) o fator de discriminação: (i.i) não pode ser algo que singularize *no presente e definitivamente* o sujeito que receberá tratamento diverso para atingir exclusivamente um determinado indivíduo, devendo, ao revés, englobar situações que poderão ser reproduzidas futuramente; (i.ii) tem necessariamente de *residir na pessoa, situação ou coisa a ser discriminada*, não sendo admitida a acolhida de um fator discriminante que seja neutro ou alheio a elas, pois só podem ser tratadas de forma diversa situações que sejam de fato diferentes entre si; (ii) deve haver, em abstrato, uma *correlação lógica* entre o *fator de discriminação* e o *regime diferenciado* que será dispensado a duas situações diversas, ou seja, o tratamento desigual deve justificar-se com base no fundamento que lhe deu origem, sendo adequado para corresponder a ele; (iii) haverá de existir, no plano concreto, uma *consonância entre a diferenciação adotada e os valores protegidos pela Constituição*, devendo tratar-se de uma distinção que se harmonize com o conteúdo axiológico dos princípios inscritos no sistema constitucional, visto que não bastará a presença de umnexo racional entre o fator discriminante e o regime diferenciado se ele não encontrar respaldo no ordenamento jurídico.<sup>1769</sup>

Quanto ao primeiro critério, no caso em apreço o *fator de discriminação* consiste na diferença de poder aquisitivo: pessoas de baixa renda não ostentam meios de aceder a esses bens econômicos pela via do mercado, o que os torna *faticamente* distintos e *efetivamente* carentes da prestação desses serviços pelo Poder Público, ao passo que aqueles que possuem recursos financeiros em maior quantidade encontram-se em uma situação *fática* diversa, pois podem ter acesso à saúde e à educação por meio de estabelecimentos particulares e *prescindem* dos serviços públicos. Trata-se de fator que cumpre os requisitos (i.i) e (i.ii). Em relação ao segundo parâmetro, há uma clara correlação lógica entre esse fundamento e o *regime diferenciado* que se pretende instituir: oferta gratuita dos serviços públicos aos que realmente dele necessitem e fornecimento mediante contraprestação pecuniária àqueles que desfrutem de condições para adquiri-los de outros particulares. Cuida-se de um tratamento desigual dispensado àqueles que de fato possuem padrões distintos de poder aquisitivo: cobra-se de quem pode pagar, isenta-se de pagamento quem não pode.

Chega-se então ao terceiro critério: seria essa diferenciação (onerosidade/gratuidade), que guarda correlação lógica com o fator de discriminação (poder aquisitivo), compatível com a Constituição brasileira de 1988? A resposta é distinta conforme o serviço que estiver em análise: educação ou saúde. No caso da educação, o constituinte tomou uma decisão política: se é

---

<sup>1769</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade...** *Op. Cit.*, p. 23-43.



fornecido por instituições oficiais de ensino, sua prestação será gratuita. Consta do art. 206, IV, com todas as letras: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) *gratuidade do ensino público* em estabelecimentos oficiais”. Logo, por mais que do ponto de vista *teórico* e *político* fosse recomendada a cobrança dos serviços públicos de educação de quem pode pagar (considerando que eles se encontram disponíveis no mercado), e que sob o prisma dos dois critérios lógicos do princípio da igualdade material fosse admitida a diferenciação de tratamento, esse último critério – *jurídico-normativo* – impede a cobrança de quem quer que seja.

Não é o que ocorre, todavia, com os serviços públicos de saúde. Diferentemente do que se passou com a educação (e também com a assistência social),<sup>1770</sup> o constituinte não entabulou a *gratuidade* entre os princípios orientadores do Sistema Único de Saúde (SUS). Nas hipóteses em que pretendeu fazê-lo, estipulou-a expressamente. No caso da organização das ações públicas de saúde, consoante o art. 198, incisos I a III, são três as diretrizes norteadoras: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.<sup>1771</sup> Assim, do ponto de vista *constitucional*, não há uma vedação para que os serviços de saúde sejam cobrados.

O legislador ordinário fixou, no art. 43 da Lei nº 8.080/1990, que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Esse dispositivo leva alguns autores a sustentarem que, por imposição *legal*, estaria proibida a cobrança direta do cidadão em contrapartida às ações e serviços de saúde prestados pelo Estado, a quem competiria custeá-los com as verbas orçamentárias.<sup>1772</sup> No entanto, outra parcela da doutrina entende que, a partir de uma interpretação sistemática do dispositivo à luz da ordem constitucional, é possível em determinados casos que o Poder Público cobre pela prestação desses serviços. É o caso de autores como Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo, Fernando Borges Mânica e Saulo Lindorfer Pivetta.<sup>1773</sup>

Assiste razão à segunda corrente. Vale observar que o art. 198, § 1º da Constituição Federal dispôs textualmente que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. E o art. 195 estabelece que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei (...)”. Concorde-se, assim, com a leitura de Saulo Pivetta, quando assinala ser “plenamente viável que, por meio de lei, sejam estabelecidos mecanismos remuneratórios pela utilização das ações e serviços de saúde, seja através da Contribuição Social para a Saúde (como tentou ser feito, sem sucesso, no

<sup>1770</sup> De acordo com o art. 203 da Constituição Federal, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...)”.

<sup>1771</sup> Sobre o sentido e os desdobramentos de cada uma dessas diretrizes, ver o excelente trabalho de: PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

<sup>1772</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 73; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. p. 26; WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 162.

<sup>1773</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 245; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 172; MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 136; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde... Op. Cit.**, f. 162 *et seq.*

processo de elaboração da Lei Complementar nº 141), ou através de taxa (quando é realizada a cobrança de serviços específicos)”.<sup>1774</sup> O autor inclusive exemplifica com o caso do art. 32 da Lei nº 9.656/1998 (regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde), que estipulou a possibilidade de ressarcimento do SUS pelas operadoras privadas, quando aqueles que contrataram os seus serviços usufruam de serviços prestados pelo sistema público que se encontrem dentro da cobertura do plano ou seguro de saúde.

Do exposto, o que se conclui é que a *universalidade do acesso* aos serviços públicos de saúde impõe a garantia de que ele seja oferecido a todos os que dele necessitarem, o que não significa que todos poderão fruí-lo exatamente da mesma forma, sendo possível a cobrança pautada no critério do poder aquisitivo. A base jurídico-constitucional para essa afirmação não se encontra somente na ausência de previsão expressa da *gratuidade* como diretriz do Sistema Único de Saúde. Ela deriva de uma das concepções de *justiça social* que é agasalhada pela Constituição brasileira de 1988. Conforme premissa lançada em capítulo anterior, ao qual se remete para evitar repetições,<sup>1775</sup> para que se promova o desenvolvimento não basta que o Estado assegure a *igualdade de oportunidades*, fornecendo o mínimo necessário para que todos os cidadãos se encontrem no mesmo ponto de partida. É crucial que ele proporcione simultaneamente uma *igualdade de posições*, reduzindo as distâncias existentes entre as diferentes posições sociais. Em um país como o Brasil, com níveis de disparidade tão elevados entre os mais ricos e os mais pobres,<sup>1776</sup> não se pode pretender que todos recebam idêntico tratamento em matéria de serviços públicos. É justamente através de uma tratativa desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades, que o Estado logrará promover o desenvolvimento social. Impõe-se, nas palavras de Dinorá Musetti Grotti, a “realização de uma igualdade pelo serviço público, isto é, a busca de uma igualdade de fato à custa de restrições à igualdade de direito”.<sup>1777</sup>

### 8.2.2. Direito à implementação de políticas públicas: ações de maximização da tutela dos direitos sociais e a proibição de proteção insuficiente

A cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, presente no sistema constitucional brasileiro, dirige aos Poderes Públicos o dever de garantir aos cidadãos não somente condições *mínimas* de existência digna, mas também condições *suficientes* para que cada pessoa possa desenvolver livremente a sua personalidade.<sup>1778</sup> Esse objetivo pressupõe uma realização maximizada dos direitos fundamentais sociais, que possibilite aos seus titulares fruir de seu conteúdo integral e exercê-los de maneira real e efetiva. É mediante o cumprimento da dimensão objetiva desses direitos que a Administração Pública, agindo *sponte propria*, criará os meios necessários a conferir aos cidadãos ampla acessibilidade aos bens jurídicos de natureza jusfundamental.

<sup>1774</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde...** *Op. Cit.*, f. 163.

<sup>1775</sup> Parte I, Capítulo 2, item 2.2., subitem 2.2.2. e item 2.3., subitens 2.3.1. e 2.3.2.

<sup>1776</sup> Conforme se consignou anteriormente, uma recente pesquisa demonstrou que as 124 pessoas mais ricas do país concentram um patrimônio de 544 bilhões de reais, o que equivale a cerca de 12,3% do PIB nacional. CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE – CEBES. **Apenas 124 pessoas concentram mais de 12% do PIB do Brasil**. 02.01.2014. Disponível em: <<http://cebes.com.br/2014/01/apenas-124-pessoas-concentram-mais-de-12-do-pib-do-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

<sup>1777</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988...** *Op. Cit.*, p. 304.

<sup>1778</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 331.

A vertente objetiva dos direitos fundamentais pode ser posta em prática pela Administração Pública de diversas formas possíveis, tais como: (i) através de um regulamento administrativo que discipline normativamente meios de acesso àquele bem jurídico jusfundamental (v.g., decreto regulamentando critérios para a concessão de benefícios da seguridade social); (ii) por meio de um serviço público que forneça prestações materiais necessárias à fruição do direito (v.g., serviços hospitalares); (iii) mediante *políticas públicas* que ampliem o grau de satisfação de determinado direito fundamental (v.g., reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos). A satisfação do conteúdo integral dos direitos sociais pressupõe mais do que o atendimento ao mínimo existencial. E à Administração compete adotar todas as medidas possíveis para que a dignidade do cidadão não seja promovida apenas em um grau mínimo, mas sim em um grau máximo.

Isso significa que a tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais, além de igualitária, deve ser *espontânea* e *integral*. E para que se proporcione essa proteção otimizada, mostra-se imperioso o desenvolvimento, pelos entes administrativos, de ações coordenadas e racionalizadas com vistas ao cumprimento dos objetivos plasmados na Constituição. A maximização da tutela dos direitos sociais reclama, pois, que a Administração formule e execute *políticas públicas*, orientadas a corrigir problemas sociais que atravanquem a proteção e promoção adequada desses direitos e que impeçam indivíduos e setores específicos da sociedade de lograr acesso igualitário aos bens jurídicos por eles protegidos. Não basta que sejam prestados os serviços públicos. Impõe-se também a tomada de decisões políticas, formalizadas em atos normativos e executadas de forma eficiente pela via administrativa, que corrijam aquelas distorções sociais que remanescem mesmo nos casos em que os serviços públicos estão sendo fornecidos de modo totalmente adequado e eficiente.

Assim, ao lado do *direito fundamental ao serviço público adequado*, posiciona-se o *direito à implementação de políticas públicas*, como parcela integrante do direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Cuida-se de um direito de caráter transindividual que impõe ao Estado o dever de cumprir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, desenvolvendo um *planejamento* que evidencie os programas de ação que serão executados de forma coordenada pelo Poder Público. Ele tem por escopo exigir da Administração uma atuação racional em prol da efetivação dos direitos sociais e demais objetivos constitucionais, que não se restrinja a reagir casuisticamente a pleitos individuais ou a condenações judiciais isoladas.

A contrapartida desse direito titularizado por toda a coletividade consiste no dever que recai sobre a Administração de *enunciar políticas públicas* voltadas à maximização da tutela dos direitos fundamentais sociais. Sendo ligado à dimensão objetiva de tais direitos, ele não tem como foco direto a produção de efeitos específicos em favor de um ou outro cidadão, mas sim a adoção estatal de medidas coletivas, que venham a possibilitar o exercício pleno dos direitos fundamentais sociais a toda a coletividade ou a grupos específicos que careçam de um tratamento diferenciado. Visa, portanto, a atacar “na sua raiz uma patologia que expressa o descumprimento de um dever constitucionalmente traçado à Administração, não só de garantia de um determinado direito fundamental, mas de planejamento voltado finalisticamente a essa mesma garantia”<sup>1779</sup>.

As virtudes do reconhecimento desse desdobramento do direito à tutela administrativa efetiva encontram-se no sentido universal da proteção jurídica que com ele se visa a obter. Seu

---

<sup>1779</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 150.

propósito é assegurar que a própria Administração Pública – parcela da estrutura estatal mais próxima da cidadania e mais apta a investigar quais são as demandas mais prementes e os meios mais aptos a supri-las – aja de forma organizada e atenta às diversas necessidades sociais, fornecendo coletivamente as estruturas organizativas, procedimentais e protetivas imprescindíveis à tutela integral dos direitos fundamentais sociais.

Essa obrigatoriedade de elaboração e execução de políticas públicas por parte do Estado deriva da necessidade de se pôr em prática os objetivos políticos, econômicos e sociais inscritos na Constituição na forma de princípios jurídicos. Entre eles, encontram-se logicamente os direitos fundamentais sociais e a promoção do desenvolvimento. Dada a variedade de metas juridicamente vinculantes a serem cumpridas pelos Poderes Públicos e a limitação dos recursos financeiros para fazer frente a todas elas, torna-se imprescindível que o Estado atue de maneira racionalizada, definindo prioridades de atuação. Essas escolhas devem ser feitas dentro das margens de apreciação política que são deixadas pela Constituição e pelo ordenamento jurídico em geral, que fixam parâmetros e ditam ordens cogentes de atuação, mas muitas vezes conferem um espaço de deliberação para o ente administrativo verificar em cada conjuntura quais são os melhores meios de atendê-los.

Questão fundamental é saber o que significa a expressão “políticas públicas” e verificar se essa categoria pode ser conceituada juridicamente. Ela exhibe interesse interdisciplinar, sendo objeto de estudos de diversos ramos do conhecimento, tais como as ciências econômicas, as ciências sociais, as ciências políticas e as ciências da administração.<sup>1780</sup> E muitas vezes, nem mesmo estudiosos da mesma área do saber compartilham um consenso em relação àquilo que chamam de políticas públicas.<sup>1781</sup> Não raro são utilizadas em um sentido bastante amplo e genérico, referindo-se a quaisquer ações estatais.

Colham-se algumas definições cunhadas por autores da área do Direito. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, política pública é “o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Afirma, ainda, tratar-se de um “conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.<sup>1782</sup> Para Patrícia Helena Massa-Arzabe, as políticas públicas são “conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas”, que se destinam “à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos”.<sup>1783</sup> Por sua vez, Felipe de Melo Fonte assevera que “*políticas*

<sup>1780</sup> Para uma visão multidisciplinar, do tema a partir das perspectivas de diversos autores com formações distintas, ver: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

<sup>1781</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

<sup>1782</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14; 39.

<sup>1783</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

*públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública*”.<sup>1784</sup>

O que se nota é que os conceitos de políticas públicas em geral apresentados pelos autores demonstram que a locução exprime um significado bastante abrangente, englobando inúmeras modalidades de comportamento estatal que não se restringem à prestação de serviços, envolvendo também atividades como regulação, fomento e produção de atos jurídicos normativos ou concretos.<sup>1785</sup> Sob o ponto de vista do Direito, não parece adequado pretender incluir em um único conceito *jurídico* uma gama tão variada de atividades estatais, que sequer se limitam ao exercício da função administrativa, já que dizem respeito também ao desempenho da função legislativa e cada vez mais têm sido objeto da função jurisdicional. A natureza de cada atividade relacionada com uma política pública é tão diversa que nada se acrescentaria submetendo todas elas a uma única definição jurídica, já que o regime jurídico incidente sobre cada qual difere demasiadamente, tornando-se inócua a tentativa de igualá-las sob o ponto de vista do Direito. O que não significa reputá-la uma categoria irrelevante juridicamente, visto que sua formulação e execução se opera justamente por meio de mecanismos jurídicos.

O resultado a que se chega quando se intenta formular uma conceituação *jurídica* de política pública é encontrar um conceito tão vago, tão amplo, tão genérico, que sob o prisma do Direito – cuja preocupação maior está em identificar o conjunto de princípios e regras que rege determinada matéria – ele se torna irrelevante (o conceito, não a categoria). Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci entende ser “plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública”.<sup>1786</sup>

A constatação parece ser procedente, já que as políticas públicas nem mesmo possuem uma única espécie de instrumento normativo apto a veiculá-las. As formas jurídicas por meio das quais elas são exteriorizadas afastam-se de um padrão “uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico”.<sup>1787</sup> As políticas públicas podem ser veiculadas por diversos formatos jurídico-normativos. Algumas delas encontram-se em sede constitucional, outras são resultado da atuação do legislador infraconstitucional e outras, embora sempre inspiradas nos programas de ação política fixados constitucionalmente, são criadas diretamente pela Administração, ainda que inexistente calço legal específico que determine a implementação daquela política. Portanto, podem encontrar suporte em normas constitucionais específicas, em leis, em atos administrativos normativos – decretos, portarias, instruções normativas, resoluções – ou mesmo em contratos e convênios celebrados pelo Poder Público.

Nos últimos anos, diante do fenômeno da judicialização da política experimentado pelo Direito, tornou-se habitual a “apropriação pelo direito do discurso do controle das políticas públicas, numa prática mais retórica do que incorporadora dos potenciais úteis desse mesmo

<sup>1784</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>1785</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

<sup>1786</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito... *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>1787</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 257.

conceito, particularmente no plano da garantia de direitos fundamentais”.<sup>1788</sup> É que, por não se tratar de uma categoria de fisionomia facilmente caracterizável em termos jurídicos, frequentemente as *políticas públicas* são confundidas com os *serviços públicos* nos discursos doutrinários e jurisprudenciais. Não raro se afirma em decisões judiciais estar-se promovendo o “controle de políticas públicas”, quando na realidade o que se está fazendo é controlando a prestação inadequada de um serviço público. Outras vezes, o que se faz é garantir que uma política pública já existente cumpra adequadamente o seu papel, porque embora já formulada e implementada pela Administração, esta falhou pontualmente em sua execução, deixando de cumpri-la de forma apropriada a alguém que tinha direito a fruir de seus efeitos e não conseguiu fazê-lo em razão de um vício isolado no seu implemento.

Impende perceber a diferença entre a prestação de um *serviço público* e a utilização desse mesmo serviço como *meio de implementação* de uma *política pública*. Pense-se no tema da educação. O Estado tem, por força da Constituição, o dever de oferecer o *serviço público* de educação superior.<sup>1789</sup> Todavia, por uma decisão estratégica, o Poder Público pode buscar atingir o objetivo de satisfazer outros direitos fundamentais – que não o da educação – utilizando-se para tanto do serviço público de educação superior como *instrumento* para dar execução a uma *política pública*. É o que ocorre com a instituição de reserva de vagas para negros nas universidades públicas. Cuida-se aí de uma *política pública* de reconhecimento, destinada a atingir as metas de redução e eliminação do preconceito racial e de promoção da igualdade material através da inserção de uma minoria em um importante espaço de poder simbólico e de formação de opinião, que o Estado pretende alcançar empregando como *meio* o *serviço público* de educação superior. As categorias, contudo, não representam a mesma coisa.

Um exemplo de política pública que não consiste na prestação de um serviço público pelo Estado é o Programa Universidade para Todos – PROUNI, criado pelo Governo Federal por meio da Medida Provisória nº 213/04 que restou convertida na Lei nº 11.096/05. Através dessa política, regulamentou-se a imunidade tributária estipulada no art. 195, §7º da Constituição Federal em favor de entidades beneficentes e criou-se isenção tributária para as demais instituições participantes. Em contrapartida, as universidades privadas deverão oferecer bolsas de estudos aos alunos de baixa renda, retratando, assim, uma decisão político-normativa do Estado com vistas à inclusão social.

Por isso, quando se afirma que “há hipóteses em que a Constituição define as políticas públicas a implementar, como é o caso, *e.g.*, da educação pública fundamental e média”,<sup>1790</sup> parece estar havendo uma confusão entre as categorias mencionadas. A oferta estatal de serviços de educação fundamental e média representa a prestação de um *serviço público*. É possível, por exemplo, que sejam adotadas *políticas públicas* específicas para ampliar a acessibilidade a esse serviço em determinada região, onde haja muitos adultos com déficit educacional que precisem receber os serviços. O serviço público, novamente, será um *mecanismo* para pôr em marcha uma

<sup>1788</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>1789</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) **V** – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

<sup>1790</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais...* *Op. Cit.*, p. 107, nota 25.

política pública. Mas o simples fato de estar sendo prestado um *serviço público* não faz dele, necessariamente, uma *política pública*.<sup>1791</sup>

Daí se denota que as políticas públicas possuem elementos próprios que as peculiarizam. Um dos elementos caracterizadores das políticas públicas consiste na *continuidade*, no sentido de *projeção no tempo*.<sup>1792</sup> Elas não retratam ações pontuais que rapidamente se esgotam em si mesmas. Justamente por visarem a atingir metas específicas, isto é, alcançar resultados pré-determinados, as políticas públicas envolvem medidas de médio e longo prazo, por meio das quais o Estado busca promover intervenções na economia e nas relações interprivadas para dar cumprimento a objetivos constitucionais que, sem a sua ingerência, não se concretizariam em absoluto ou ao menos não de forma adequada e dentro do mesmo período de tempo.

Assim, as políticas públicas destinam-se a “ordenar o presente em direção a determinado futuro socialmente almejado”, o que reclama a criação de normas que tracem diretrizes e metas específicas a serem atingidas.<sup>1793</sup> A sua concepção leva em conta, “por ocasião de sua formulação, os *benefícios em favor do resultado* eleito por esse mesmo programa normativo de ação, que possam decorrer, justamente, do *transcurso do tempo*”.<sup>1794</sup> Portanto, para que o conjunto de ações governamentais possa ser considerado uma política pública, ele deve conter em sua formulação a explicitação dos objetivos mensuráveis que se pretende atingir com a estratégia adotada e buscar obter resultados determinados dentro de um lapso temporal estimado no momento de sua elaboração.<sup>1795</sup>

Na certa síntese realizada por Vanice Lírio do Valle, “traçar e executar uma política pública (...) é estabelecer uma escolha, dentre múltiplas situações a exigirem atenção do poder público, em relação a qual seja a prioridade de ação, com a enunciação do que se vai realizar, objetivos pretendidos e indicadores que permitam, no momento certo, a avaliação”. De acordo com a autora, a construção de uma política pública pode ser identificada a partir das seguintes etapas: “1º) reconhecimento do problema; 2º) formação da agenda; 3º) formulação da política; 4º) escolha da política pública a ser implementada; 5º) implementação da política pública eleita; 6º) análise e avaliação da política pública executada”.<sup>1796</sup>

É de extrema importância que a Administração, ao planejar as suas ações e enunciar as políticas públicas que irão materializá-las, estabeleça claramente quais serão os *critérios* que irão pautar a sua atuação, as *prioridades* selecionadas, as *metas* que deverão ser atingidas, os *meios* a serem empregados, os *resultados* que se pretende obter e o *intervalo temporal* dentro do qual se pretende alcançar os objetivos traçados. A partir desses parâmetros, a Administração se *autovincula*, reduzindo as margens de sua própria discricionariedade e permitindo que os órgãos de controle possam fiscalizar o regular cumprimento dos planos por ela mesma traçados. É evidente que isso não implica uma fossilização do agir administrativo, que a impeça de mudar os caminhos a serem seguidos ao verificar que a aposta por ela realizada não está logrando êxito e

<sup>1791</sup> Há autores, no entanto, que sustentam que “o serviço público sempre estará inserido no âmbito de uma política pública”. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>1792</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>1793</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>1794</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>1795</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito... *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>1796</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 87.

se mostra ineficaz para chegar ao resultado pretendido. Em tais casos, porém, recairá sobre o ente administrativo o dever de expor motivadamente com informações concretas as razões pelas quais a política por ele formulada não merece continuidade.

A formulação de políticas públicas, sejam elas destinadas à promoção de direitos fundamentais ou não, encaixa-se entre as hipóteses de emprego da função política ou de governo. A criação desses programas de ação pela Administração Pública (aqui referida em sentido amplo) implica a adoção de escolhas governamentais relativas às prioridades de atuação estatal. E isso depende, logicamente, da definição de pautas e diretrizes superiores a respeito das metas principais que cada governo pretende atingir, sempre observando os princípios e objetivos da República estampados na Constituição Federal. O fundamento para a formulação de uma política pública não precisa ser a lei formal. Muitas vezes ele se encontrará no próprio texto constitucional. Sua elaboração, portanto, não haverá de ser necessariamente *infralegal* como os atos que em geral derivam da função *administrativa*; não raro ela se embasará diretamente na Constituição, tal como os demais comportamentos que resultam do manejo da função *política* do Poder Público.<sup>1797</sup>

A Lei Fundamental de 1988 estabelece um vastíssimo rol de programas políticos que devem necessariamente ser concretizados pelo Estado. Dentro dessas balizas demarcadas pelo constituinte, caberá aos órgãos políticos determinar quais serão as medidas prioritárias dentre as inúmeras que à Administração compete executar. É por isso que a implementação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, destacadamente os sociais, dependerá muitas vezes do exercício da função *política* do Estado, visto que a concretização espontânea de tais direitos pelo Poder Executivo nem sempre dependerá da existência prévia de uma lei que autorize a atuação da Administração Pública voltada à sua efetivação. Nesse cenário, o administrador tem uma acentuada margem de discricionariedade para, à luz dos parâmetros e prioridades constitucionais, verificar quais são as ações mais convenientes e oportunas a serem empreendidas.

Em um sentido geral, a discricionariedade consiste na margem de apreciação que a autoridade pública recebe do sistema normativo – com o fito de cumprir da melhor maneira possível a função que lhe é designada pelo Direito positivo – e que deve ser utilizada para realizar as escolhas mais adequadas ao alcance da finalidade prevista na norma jurídica. A discricionariedade *política* relaciona-se com as faculdades que o sistema normativo outorga ao Governo para, no uso de sua função *política*, fazer escolhas a propósito de quais ações estruturais e decisivas para a sociedade ele irá adotar para alcançar as metas constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais e demais objetivos do Estado.

O raio de incidência da discricionariedade política é bastante abrangente, pois não envolve apenas uma situação isolada e concreta que se limita à verificação da conveniência e oportunidade de praticar ou não um comportamento comissivo ou omissivo, do melhor momento para fazê-lo, dos meios mais adequados para que ele cumpra a finalidade legal, etc. Aqui, inclusive, apresenta-se mais um aspecto que demonstra não haver identidade entre as noções de serviço público e de política pública. Exemplifique-se: há parcelas de discricionariedade no dever-poder de *prestar o serviço público* de educação superior, e também o há na prerrogativa de *criar políticas públicas* para a promoção da igualdade material no acesso às universidades públicas. Porém, no primeiro caso, está-se diante de um caso de discricionariedade de alcance mais reduzido, pois a Administração sabe que haverá de prestar o serviço, cabendo-lhe apenas

---

<sup>1797</sup> Sobre a caracterização das funções administrativa e política do Estado, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 36-37.



escolher os melhores meios para fazê-lo (em quais Estados serão criadas universidades federais? Qual será o conteúdo mínimo obrigatório dos cursos de graduação em Medicina? Qual percentual do orçamento será destinado ao investimento em pesquisa?). No segundo caso, está-se diante de uma situação que comporta discricionariedade de abrangência mais alargada, pois o ordenamento não diz com precisão o que é que a Administração haverá de fazer para atingir aquele objetivo (quais os melhores meios de fomentar a igualdade de acesso às universidades públicas? Reservar vagas para estudantes de escola pública? Para índios? Para negros? Quais serão os percentuais? Oferecer cursos preparatórios gratuitos para o vestibular? Investir maciçamente no ensino fundamental e no ensino médio? Adotar todas as medidas anteriores simultaneamente?).

A discricionariedade política engloba, assim, um rol muito extenso de variáveis, que inclui eleger quais necessidades são mais urgentes, quais áreas de atuação devem ser favorecidas, em quais medidas o Poder Público deve e pode apostar, quais são as disponibilidades orçamentárias, quais os riscos que cada solução acarreta, qual a duração necessária para que cada programa cumpra a sua finalidade, entre tantos outros fatores.

Os programas de ação traçados pela Constituição, notadamente no “Título VIII – Da Ordem Social” (mas não só), impõem ao Estado uma gama imensa de incumbências em matéria de direitos fundamentais sociais. Isso acaba permitindo que cada governo, de acordo com a ideologia que permeia os partidos políticos que lhe oferecem sustentação, estabeleça planos e estratégias de ação governamental que invistam mais neste ou naquele setor, dentro das margens conferidas pelo sistema constitucional, possibilitando com isso o cumprimento de suas promessas de campanha. No fim das contas, o que diferencia uma chapa da outra no momento das eleições são as *priorizações* que cada uma delas realiza dos segmentos sociais e estatais que carecem de maior atenção. Isso porque, afirmar que serão empreendidas ações voltadas à saúde, à educação, ao trabalhador, ao meio-ambiente, à previdência, à assistência social, ao consumidor, à livre concorrência, à família, à criança, ao jovem, ao adolescente, ao idoso, à cultura, ao desporto, à ciência, à tecnologia, aos índios... não será diferencial nenhum, pois tudo isso já se refere a obrigações impostas constitucionalmente.

É de se reconhecer, assim, que persiste uma margem de atuação quanto à escolha da destinação prioritária dos recursos públicos, que pode ser chamada *discricionariedade política*. Por outro lado – e a ressalva é crucial – não se pode com isso imaginar que o Governo é dotado de ampla liberdade no momento de estruturar o planejamento, haja vista a existência de inúmeros parâmetros fixados pelo texto constitucional (v.g., percentuais mínimos de aplicação de recursos em saúde e educação). Só será juridicamente legítima a definição de metas no plano de governo que se alinhem aos programas fixados na Constituição Federal. As opções políticas que destoem das priorizações traçadas pelos mandamentos constitucionais, ou que demonstrem que os fins e objetivos que o Estado deve alcançar por determinação da Lei Fundamental não teriam como ser atingidos a partir de tais escolhas, tornam-se antijurídicas e passíveis de controle.

De tal intelecção se pode inferir que o caráter dirigente da Constituição vigente: (i) de um lado, não implica ingovernabilidade,<sup>1798</sup> pois embora a Lei Fundamental estabeleça inúmeros programas de ação política, ela ainda deixa uma margem de atuação para cada governo (*discricionariedade política*), possibilitando a definição de prioridades dentre os vários objetivos que invariavelmente devem ser perseguidos; (ii) de outro, impõe *restrições à discricionariedade*

<sup>1798</sup> Em sentido contrário, ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

*política*, que não pode ser compreendida como uma ampla liberdade de atuação do governo, porquanto se encontra limitada pelos critérios constitucionais, impedindo os governantes de se desviarem dos deveres de atuação constitucionalmente mandatários no momento em que forem definir seus programas de ação através do planejamento.

Esse último aspecto é primordial para o tema em debate: a percepção de quais são os *limites à discricionariedade política*. A margem de escolhas da Administração quanto às providências estatais que serão tomadas para efetivar os direitos fundamentais sociais está demarcada por um quadro, que é fixado pela Constituição, pelos tratados internacionais, pelas leis e pelos atos administrativos normativos – em síntese: pelo Direito. A sua omissão em cumprir aquilo que o sistema normativo já pré-determinou não se insere nesse quadro jurídico que delimita a legitimidade do seu comportamento. Ela está fora da esfera da discricionariedade, situando-se já no domínio da antijuridicidade, por ter violado o princípio da constitucionalidade, da convencionalidade, da legalidade ou da autovinculação, a depender da espécie de norma jurídica que tenha sido desrespeitada. E em tais casos a abstenção administrativa haverá de ser fiscalizada e sancionada.

Nesse ponto surge o debate, muitíssimo estudado no Direito brasileiro nas últimas duas décadas, a respeito do controle judicial das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais.<sup>1799</sup> Ainda que esse não seja o foco do presente trabalho, calha tecer algumas considerações a propósito do assunto. Isso porque, o *direito à implementação de políticas públicas*, conquanto se destine primariamente ao atendimento da dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais sociais, pode suscitar o nascimento de uma *pretensão subjetiva* que autorize a sua reivindicação judicial, por meio do fenômeno da *ressubjetivização da perspectiva objetiva*.<sup>1800</sup> E isso acontecerá quando a Administração esbarrar na *proibição de proteção suficiente*.

O descumprimento, pelo Estado, dos deveres que lhe são dirigidos pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode se revelar em uma omissão de protegê-los contra investidas de particulares, ou em uma abstenção inconstitucional quanto ao dever de criar um aparato organizacional e ferramentas procedimentais que forneçam condições reais e efetivas para o exercício pleno dos direitos fundamentais. A forma como o Poder Público irá atender a tais determinações constitucionais fica, em regra, circunscrita à esfera discricionária do legislador e da Administração para decidirem os *meios* mais convenientes e oportunos para tanto. Todavia, essa atuação discricionária tem limites, vale dizer, balizas impostas constitucionalmente. Quando a inatividade estatal demonstrar-se irrazoável e desproporcional, ela se tornará antijurídica, porque inconstitucional.

Isso ocorrerá sempre que o Estado não atender a um padrão suficiente de cumprimento das imposições objetivas que emanam do conteúdo dos direitos fundamentais. A violação desse

---

<sup>1799</sup> Entre outras, vide as seguintes obras: APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013; KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>1800</sup> O tema foi tratado na Parte I, Capítulo 4, item 4.1, subitem 4.1.2., ponto (c).

patamar adequado derivada de omissões da Administração só será passível de verificação no caso concreto. Mas uma vez verificada, ela justifica o controle da omissão administrativa por incidir na *proibição de proteção insuficiente* dos direitos fundamentais, uma das vertentes do princípio da proporcionalidade.<sup>1801</sup> Ele será violado todas as vezes em que a Administração Pública não garantir um patamar adequado de tutela aos direitos fundamentais, tornando-se inconstitucionais suas omissões configuradas quando não for atingido um nível aceitável de proteção de tais direitos. Em tais casos, o interesse juridicamente protegido de fazer o Estado cumprir as determinações objetivas dos direitos fundamentais manifesta-se como um direito transindividual, tutelável pelos instrumentos processuais coletivos.

Negar a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas implicaria, em muitos casos, vulnerar a normatividade constitucional.<sup>1802</sup> O direito à implementação de políticas públicas, ainda que destinado inicialmente ao atendimento da dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais sociais, serve para assegurar a eficácia jurídica dessa perspectiva jusfundamental, evitando que a Administração Pública ignore os programas de ação política que a Constituição lhe impõe no exercício de suas funções. De nada adianta afirmar que da vertente objetiva dos direitos fundamentais sociais emanam *deveres autônomos de proteção* que, independentemente de provocação subjetiva, obrigam o Poder Público a criar as condições necessárias para tornar real e efetiva a fruição desses direitos, se não fosse possível exigir por meio de ferramentas de tutela coletiva o cumprimento desses deveres. Seria banal falar em *deveres autônomos de proteção* oriundos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois se tratariam de deveres cuja inobservância não geraria efeito jurídico algum.

Diante de tais considerações, tem sido cada vez mais corrente a judicialização de demandas que envolvem – ou dizem envolver – políticas públicas constitucionalizadas relativas a direitos fundamentais sociais. São propostas diversas ações judiciais de cunho individual ou coletivo reivindicando que o Estado forneça prestações materiais necessárias à satisfação de direitos sociais. Muitas vezes trata-se apenas de pedidos de prestação de *serviços públicos*, formulados por cidadãos, por associações e órgãos de classe, pelo Ministério Público, buscando que o Estado satisfaça necessidades humanas através do fornecimento de bens econômicos, sociais e culturais, e não propriamente de controle de *políticas públicas*.

É preciso frisar que a discussão embaralhada entre controle judicial da prestação de serviços públicos e controle judicial de políticas públicas prejudica o adequado exercício das funções estatais e inclusive acarreta efeitos nefastos para a própria tutela integral e igualitária dos direitos fundamentais sociais. Embora essas categorias de fato acabem, no plano prático, muitas vezes se confundindo, já que diversas políticas públicas são implementadas por meio de serviços públicos, o fato é que em geral é mais factível ao Poder Judiciário fiscalizar a adequada prestação de um serviço público do que exercer um juízo político a respeito da conveniência e da oportunidade do planejamento governamental e das políticas públicas que o Governo está programando desenvolver. Há menos margem de discricionariedade administrativa para prestar serviços públicos do que para formular políticas públicas. Os serviços públicos que obrigatoriamente incumbem à Administração oferecer já vêm descritos na Constituição e nas leis. Os critérios que devem ser observados para que a sua prestação seja *adequada*, como se

---

<sup>1801</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 22.

<sup>1802</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 107.

esboçou no tópico anterior, igualmente se encontram especificados na legislação e em normas técnicas. Mas a definição de quais serão as prioridades do Governo para dar concretude às inúmeras metas estampadas na Lei Fundamental conta com um espaço de discricção muito maior.

Um dado importante a respeito da efetivação e maximização da tutela dos direitos fundamentais sociais pela via das políticas públicas é a identificação adequada do papel que cabe a cada um dos Poderes Públicos nesse palco. Os protagonistas devem ser o Governo e o Parlamento, que por meio do *processo político* definirão quais são as pautas prioritárias de ação estatal que reclamam ações e políticas públicas a serem implantadas a curto, médio e longo prazo. A margem para a definição dessa agenda é demarcada pelos programas de ação estabelecidos pela Constituição, que já indicam boa parte dos fins prioritários que devem ser alcançados pelos poderes constituídos, ainda que nem sempre determinem por quais meios eles haverão de ser atingidos. Dentro dessas demarcações, há espaço para a competição política, para o debate democrático, para o enfrentamento entre as distintas correlações de forças sociais, de grupos minoritários e majoritários que lutam para que as suas pretensões conquistem maior atenção e investimento do Estado. O Poder Judiciário entra em cena como um coadjuvante, que apenas quando convocado tem legitimidade para verificar se o roteiro fornecido pela Lei Fundamental está sendo adequadamente seguido pelos protagonistas.

Nas áreas em que a Constituição definiu quais dever ser a prioridades, ditando diretrizes, mas não especificou exatamente como elas devem ser buscadas pelo aparato estatal, relegando ao juízo de cada governo a verificação de quais ações concretas são as mais adequadas ao alcance das metas constitucionais, os órgãos de controle – como é o caso do Judiciário – devem limitar-se a exigir que a Administração *formule as políticas públicas* para atender às priorizações constitucionais.<sup>1803</sup>

Em tais casos, remanesce o espaço de discricionabilidade para que o Governo eleja os melhores meios, sendo eliminada apenas a margem de escolha em relação a *agir ou não agir* ou ao *momento* de atuar. Nesses pontos, onde já não há mais espaço para discricção porque a proteção aos direitos sociais foi insuficiente, podem os órgãos jurisdicionais intervir, determinando que a Administração *aja e aja agora*. Mas *como* agir, quais *meios* utilizar, quais *formas jurídicas* deverão ser escolhidas, essas são decisões que incumbem ao administrador, que é quem tem uma visão global a respeito de todos os problemas enfrentados pela sociedade, todas as demais prioridades que integram a pauta governamental, todos os mecanismos que se encontram acessíveis para cumprir com maior eficiência os inúmeros misteres que competem ao Estado. Aí reside a essência do princípio democrático: é nos espaços de deliberação pública que devem ser decididos os destinos da coletividade, pelos representantes eleitos pelo povo e com o enfrentamento de diferentes ideologias e segmentos sociais.

Concorda-se, nesse ponto, com Vanice Lírio do Valle, quando ressalta que controle judicial “não pode reivindicar para si uma aptidão para uma ação substitutiva daquela instância de poder que é revestida, inclusive, de arquitetura institucional própria à formulação das escolhas democráticas de prioridade; e mais ainda, que mantém maior proximidade com o complexo de informações e relações que hão de cunhar essas mesmas políticas públicas”.<sup>1804</sup> Considerando que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais comporta uma infinidade de ações que poderiam ser levadas a cabo pelos Poderes Executivo e Legislativo para a proteção desses bens

---

<sup>1803</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>1804</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 67.

jurídicos, é preciso reservar ao Judiciário, no campo da sua implementação, uma esfera de legitimidade bem delimitada (o que não significa, necessariamente, restrita).

Por mais que seja possível, mediante ações coletivas, buscar a via judicial para assegurar que ao menos um nível proporcional da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais seja implementada, não se pode pressupor que ela poderá ser integralmente satisfeita por esse meio. Um campo significativo de espaço para a deliberação democrática a propósito das decisões políticas sobre alocação de recursos públicos deve, sem dúvida, encontrar-se na órbita do Governo e do Parlamento. Trata-se de uma exigência do princípio democrático. Quando nessas searas a implementação dos deveres de proteção aos direitos fundamentais sociais estiver se apresentando insuficiente sob o prisma constitucional, haverá violação ao princípio da proporcionalidade, eis que configurada proteção insuficiente. Aí estará autorizada a intervenção judicial, expedindo ordens à Administração Pública para que tome as medidas adequadas – serviços públicos, políticas públicas, expedição de regulamentos – para satisfazer em um grau constitucionalmente aceitável as pretensões difusas dos cidadãos à implementação de ações universais destinadas à realização dos direitos fundamentais sociais.<sup>1805</sup>

O assunto merece atenção ainda maior quando se trata de reivindicação de prestações sociais pela via da tutela judicial individual. A criação de políticas públicas, repita-se mais uma vez, visa primariamente ao cumprimento da dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais sociais. Ela tem, portanto, o objetivo de fornecer a satisfação coletiva desses direitos, universalizando as ações sociais voltadas à sua realização, não se resumindo ao escopo de atender à faceta subjetiva de um único cidadão. Daí se denota que quando, em uma ação individual, o cidadão postula a concessão de uma prestação estatal positiva, grande parte das vezes a demanda não envolverá verdadeiramente um *controle judicial de políticas públicas*, no sentido de *rever* ou *substituir* as escolhas políticas do administrador em relação à alocação de recursos públicos.

Em geral, os autos versarão simplesmente sobre a necessidade de correção pontual da ação administrativa, seja porque não está prestando um serviço público adequado (o que pode ou não ter relação com uma política pública), seja porque não está cumprindo adequadamente uma política pública por ele criada e que deveria ter atendido às necessidades daquele indivíduo específico – as quais, por algum motivo, não lograram ser satisfeitas. A causa poderá ter sido uma mera falha de execução ou, então, um problema na própria concepção da política pública, que começa a revelar não ser apropriada para a universalização de determinado direito fundamental social tal como se propunha no momento de sua elaboração.

Sendo essas as hipóteses, caberá ao Poder Judiciário condenar a Administração ao cumprimento do seu dever de prestar o serviço adequadamente ou de respeitar as políticas públicas que ela mesma criou. Quando se tratar, no entanto, de uma discordância do juiz em relação à eficácia da opção política do Estado (v.g., edição de medida provisória autorizando no país o exercício da medicina por médicos estrangeiros, diante da escassez de recursos humanos no sistema de saúde em Municípios mais afastados), o magistrado deverá agir com redobrada cautela e prestar a máxima deferência ao Legislativo e ao Executivo, verificando se houve de fato violação a normas inscritas no ordenamento jurídico ou se sua divergência tem cunho meramente opinativo.

---

<sup>1805</sup> Nesse sentido, aduz Rodolfo Mancuso: “uma canalização exclusiva dos interesses difusos em direção ao Judiciário atingiria, por ricochete, um resultado indesejável, qual seja: a limitação da veiculação desses interesses por uma só forma ou meio de expressão, o que contraria a sua própria natureza difusa [e] desestimularia os outros Poderes a dar-lhes tutela em sede adequada”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 138.

Assim, no campo do controle de políticas públicas, é crucial que o Poder Judiciário verifique se a falha da Administração foi no atendimento da dimensão *objetiva* ou *subjetiva* dos direitos fundamentais sociais. É possível que uma política pública esteja voltada ao atendimento de legítimas prioridades constitucionais, seja regularmente elaborada e executada, seja adequada para atingir os fins a que se propõe, esteja produzindo os resultados esperados em benefício à sociedade, mas, a despeito disso, um determinado indivíduo que se enquadraria entre os possíveis beneficiários daquela ação estatal não tenha sido alcançado, sofrendo violação à dimensão *subjetiva* do seu direito fundamental social.<sup>1806</sup> Há diferença, portanto, entre: (i) intervir nas decisões políticas da Administração no plano *normativo*, revendo-as ao argumento de serem inadequadas; e (ii) interferir na sua atividade simplesmente para corrigir um equívoco pontual na sua atuação *fática*, sem fazer qualquer juízo negativo quanto às opções que foram adotadas no âmbito normativo.

A relevância dessa diferenciação entre a necessidade de tutela individual de um direito fundamental social, encarado sob o viés *subjetivo*, e a exigência de controle de uma política pública, referente à perspectiva *objetiva* e transindividual dos direitos sociais, reside nas consequências geradas sobre a ação administrativa. No primeiro caso, a preocupação será em verificar se de fato o cidadão ostentava uma *pretensão jurídica jusfundamental* que impusesse ao Estado o dever de atendê-la, assegurando a sua satisfação. Corrige-se isoladamente um comportamento falho do Estado. No segundo caso, atestando-se a ineficiência administrativa (por omissão ou ação insuficiente), o controle será mais enérgico e intromissivo na esfera de decisão e de atuação do Poder Público, podendo chegar, em casos extremos, à necessidade de substituição judicial das escolhas administrativas, sempre que estas últimas desbordarem das balizas fixadas não só pela Constituição, mas também pelas leis e atos administrativos normativos que veiculem tarefas a serem cumpridas e prioridades a serem observadas pela Administração.

Em linhas gerais, o *controle judicial de políticas públicas* propriamente dito surgirá para resolver um dos seguintes problemas, objetivando proporcionar as seguintes soluções:

(i) *política pública existente, mas descumprida – controle da execução e do respeito à autovinculação administrativa*: hipótese em que a Administração enunciou uma política pública, autovinculando-se, mas deixou de cumprir as diretrizes que ela impôs a si mesma – a ordem jurisdicional se limitará a exigir o respeito à autovinculação administrativa, com a execução da política em favor do indivíduo ou grupo de pessoas que, no caso concreto, não houver sido por ela contemplado em razão de uma falha da Administração, o que pode reclamar uma tutela individual ou coletiva;

(ii) *política pública inexistente – controle da omissão absoluta quanto à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais*: situação em que há o descumprimento dos deveres emanados da *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário apenas condenar a Administração a *formular uma política pública* para resolver aquele problema social específico que carece de atenção estatal particularizada, não lhe competindo determinar os meios através dos quais o ente administrativo deverá buscar atender às imposições constitucionais – a condenação reclamará uma atuação administrativa coletiva e universalizante, não restrita a um único jurisdicionado;

---

<sup>1806</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...** *Op. Cit.*, p. 143.

(iii) *política pública existente, mas insuficiente ou ineficaz – controle da omissão relativa* e do respeito à *eficiência administrativa*: caso em que se constata ter sido infrutífera a aposta da Administração em agir de certa forma para cumprir as metas constitucionais que havia se proposto a alcançar, uma vez que os objetivos esperados não foram atingidos dentro dos prazos pré-fixados, revelando-se ineficiente ou ineficaz a política formulada – a condenação deverá ser cautelosa, verificando se de fato transcorreram os lapsos temporais estimados para que a política pública produzisse os efeitos esperados e se realmente ela não irá em breve chegar aos resultados pretendidos; sendo possível certificar-se com significativo grau de certeza sobre o insucesso da medida, será cabível a ordem judicial para que a Administração re programe a sua atuação, com vistas a atender às demandas que reclamam atenção estatal.

### **8.3. A reparação dos danos causados por omissão ofensiva à tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**

Até aqui foram analisados os quatro direitos que defluem do direito fundamental à tutela administrativa efetiva: (i) o direito ao devido processo administrativo; (ii) o direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais; (iii) o direito ao serviço público adequado; (iv) o direito à implementação de políticas públicas. Foram investigados alguns dos principais deveres que recaem sobre a Administração Pública para assegurar a satisfação espontânea, integral e igualitária dos direitos fundamentais sociais.

Cumprido, neste momento, averiguar as consequências jurídicas da transgressão desses deveres por parte do Poder Público. Isto é: se a Administração deixa de atender às exigências necessárias à tutela administrativa efetiva dos direitos sociais, quais os impactos dessa ilicitude sobre a esfera jurídica dos titulares dos direitos lesionados? Ingressa-se agora no terreno da responsabilidade civil do Estado.

No tocante à matéria ora examinada – falhas administrativas na realização de direitos fundamentais sociais – chama a atenção uma questão atinente ao regime jurídico da responsabilização estatal, que encontra posições dissonantes da doutrina e na jurisprudência. Cuida-se da divergência, já antiga e fartamente debatida no Direito Administrativo nacional, a respeito da natureza subjetiva ou objetiva da responsabilidade civil do Estado. Considera-se aqui ser necessário revisitar a temática, promovendo uma arqueologia a propósito da teoria francesa que causa a polêmica doutrinária no Brasil (*faute du service*), para verificar se é ou não possível invocá-la para sustentar que a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva (8.3.1.). Em seguida, serão identificados os elementos necessários para configurar o dever do Estado de reparar os danos causados por violação do dever de tutela administrativa efetiva em matéria de direitos fundamentais sociais (8.3.2).

#### *8.3.1. A desnecessidade de comprovação de culpa da Administração para gerar a sua responsabilidade por omissão ou ineficiência: uma proposta de releitura da teoria da “faute du service”*

A possibilidade de se imputar diretamente ao Estado um dever de reparar os danos causados em razão de sua ineficiência encontra-se intimamente conectada com a formulação de uma teoria da responsabilidade estatal autônoma em relação ao Direito Civil. Desde o momento em que se reconheceu a necessidade de se desenvolver regras próprias para regular o dever do

Poder Público de ressarcir os prejuízos causados no exercício de suas atividades, o combate ao mau funcionamento da máquina estatal assumiu um papel protagonista. Daí a relevância de se estudar uma das principais teorias responsáveis pelo desenvolvimento desses princípios próprios de Direito Público em matéria de responsabilidade: a teoria da *faute du service*. A importância de investigar o tema reside no fato de que essa teoria é ainda utilizada por grande parte da doutrina brasileira para sustentar que a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva.

Primeiramente, **(a)** será empreendida uma análise das origens e transformações da mencionada teoria no Direito francês. Em seguida, **(b)** o objetivo será averiguar se é adequada a sua invocação no Direito brasileiro contemporâneo para defender o regime de responsabilidade subjetiva nos casos de danos gerados por omissões do Poder Público.

**(a)** Antes de adentrar o debate acerca da teoria da *faute du service*, impõe-se breve alusão à multicitada decisão do Tribunal de Conflitos francês, cognominada *arrêt Blanco*. Não são poucas as referências da doutrina jusadministrativista a esse caso, julgado no dia 8 de fevereiro de 1873. Tratava-se de pleito indenizatório em razão do acidente experimentado por uma menina, Agnès Blanco, atropelada por uma vagonete da fábrica de tabaco em Bordeaux. Ao decidir a questão do conflito de competência entre a jurisdição judiciária e o contencioso administrativo, o Conselheiro David, em célebre passagem, tece as seguintes considerações:

Considerando que a responsabilidade que pode incumbir ao Estado pelos danos causados aos particulares por fatos de pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios que são estabelecidos no Código Civil, para as relações entre particulares; Que essa responsabilidade não é nem geral, nem absoluta; Que ela tem suas regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados; Que, portanto (...) só a autoridade administrativa é competente para apreciá-la.<sup>1807</sup>

O aresto apenas confirma aquilo que o Conselho de Estado já havia manifestado no caso *Rotschild*, quase vinte anos antes (1855).<sup>1808</sup> As principais contribuições aportadas pelo famoso *arrêt Blanco* foram: (i) a declaração de inaplicabilidade do Código Civil às situações de responsabilidade estatal; (ii) a afirmação da especificidade da matéria no âmbito administrativo e da adaptabilidade do regime jurídico da responsabilidade em razão do objetivo do serviço público; (iii) a atribuição de competência à jurisdição administrativa para apreciar tais casos.<sup>1809</sup> É evidente, pois, a importância do julgado, visto que consagra de forma definitiva a necessidade de elaboração de regras próprias de Direito Administrativo para reger a responsabilidade do Estado<sup>1810</sup> (embora sua efetiva originalidade seja questionada por autores como René Chapus).<sup>1811</sup> O que não significa, contudo, que seja o aresto mais relevante em relação à criação

<sup>1807</sup> Tradução livre. No original: “*Cons. que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés; Que, dès lors, (...) l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître*”. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 1.

<sup>1808</sup> É a posição de LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. 3. ed. t. I. Paris: LGDJ, 1963. p. 609; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 737; PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français**. Paris: LGDJ, 1980. p. 22.

<sup>1809</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 747.

<sup>1810</sup> PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français... Op. Cit.**, p. 22.

<sup>1811</sup> O autor, em sua tese, assevera que nada lhe parece menos certo do que o suposto abandono da jurisprudência anterior que se costuma enxergar nesse julgado. Em sua opinião, o aresto se situa rigorosamente na linha da



de tais regras, especialmente no que tange à formulação da teoria da *faute du service*. Equivocam-se, assim, aqueles que associam de forma mecânica e acrítica tal teoria com o *arrêt Blanco*.

De fato, foi nessa conjuntura que despontou a chamada teoria da *faute du service public*, incidente em duas situações: **(a.1)** quando é plenamente possível identificar o agente público que causou o dano, tornando-se relevantíssima a distinção entre *faute de service* e *faute personnelle* para apurar se a responsabilização será direta (da pessoa jurídica estatal) ou indireta (da pessoa do agente); **(a.2)** nas hipóteses em que não há como se identificar o responsável pela conduta estatal que gerou o dano, caso em que a imputação da responsabilidade será feita diretamente ao “serviço” (leia-se: Administração Pública), sem perquirição da participação de qualquer agente.

**(a.1)** Esta primeira faceta da teoria da *faute du service* leva em conta a individualização do agente causador do dano, quando é possível identificá-lo. Em razão da prática de um comportamento danoso, avalia-se se a conduta foi ou não praticada *na qualidade de agente público*, é dizer, *no exercício da função administrativa*, hipótese que resulta na imputação direta do dano à entidade pública, ainda que seja possível identificar o funcionário responsável pela ocorrência do prejuízo.

Cinco meses após o julgamento do caso *Blanco*, o Tribunal de Conflitos proferiu outra decisão, de extraordinária importância para o tema da responsabilidade civil do Estado: o *arrêt Pelletier*, de 30 de julho de 1873. No julgado, traça-se uma distinção entre a *faute personnelle* (falta que pode ser separada das funções exercidas pelo funcionário) e a *faute de service* (falta não destacável das funções do agente público).<sup>1812</sup> A distinção delineada pelo caso *Pelletier* traz uma importante contribuição em favor dos interesses da vítima, pois muitas vezes os erros cometidos pelos agentes públicos ensejam consequências tão graves que a sua reparação se torna materialmente impossível de ser suportada por eles próprios, em razão de sua insolvabilidade.<sup>1813</sup> Ademais, o agente atua conforme o interesse público ditado pela Administração, como um simples mandatário, de modo que a *faute de service* (com a responsabilidade recaindo sobre a máquina administrativa) torna-se a regra, e a *faute personnelle* (cuja consequência consiste na responsabilização particular do agente, apreciada pela jurisdição ordinária) passa a ser a exceção.<sup>1814</sup>

No julgamento do caso *Laumonnier-Carriol*, levado a efeito em 5 de maio de 1877 pelo Tribunal de Conflitos, Laferrière explica a distinção entre *faute personnelle* e *faute de service*

jurisprudência anterior. CHAPUS, René. **Responsabilité publique et responsabilité privée** : les influences des jurisprudences administrative et judiciaire. Paris: LGDJ, 1954. p. 86.

<sup>1812</sup> No caso, um jornal que Pelletier pretendia publicar foi apreendido por uma autoridade militar, por conta de uma lei proclamando estado de sítio durante um período conturbado, a qual transferiu a tais autoridades certos poderes de polícia ordinária exercidos pelas autoridades civis. O ato de apreensão dos jornais, praticado pelo general Ladmirault, constituiu uma *faute de service*, por consubstanciar uma medida de alta polícia administrativa por ele praticada na condição de representante do Estado, de sorte que afora tal ato não haveria imputação de nenhum fato pessoal ao agente, capaz de ensejar a sua responsabilidade pessoal. Sobre o caso, conferir: DUPEYROUX, Henri. **Faute Personnelle et Faute du Service Public**: étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'Administration et de ses agents. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1922. p. 42-62.

<sup>1813</sup> Marcel Waline explica o raciocínio da seguinte forma: toda vítima de um dano ocasionado no exercício de uma atividade administrativa tem em face de si, em princípio, dois responsáveis: o agente que é o autor pessoal da falta e a entidade pública representada por esse agente. A responsabilização própria do agente pode ser prejudicial à vítima, uma vez que em geral tem-se o risco de o servidor não ostentar condições financeiras de suportar o valor do ressarcimento. Ademais, há casos em que não seria justo responsabilizá-lo, pois sua conduta foi praticada única e exclusivamente em razão do exercício da função pública e em nome da pessoa jurídica por ele representada. WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif**. 8. ed. Paris: Sirey, 1959. p. 650.

<sup>1814</sup> SAN'ANDREA, N. **De la faute de service et de ses conséquences**. Paris : A. Pedone, 1905, p. 13-18.

nos seguintes termos: “se o ato danoso é impessoal, se ele revela um administrador, um mandatário do Estado mais ou menos sujeito a erro, e não o homem com suas fragilidades, paixões e imprudências, o ato mantém-se administrativo e não pode ser submetido à apreciação da jurisdição ordinária”, mas sim à jurisdição administrativa; “se, ao contrário, a personalidade do agente se revela pelas faltas de direito comum, por uma via de fato, uma imprudência, então a falta é imputável à pessoa do funcionário, e não à função”, e o ato, perdendo sua natureza administrativa, abre ensejo à competência da jurisdição ordinária.<sup>1815</sup>

Quais seriam, então, as hipóteses de *faute personnelle*, imputável à pessoa do agente público? Jacqueline Morand-Deviller sistematiza três situações distintas:<sup>1816</sup> (i) *falta praticada fora do serviço e desprovida de qualquer nexo com ele*: comportamento praticado na ordem privada, que reclama responsabilização unicamente pessoal;<sup>1817</sup> (ii) *falta cometida fora do serviço, mas ligada a ele por um nexo causal*: conduta praticada fora do exercício da função pública, mas ligada de alguma forma ao serviço, suscitando assim acumulação de responsabilidades;<sup>1818</sup> (iii) *falta cometida no exercício do serviço, mas passível de separação*: comportamentos graves, marcados pela violência e brutalidade inadmissíveis, por fatos que revelam uma intenção de causar danos e uma malevolência deliberada.<sup>1819</sup> Observe-se que em tais situações, não se trata do descumprimento do dever de eficiência por parte do Estado, mas de manifestações exclusivamente pessoais do agente.

Da distinção entre *faute personnelle* e *faute du service*, exsurge outra questão da mais elevada significação para a teoria da responsabilidade civil do Estado: a cumulação das responsabilidades. Para tanto, cumpre perquirir, ainda que brevemente, a evolução jurisprudencial do *Conseil d'État* acerca do tema.

O já referido caso *Pelletier* (*Tribunal de Conflits*, 30 de julho de 1873) foi o primeiro julgado que distinguiu a falta pessoal da falta do serviço. Nesse momento, tais modalidades de falta eram compreendidas de forma excludente: ou tratava-se de falta pessoal, ou de falta de serviço. No primeiro caso, o processo seria necessariamente submetido à apreciação da jurisdição ordinária, ao passo que no segundo a análise da situação seria de competência do contencioso administrativo. Não se admitia cumulação de faltas, nem de responsabilidades.

Num segundo momento, ilustrado pelo *arrêt Anguet* (*Conseil d'État*, 3 de fevereiro de 1911), passou-se a reconhecer a possibilidade de acumular as duas modalidades de falta.<sup>1820</sup> Decidiu o Conselho do Estado que havia no caso uma cumulação de *faute du service* (mau funcionamento do serviço, que encerrou o expediente antes do horário legal) e *faute personnelle* (tratamento violento a que se submeteu o indivíduo por conta de condutas pessoais de agentes do

<sup>1815</sup> O trecho do aresto de sua autoria é reproduzido entre aspas em sua obra: LAFERRIÈRE, Édouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. t. I. 2. ed. Paris: Berger-Levrault et cie, 1896. p. 648.

<sup>1816</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 741-742.

<sup>1817</sup> v. g., incêndio voluntário provocado por um bombeiro, fora do serviço – aresto *Sociétés d'Assurances Lés Mutuelles Réuniones*, *Conseil d'État*, 13 de maio de 1991.

<sup>1818</sup> v. g., vigilante que, em razão de uma festa local, bebe mais do que o de costume e, errando de bar em bar, entra em conflito com um consumidor e lesiona o cidadão que tentava desarmá-lo – caso *Bernard*, *Conseil d'État*, 14 de outubro de 1954.

<sup>1819</sup> v. g., policiais à paisana, alegando o cometimento de supostas infrações ao Código de Trânsito, batem violentamente em um motorista causando-lhe lesões graves – julgado *Bulteau*, *Cour de Cassation Criminale*, 24 de janeiro de 1974.

<sup>1820</sup> Na situação, a porta principal da agência de correio foi fechada alguns minutos antes do horário regulamentar de encerramento das atividades. O senhor Anguet, que estava dentro da agência, sem ter podido concluir suas operações no guichê seguiu para a saída reservada aos funcionários e, ao ser encontrado na área de acesso proibido ao público, acabou sendo expulso de forma brutal pelos agentes do correio, fato que ensejou a fratura de sua perna.

correio), que permitiria à vítima optar por acionar os agentes perante a jurisdição comum, ou o Estado perante a jurisdição administrativa (escolha mais favorável, em virtude da solvabilidade do Estado).<sup>1821</sup>

Posteriormente, a partir do caso *Lemonnier* (*Conseil d'État*, 26 de julho de 1918), à cumulação de faltas foi associada a acumulação de responsabilidades. Embora se tratasse, em princípio, de hipótese de falta pessoal, entendeu-se que se ela decorreu das condições criadas pelo serviço e não pode ser dele separada, deverá ser consumida pela *faute de service*. A falta pessoal ensejará, assim, a responsabilidade da entidade pública. O entendimento foi estendido, no *arrêt Demoiselle Mimeur* (*Conseil d'État*, 18 de novembro de 1949), às hipóteses de *faltas cometidas fora do serviço, mas ligadas a ele por um nexo causal*. É o caso de acidentes causados por condutores de automóveis públicos, cometidos fora do serviço, ao utilizá-los para fins pessoais. A responsabilidade recairá sobre a entidade, e não sobre o funcionário.

Por fim, nos julgados *Laruelle* e *Delville* (*Conseil d'État*, 28 de julho de 1951) admitiu-se a possibilidade de propositura de ação regressiva do agente público em face do Estado, e do Estado em face do agente, nas situações de acumulação de faltas e de responsabilidades.<sup>1822</sup>

Com supedâneo em tais ilações é possível concluir que no Direito francês costuma-se avaliar concomitantemente a conduta imputável ao Estado e o comportamento atribuível ao agente público. *É disso que se trata a importância, em tal sistema, da teoria da faute du service e da distinção entre faute de service e faute personnelle*: (i) havendo a ocorrência de ambas, há uma cumulação de responsabilidades, e a possibilidade de a Administração manejar ação regressiva em face do agente, ou de o agente empregar a mesma medida em face do Poder Público; (ii) configurando-se somente a *faute personnelle*, condena-se apenas o agente responsável; (iii) caracterizando-se apenas a *faute de service*, a responsabilidade recairá unicamente sobre a Administração.

O ordenamento jurídico brasileiro, nesse particular, separou expressamente na Constituição esses dois domínios, imputando ao Estado somente a responsabilidade decorrente de falta atribuível ao serviço. O artigo 37, § 6º da Constituição Federal foi claro ao pôr em relevo tão somente o dever de reparação dos danos causados pelos agentes, *nessa qualidade*, isto é, no exercício das competências que lhes forem conferidas pela ordem jurídica. A *falta pessoal*, quando totalmente desvinculada do exercício da função administrativa, é regida pelo Direito Privado, não ostentando qualquer relação com o Direito Administrativo. Se a *falta pessoal* houver sido cometida, por outro lado, durante o serviço, ou mesmo fora dele, mas a ele ligada por um vínculo de causalidade, sua relevância jurídica dirá respeito apenas à procedência da ação regressiva que deve ser manejada pelo Estado em face do agente.

**(a.2)** O segundo aspecto referente à teoria da *faute du service* diz respeito às situações em que é impossível ou inútil buscar identificar o autor do prejuízo causado. São as hipóteses em que é a má organização do serviço ou o seu funcionamento defeituoso – em outras palavras,

<sup>1821</sup> VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992. p. 556.

<sup>1822</sup> No caso *Delville*, ocorreu um acidente envolvendo um caminhão militar, em razão da soma de dois fatores concomitantes: embriaguez do motorista (*faute personnelle*) e defeito nos freios do veículo (*faute de service*). O motorista foi pessoalmente condenado pela justiça comum, e voltou-se contra o Estado mediante ação de regresso, logrando êxito na divisão da condenação pela metade, por ter entendido o Conselho de Estado que parcela da culpa e da consequente responsabilidade derivou da falha da máquina administrativa. Na situação referente ao *arrêt Laruelle* tratava-se também do condutor de um veículo militar que experimentou um acidente, desta feita em razão de seu comportamento pessoal que acabou por induzir um terceiro em erro. O Estado, após ter sido condenado pela jurisdição administrativa, propôs ação de regresso em face do agente, que foi condenado a reembolsar os cofres públicos.

ineficiente – que gera o dano, sem que se alegue a menor falta ou culpa sequer de um agente.<sup>1823</sup> A causa do dano é a própria máquina administrativa, sendo prescindível ou inviável a individualização de um agente, bastando a referência a uma falta anônima do serviço.

Sob tal dimensão, a *faute du service* proporciona uma lógica para a responsabilidade do Estado inquestionavelmente distinta daquela proveniente do Direito Civil: a partir do momento em que não se exige nem mesmo a ocorrência de uma falta pessoal cometida por um agente, a própria noção de culpa torna-se secundária, passando a predominar a noção de “dano por funcionamento do serviço público”.<sup>1824</sup> Nesse passo, a questão que se apresenta é saber se a ineficiência do serviço, em cada caso, pode provocar a responsabilização estatal.

Paul Duez foi o autor de uma das formulações mais utilizadas para responder a questão. A teoria da *faute du service* reclamará incidência, consoante o jurista, sempre que o serviço funcionar mal, não funcionar ou funcionar atrasado.<sup>1825</sup> Em cada situação, a extensão da responsabilidade irá depender, segundo Maurice Hauriou, da diligência média dos serviços avaliada em concreto.<sup>1826</sup>

Alinhavadas tais considerações, não é difícil concluir que, de fato, a teoria da *faute du service* proporcionou notável avanço no que diz respeito à repressão das atividades estatais ineficientes e danosas. Isso não quer significar, contudo, que a importância de tal teoria justificaria a sua aplicação contemporânea em todo e qualquer ordenamento jurídico, nas hipóteses de descumprimento estatal ao dever de eficiência. A configuração jurídica do instituto da responsabilização estatal depende da conformação que o ordenamento jurídico em questão lhe conferir, o que impõe a necessidade de se analisar quais são os princípios e regras que regem a matéria em cada Estado e momento histórico definido.

(b) Observada a racionalidade que inspira a teoria da *faute du service* no Direito francês, importa verificar se procede a sua invocação no Brasil para sustentar que a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva.

Tamanha é a conexão entre a teoria da *faute du service* e a ideia de ineficiência do Estado passível de provocar danos ao cidadão, que significativa parcela da mais abalizada doutrina brasileira, considerando-a como modalidade de responsabilidade subjetiva, aponta a sua aplicabilidade ainda nos dias atuais, nos casos de omissão estatal.<sup>1827</sup> Sustentam tais autores a posição de que “a responsabilidade por (...) *faute du service* (...) é responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo)” e “quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade *subjetiva*”.<sup>1828</sup>

Parece, todavia, haver outra interpretação possível, que se apresenta mais apropriada. Pede-se vênia para manifestar discordância em relação ao entendimento antes mencionado. As

<sup>1823</sup> TEISSIER, Georges. **La responsabilité de la puissance publique**. Paris: Paul Dupont, 1906. p. 49.

<sup>1824</sup> TEISSIER, Georges. **La responsabilité de la puissance publique...** *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>1825</sup> DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)**. 2. ed. Paris: Dalloz 1938. p. 21 e ss.

<sup>1826</sup> HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits**. t. I. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1929. p. 539.

<sup>1827</sup> Sustentam tradicionalmente essa posição, entre outros, alguns dos mais ilustres administrativistas brasileiros: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 486-487; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1020-1022 e 1029-1034; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 711; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

<sup>1828</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 1020 e 1029.

considerações tecidas a seguir têm por escopo demonstrar que a adoção da responsabilidade subjetiva no direito brasileiro, nos casos de responsabilidade civil do Estado por descumprimento do dever de eficiência nas situações omissivas (serviço não funcionou ou funcionou atrasado), não procede por pelo menos quatro motivos: **(b.1)** a teoria da *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva; **(b.2)** o critério para distinguir a responsabilidade *pour faute* (por falta) da responsabilidade *sans faute* (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta; **(b.3)** na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; **(b.4)** os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico-administrativo de cada ordenamento, e a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva.

**(b.1)** O primeiro argumento tendente a afastar a interpretação acima esposada consiste na impossibilidade de se associar diretamente *faute du service* com responsabilidade subjetiva. Antes de tudo, importa questionar: qual o significado de *faute*?

A doutrina francesa, não raras vezes apoiada na formulação do civilista Marcel Planiol, explica o significado da noção de *faute* como *um descumprimento de uma obrigação preexistente*.<sup>1829</sup> Incorre-se em falta (*faute*) quando não se comporta como deveria: “quando a ação ou abstenção de agir são conducentes a justificar uma repreensão”.<sup>1830</sup> Os autores, ao explicarem a significação da locução, não fazem alusão às tradicionais modalidades de culpa (negligência, imprudência e imperícia); pelo contrário, referem-se ao fato objetivo de inobservância de um dever juridicamente imposto. *Faute du service*, portanto, significa um comportamento faltoso, ilícito, violador de uma obrigação predeterminada pelo Direito positivo. Por essa razão, Jacqueline Morand-Deville aduz que a expressão *faute de service* é medíocre e seria preferível aludir-se a “funcionamento defeituoso do serviço” (*fonctionnement défectueux du service*) ou a “falta cometida no exercício do serviço” (*faute commise dans l'exercice du service*).<sup>1831</sup>

A grande problemática em relação à compreensão do sentido da expressão *faute du service* situa-se na dupla noção que a locução ostenta no Direito Administrativo francês. Laurent Richer, enfrentando de forma detida a questão, explica que a principal noção de *faute* no Direito Administrativo francês é a objetiva, acima explanada, que a compreende como o fato material de descumprimento de uma obrigação, desprovido de preocupações em relação a aspectos subjetivos. Em suas palavras: “a doutrina (...) considera que a *faute de service* só pode ser uma noção ‘objetiva’. Segundo os autores, nenhum elemento subjetivo, nenhuma referência à intenção é concebível em matéria de *faute de service*”.<sup>1832</sup> Destarte, seria possível traduzir a palavra para o português como “falta”, não no sentido de “ausência”, mas na acepção de “infração”, como se emprega comumente no Direito do Trabalho ao se falar em “falta grave” do trabalhador.

Essa tradução de *faute du service* entendida como “falta cometida no exercício do serviço” é a mais adequada, uma vez que a compreensão da expressão como “culpa” não resiste

<sup>1829</sup> CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. t. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 1190; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 750.

<sup>1830</sup> CHAPUS, René. **Droit Administratif Général...** *Op. Cit.*, p. 1190.

<sup>1831</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 756.

<sup>1832</sup> No original : “la doctrine (...) considère que de *faute de service* ne peut être q’une notion « objective ». Selon les auteurs, aucun élément subjectif, aucune référence à l’intention n’est concevable en matière de *faute de service*”. RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d’État**. Paris: Économica, 1978. p. 6 e 88.

a uma análise mais aprofundada. A referência que alguns autores franceses fazem ao termo latino *culpa* (*in eligendo* e *in vigilando*) não permite dizer que *faute* signifique culpa. Tome-se como exemplo Marcel Waline. Inicialmente, o autor atesta a incorreção da expressão *responsabilité pour faute*, preferindo a terminologia *responsabilité conditionnée par une faute*, por entender que “uma pessoa jurídica não é jamais responsável por sua própria *faute*. É um de seus agentes ou representantes que cometeu a *faute*, e é ela que condiciona a responsabilidade da pessoa jurídica”.<sup>1833</sup> Mais adiante, o autor alude às hipóteses de *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo* do Direito civil, reputando-as como exigências absurdas.

Na redação de Waline, fica claro que a aceção da palavra *faute* não pode ser “culpa”, sob pena de se admitir a insensata hipótese de que linhas atrás teria o autor afirmado que foi um dos agentes públicos que “cometeu a culpa”. No mesmo influxo, outros autores como René Chapus e Michel Paillet utilizam a expressão “cometer uma *faute*”<sup>1834</sup> ou “*faute* cometida”.<sup>1835</sup> Acresça-se o fato de alguns autores fazerem alusão a “*agents (...) coupables d’une faute*”<sup>1836</sup>. Qual seria então a tradução da locução? “agentes culpáveis por uma culpa”? Logicamente que não: o sensato seria traduzir para “agentes culpáveis por uma falta” ou “por um ilícito”.

Não se pode negar, contudo, que a jurisprudência francesa lança mão, por vezes, de outra noção de *faute*, reputada como “marginal” por Laurent Richer.<sup>1837</sup> Cuida-se das hipóteses em que se leva em conta a intenção de causar danos e a vontade de cometer um ato ilícito. Em algumas situações – e não todas, destaque-se – a jurisprudência francesa requeria a presença da noção culpável de *faute* para que a responsabilidade restasse configurada. A tendência, no entanto, foi no sentido de cada vez mais afastar tal exigência. É apenas nesse caso eventual, marginal, que segundo o autor “a *faute du service* é uma « *culpa* »”.<sup>1838</sup> Em suas conclusões, o jurista afirma que ainda paira assombrando a comunidade jurídica a velha concepção punitiva de responsabilidade, como se a Administração pudesse ser culpável (*coupable*) e pudesse ser punida. Para ele, tal noção utilizada pela jurisprudência só poderia ser defendida se toda *faute de service* suscitasse uma sanção disciplinar ou uma responsabilidade pessoal para o agente, o que não é caso.<sup>1839</sup>

Nessa toada, não faz sentido tentar imputar culpa à Administração, mas tão somente perquirir o descumprimento objetivo de um dever de agir. Miguel S. Marienhoff, em monografia específica acerca do tema da responsabilidade estatal por omissão, relembra que a abstenção sancionável, ensejadora de responsabilidade, é aquela que deriva do descumprimento de um determinado dever jurídico. Se a espécie de responsabilidade sob exame leva em conta essencialmente o descumprimento da obrigação por parte do Estado, prescinde-se da ideia de culpa e tem-se, por conseguinte, uma responsabilidade de natureza objetiva.<sup>1840</sup> É também a posição de Romeu Felipe Bacellar Filho, que inclui a falta do serviço na modalidade objetiva de

<sup>1833</sup> WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 707.

<sup>1834</sup> No original: “*commettre de faute*” CHAPUS, René. **Droit Administratif Général...** *Op. Cit.*, p. 1189.

<sup>1835</sup> No original: “*faute commise*”. PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français...** *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>1836</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 755.

<sup>1837</sup> RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d’État...** *Op. Cit.*, p. 88.

<sup>1838</sup> RICHER, Laurent. *Idem*, p. 4.

<sup>1839</sup> RICHER, Laurent. *Idem*, p. 171.

<sup>1840</sup> MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 67.

responsabilização, pois “em face do dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial”.<sup>1841</sup>

A Administração não tem vontade ou consciência, quem a tem é o agente. E se a *faute du service* independe da individualização do agente, não se pode perquirir “culpa” da máquina estatal, mas sim o cometimento de uma conduta contrária ao juridicamente exigido.<sup>1842</sup> Nesse exato sentido, Marcel Waline esclarece que em matéria de responsabilidade estatal, não se pode levar em conta a personalidade da entidade pública, pois essa age sempre, necessariamente, por intermédio de um agente humano. A pessoa jurídica não possui, metafisicamente, vontade própria. Na realidade, é a vontade dos agentes públicos que é imputada à pessoa jurídica, de sorte que sempre será um ou mais agentes que praticaram a conduta que se imputa à pessoa estatal. Quando se fala que o Estado cometeu uma falta, foi, em verdade, um de seus agentes que a cometeu. “Por consequência”, conclui o administrativista francês, “não há responsabilidade da pessoa administrativa decorrente de fatos pessoais, nem de sua falta; pois uma pessoa jurídica não comete faltas; são as pessoas físicas que a representam que cometem as faltas”.<sup>1843</sup> É também o entendimento de René Chapus, segundo o qual “uma pessoa jurídica (que é uma abstração) não poderia nem querer, nem agir, nem cometer uma falta”.<sup>1844</sup>

A toda evidência, tais considerações já haviam sido tecidas por Léon Duguit, em 1913. Consoante o ilustre jurista francês, na doutrina tradicional do Direito privado a noção de responsabilidade implica sempre a ideia de *faute*, pressupondo a existência de uma pessoa dotada de uma vontade consciente. Havendo a violação consciente de uma regra, recai sobre o titular da vontade a responsabilidade. No entanto, o administrativista ressaltava, já naquela época, que a “responsabilidade do Estado não está ligada de forma alguma à ideia de culpa”, de sorte que a referência à *faute* do Estado e dos serviços públicos só se explica pela influência persistente das ideias civilistas.<sup>1845</sup>

Adotando tal raciocínio, torna-se sem sentido falar de “culpa da Administração” ou “culpa do serviço”. Só podem incorrer em culpa ou dolo pessoas físicas, dotadas de subjetividade, pois ambos são elementos subjetivos. Se nos casos de *faute du service* não se perquire quem foi o agente responsável pela prática do dano, é incompreensível pretender avaliar se houve culpa ou dolo da pessoa jurídica. Basta constatar que houve o descumprimento de uma

<sup>1841</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública - aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 308.

<sup>1842</sup> Conforme explicam Georges Vedel e Pierre Devolvé, a *faute du service* consiste na falta imputável a um ou mais agentes públicos, que não pode ser separada do exercício da função pública, isto é, não pode ser atribuída com exclusividade à pessoa do agente. Os autores sublinham, com acentuada ênfase, que “contrariamente ao que escrevem algumas vezes, a *faute de service* não se caracteriza por seu caráter impessoal e anônimo. Como a Administração não possui existência física, suas faltas são sempre faltas dos indivíduos e é tão somente por uma operação jurídica que se lhes imputa ao serviço. Quanto ao caráter pretensamente anônimo da *faute de service*, ele não é necessário. Há faltas de serviço cujos autores não se conhece, e outras cujos autores são conhecidos. A verdade é que, nos casos de falta do serviço, a vítima pode dirigir-se contra a Administração sem ter de designar nominativamente o agente que cometeu a falta e cuja personalidade não interessa quando ele não for acionado pessoalmente”. VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992. p. 581.

<sup>1843</sup> No original: “*Par conséquent, il n’y a pas de responsabilité de la personne administrative de son fait personnel, ni de sa faute ; car une personne morale ne commet pas de faute ; ce sont les personnes physiques qui la représentent, qui commettent les fautes*”. WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif... Op. Cit.**, p. 648.

<sup>1844</sup> Tradução livre. No original: “*une personne morale (qui est une abstraction) ne saurait ni vouloir, ni agir, ni commettre de faute*”. CHAPUS, René. **Droit Administratif Général... Op. Cit.**, p. 1189.

<sup>1845</sup> DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 231. A palavra *faute* foi traduzida por “culpa” pelo fato de autor estar se referindo à noção civilista de *faute*, esta sim ligada à ideia de culpa.

obrigação imposta pelo ordenamento jurídico. Pois bem. Se de acordo com essa teoria a análise da conduta do agente é prescindível para configurar a responsabilidade do Estado perante a vítima (embora seja necessária para permitir a posterior ação de regresso da Administração em face do agente), também será despidendo o exame da negligência, imprudência ou imperícia do representante do Estado responsável pelo dano. E afastando-se a conduta do agente da análise, fica impossível avaliar a “culpa” da Administração.

Assim, a *faute du service* pode ser compreendida – e nessa esteira situa-se, como visto, a vastíssima maioria da bibliografia francesa – como *todo descumprimento de obrigações do serviço*. Ela pode consistir, como ressaltam Georges Vedel e Pierre Devolvé, tanto numa ação como numa abstenção.<sup>1846</sup> Diante de tais afirmações, extraídas da própria bibliografia francesa, parece não ser possível sustentar que a teoria do *faute du service* deve ser aplicada apenas nos casos de omissão, e que ela pressupõe a comprovação de culpa da Administração.

**(b.2)** Um segundo e substancial fator que demonstra a impropriedade de se referir à teoria da *faute du service* nos casos de omissão estatal no Direito brasileiro está no fato de que este não é o critério empregado na França para diferenciar as hipóteses de responsabilidade *pour faute* (por falta) e de responsabilidade *sans faute* (sem falta). A teoria da *faute du service* não foi elaborada para aplicar-se às hipóteses de comportamento omissivo. Ela tem outro objeto: identificar as hipóteses em que a Administração deve ser compelida a indenizar o cidadão, sozinha (quando não houver falta pessoal, que seja possível separar da própria atividade administrativa) ou em solidariedade com o agente (nos casos de cumulação entre *faute de service* e *faute personnelle*).

A sistemática francesa da responsabilidade civil do Estado, é preciso que fique claro, não se funda na dicotomia responsabilidade subjetiva *vs.* responsabilidade objetiva. Uma investigação atenta nas diversas obras que tratam especificamente do tema revela tal conclusão de forma inequívoca. A grande questão sobre a qual se funda tal sistemática reside na necessidade ou não da ocorrência de uma *falta* (e não culpa), compreendida como o descumprimento de uma obrigação jurídica, ou seja, uma conduta *ilícita*. As confusões acerca da teoria francesa da responsabilidade estatal repousam sobre a tentativa de se promover uma leitura do ordenamento francês com as lentes do sistema jurídico brasileiro. Como a tradição local no tema da responsabilidade funda-se no binômio responsabilidade subjetiva *vs.* responsabilidade objetiva, torna-se muitas vezes difícil desvincular-se desse paradigma alicerçado na necessidade ou não de culpa, para compreender adequadamente a noção de *faute* do Direito francês. Não se pode, pois, associar automaticamente *responsabilité pour faute* à responsabilidade subjetiva, muito menos restringi-la aos casos de omissão, em que pese a *responsabilité sans faute* seja sempre uma responsabilidade objetiva.

A afirmação é de fácil comprovação. Nos vários exemplos de responsabilidade estatal por *faute du service*, os autores não fazem menção alguma às ideias de negligência, imprudência e imperícia. Cite-se o caso ventilado por Richer, de inobservância do princípio da adaptabilidade (ou mutabilidade) do serviço público: se um hospital público deve proporcionar ao enfermo cuidados em conformidade com os recursos tecnológicos atuais da ciência, ao causar-lhe um dano por ter deixado de adaptar seus equipamentos dentro de um prazo razoável estaria cometendo uma *faute*. Referência alguma é feita à necessidade de comprovação de negligência ou imprudência do Estado.<sup>1847</sup>

<sup>1846</sup> VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 581.

<sup>1847</sup> RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État...** *Op. Cit.*, p. 37.



Se a teoria da *faute du service* aplica-se tanto às condutas comissivas quanto às omissivas,<sup>1848</sup> por que razão seria justificável a sua aplicação, no Direito brasileiro, apenas nas omissivas? Se a teoria deve ser aplicada quando o serviço funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado, por que no Brasil dever-se-ia empregá-la apenas nos dois últimos casos (que configuram hipóteses de omissão)?<sup>1849</sup> As três situações revelam o descumprimento ao mesmo dever de agir: o princípio da eficiência. Logo, a consequência jurídica desse descumprimento deve ser a mesma, submetendo o Estado a um regime uniforme de responsabilidade.

Portanto, no Direito francês há diversas situações que estão sujeitas ao regime de responsabilidade objetiva, que prescinde da ocorrência de ato ilícito (considerada *sans faute*), independentemente de terem decorrido de ação ou omissão. Ou seja: *o critério para distinguir responsabilidade subjetiva e objetiva no direito francês seguramente não é o fato de o dano ter decorrido de ação ou omissão do Estado*. O que se leva em conta para diferenciar o regime de responsabilidade do Estado – subjetivo ou objetivo – é a natureza da atividade, e não o excesso ou inoperância da Administração.

**(b.3)** Outro argumento parece ser decisivo para suplantar completamente a exigência de comprovação de culpa nos casos de omissão: *tanto a doutrina quanto a jurisprudência francesas reconhecem expressamente a existência de hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado por omissão*. Em capítulo destinado à *responsabilité sans faute* com fundamento na teoria da igualdade dos cidadãos perante os ônus sociais, Georges Vedel e Pierre Devolvé oferecem como exemplo os casos de “abstenção não faltosa” (*abstention non fautive*) da Administração.<sup>1850</sup> O argumento vale também para os que traduzem *faute* por “culpa”: no Direito francês admite-se a responsabilidade do Estado por “abstenção não culposa”.

Na jurisprudência do Conselho do Estado, reclama referência o caso *Couitéas* (*Conseil d'État*, 30 de novembro de 1923). O senhor Couitéas havia comprado um terreno na Tunísia sobre o qual estavam instaladas tribos indígenas, e para lograr imitar-se na posse conseguiu uma decisão judicial determinando a expulsão das famílias. Na oportunidade, a Administração utilizou a sua prerrogativa de negar auxílio policial à execução de uma decisão judicial em razão do risco de perturbar a ordem pública e o interesse da coletividade. Embora a omissão traduzisse o exercício de uma prerrogativa amparada pelo ordenamento jurídico, desprovida de caráter faltoso ou culposos, o Estado foi condenado a indenizar o titular do título executivo, por ele ter suportado um sacrifício demasiadamente pesado em razão do interesse público.<sup>1851</sup>

Ora, se o próprio Direito francês, tanto na seara doutrinária quanto na jurisprudencial, admite explicitamente a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, qual seria a justificativa para negar tal possibilidade no Direito brasileiro, utilizando paradoxalmente uma teoria francesa?

**(b.4)** Ainda que se opte por aplicar a construção teórica francesa, não se pode olvidar que o próprio *arrêt Blanco*, ao determinar que a responsabilidade civil do Estado deveria reger-se por princípios próprios, distintas daquelas previstas no Código Civil, afirmou de forma contundente que: (i) essa responsabilidade “não é nem geral, nem absoluta” – portanto não pode

<sup>1848</sup> WALINE, Marcel. *Traité de Droit Administratif... Op. Cit.*, p. 741; VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif... Op. Cit.*, p. 581.

<sup>1849</sup> É o que sustenta a corrente da responsabilidade subjetiva, como dá notícia DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 709.

<sup>1850</sup> VEDEL, Georges ; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif... Op. Cit.*, p. 491.

<sup>1851</sup> LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative... Op. Cit.*, p. 253.

descurar das especificidades de cada Estado, cultura, história e ordenamento jurídico, aplicando-se igualmente em todos os países e momentos históricos;<sup>1852</sup> (ii) tal responsabilidade submete-se a “regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados” – logo, as regras que orientam o sistema de responsabilidade sujeitam-se ao regime jurídico-administrativo, devendo conciliar as prerrogativas estatais e os direitos dos cidadãos, tal como estatuídos pelo direito positivo.

Portanto, só se pode pretender a recepção, no Brasil, de teorias da responsabilidade civil desenvolvidas na França caso haja compatibilidade com o regime jurídico-administrativo brasileiro. E é justamente uma teoria diversa, aplicada no Direito francês, que se acomoda mais adequadamente ao conjunto de princípios e regras que regem a Administração Pública pátria. Sendo assim, importa esclarecer alguns aspectos da responsabilidade objetiva por ato lícito (*sans faute*) na França, que podem iluminar a construção de uma nova compreensão da responsabilidade objetiva do Estado no Direito brasileiro, por ação ou omissão, adaptada à realidade normativa pátria.

A reticência de parcela da doutrina em reconhecer a responsabilidade por omissão como uma hipótese de responsabilização objetiva deriva do fato de que, no Direito brasileiro, costuma-se fazer menção unicamente à *teoria do risco* para explicar a responsabilidade objetiva, olvidando-se de outra hipótese largamente difundida no Direito francês: a *teoria* (ou princípio) *da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos*. Em geral, os cursos e manuais contemporâneos subdividem a *responsabilité sans faute* nesses dois fundamentos: (i) *teoria do risco*, aplicável às situações em que a Administração desenvolve, em nome do interesse geral, atividades de risco excepcional; e (ii) *teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos*, segundo a qual, se uma atividade administrativa que é efetuada para beneficiar a todos ensejar danos particulares sobre determinados indivíduos, o equilíbrio normal é rompido e o princípio da isonomia resta ferido, de sorte que tal antijuridicidade deve ser reparada.<sup>1853</sup>

Também distintamente do que se sustenta no Brasil, a abrangência da *teoria do risco* é mais restrita no Direito francês. Somente as atividades que envolverem efetivamente um risco excepcional gozarão do regime de responsabilidade objetiva com fulcro na *teoria do risco*, tais como: danos causados a terceiros por conta de obras públicas; bens e métodos perigosos e risco de vizinhança; risco na colaboração ocasional com o serviço público; riscos profissionais.<sup>1854</sup> Por sua vez, a *teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos* é igualmente limitada a determinadas hipóteses, tais como: responsabilidade decorrente de atos legislativos, de convenções internacionais, de regulamentos e de decisões administrativas regulares.<sup>1855</sup> Essa teoria, que na maior parte das vezes recebe referências no Direito brasileiro como o fundamento da responsabilidade civil do Estado, consubstancia no Direito francês uma teoria autônoma da responsabilidade objetiva do Poder Público, distinta da teoria do risco.

O princípio da igualdade dos cidadãos em face dos ônus sociais é reconhecido mesmo sem previsão expressa, por constituir desdobramento do princípio geral de igualdade. Para Jacqueline Morand-Deville, os princípios fundamentais da equidade e da solidariedade inspiram o regime da responsabilidade objetiva: se é preciso aceitar que o bom funcionamento dos serviços públicos e a utilização de prerrogativas do Poder público impõem aos cidadãos certos

<sup>1852</sup> A relatividade do regime de responsabilidade do Estado é acentuada por Waline: WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 709.

<sup>1853</sup> VEDEL, Georges ; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 579.

<sup>1854</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 764-772.

<sup>1855</sup> CHAPUS, René. **Droit Administratif Général...** *Op. Cit.*, p. 1255-1270.

ônus, ainda que a Administração não pratique nenhuma falta, seria desigual os cidadãos lesados não poderem postular a reparação.<sup>1856</sup> No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, conquanto não extraia do princípio as mesmas consequências que aqui se pretende, reconhece-o como fundamento da responsabilidade estatal, voltado a garantir uma distribuição equânime dos ônus oriundos de atos ou efeitos danosos, evitando que alguns suportem prejuízos causados por comportamentos praticados no interesse de todos.<sup>1857</sup>

Parece ser essa a melhor teoria para fundamentar a opção do constituinte brasileiro na generalidade dos casos (se for adotada uma concepção bem mais alargada do que aquela presente do Direito francês):<sup>1858</sup> a teoria (ou princípio) da igualdade na distribuição dos encargos sociais – em relação à qual não paira qualquer dúvida na doutrina francesa quanto ao seu enquadramento nas hipóteses de responsabilidade objetiva por ato lícito (*sans faute*). A opção por essa teoria, e não pela teoria do risco, explica-se porque nem toda atividade estatal pressupõe assunção efetiva de riscos. Não se pode colocar no mesmo patamar o desenvolvimento de atividades nucleares (artigo 21, XXIII, “c” da CF) com a expedição de decretos regulamentares, embora ambas as situações possam ensejar a responsabilização objetiva do Estado, se de tais atos decorrerem danos específicos aos cidadãos. Ambos são casos de responsabilidade objetiva por ação; no entanto, naquele efetivamente aplica-se a teoria do risco; nesse, a teoria da igualdade diante dos ônus sociais.

Na omissão, o fundamento deve ser também o princípio da igualdade. Se a Constituição de 1988 previu em seus princípios fundamentais, os objetivos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, I) e “reduzir as desigualdades sociais” (artigo 3º, III), significa que vigoram no topo do ordenamento jurídico pátrio, de forma inequívoca, os princípios da equidade e da solidariedade. Logo, se a responsabilidade civil do Estado deve ser interpretada à luz do regime jurídico administrativo<sup>1859</sup> e “na exata medida entre os direitos do Estado e os direitos do administrado” (*arrêt Blanco*), seja nos casos de ação, seja nos casos de omissão, impõe-se a adoção do sistema de responsabilidade objetiva.

Se o cidadão perde um rim por conta da ausência de vaga em hospital público, por que razão ele terá de provar a culpa do Estado? E se não houver culpa? E se o Prefeito Municipal e o Governador do Estado tiverem aplicado toda a receita destinada à saúde, cumprindo rigorosamente as leis orçamentária? Não há culpa, em nenhuma de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), e ao mesmo tempo há o descumprimento ao princípio constitucional da eficiência administrativa (o serviço público de saúde não funcionou). Nesse caso, não se verifica uma situação de menoscabo ao princípio da isonomia perante os encargos públicos? Por que razão esse único cidadão deve suportar sozinho o ônus da falta de serviço público, sem que haja uma socialização da reparação dos prejuízos por ele experimentados?

Além disso, o artigo 37, §6º da CF, que traduz o fundamento normativo da responsabilidade civil do Estado, não faz qualquer distinção entre comportamentos omissivos e comissivos: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de

<sup>1856</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif...** *Op. Cit.*, p. 765.

<sup>1857</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 1023.

<sup>1858</sup> Para René Chapus, o princípio da igualdade perante os encargos sociais não constitui nem o fundamento da responsabilidade civil do Estado em geral, nem da responsabilidade objetiva genericamente considerada. Ele embasa tão somente as hipóteses em que o cidadão vê-se obrigado a suportar um ônus particular em nome do interesse público (*intérêt général*). CHAPUS, René. **Droit Administratif Général...** *Op. Cit.*, p. 1253.

<sup>1859</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **Interesse Público**, nº 6, Porto Alegre, Notadez, p. 11-47, abr./jun. 2000. p. 15.

serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Desse comando se depreende um regime uniforme de responsabilização, seja para excessos, seja para inoperâncias da Administração. É essa a interpretação de Romeu Felipe Bacellar Filho, que em estudo específico sobre o tema afirma: “se a Constituição Federal, em sua posição sobranceira, adota a responsabilização objetiva, não há como desconsiderar o mandamento constitucional mesmo na hipótese de omissão”.<sup>1860</sup> O texto constitucional requer a comprovação de dolo ou culpa tão somente no caso da ação regressiva em face do agente. Mas na relação vítima-Estado, a responsabilidade objetiva é medida que se impõe.

Tais questões reclamam a determinação, de forma precisa, de quais são os elementos necessários à configuração da responsabilidade objetiva do Estado por atuação ineficiente.

### 8.3.2. Elementos configuradores da responsabilidade objetiva do Estado por omissão ou ineficiência na satisfação dos direitos fundamentais sociais

Da imersão acima empreendida nas teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, notadamente aquelas desenvolvidas na França, pôde-se inferir que no ordenamento jurídico brasileiro o Estado encontra-se submetido a uma sistemática homogênea de responsabilização decorrente de comportamento ineficiente, seja comissivo (mau funcionamento) ou omissivo (não funcionamento ou funcionamento tardio): a responsabilidade objetiva. Isto posto, faz-se imprescindível, neste momento, verificar quais os elementos que compõem esse mecanismo de apuração da responsabilidade extraído do sistema jurídico, aplicando-o ao tema da tutela dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública.

São três os requisitos necessários para que se configure a responsabilidade por violação ao princípio da eficiência: **(a)** *descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes*; **(b)** *ocorrência de dano individual ou coletivo*; **(c)** *nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido*.

**(a)** *Descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes*. Um comportamento ineficiente poderá ser comissivo ou omissivo. Se a ação praticada é diferente daquela prevista legalmente, haverá então o descumprimento comissivo da norma, não omissivo. Conforme observa Emerson Gabardo, “a ação ineficiente não implica a existência da necessária inércia característica da omissão. Nem todo ato ineficiente é realizado por omissão. E nem toda abstenção de cumprimento do dever é caso de ineficiência”.<sup>1861</sup>

Conforme sustentado em outro estudo,<sup>1862</sup> o Estado será ineficiente quando seu comportamento for: **(i)** *omisso*, por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração

<sup>1860</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil do Estado por omissão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, nº 326, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 45-52, 2006. p. 52.

<sup>1861</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 284-285.

<sup>1862</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 283.

Pública; (ii) *moroso*, por desrespeitar o dever de celeridade; (iii) *exacerbadamente formalista*, por obstaculizar uma atuação ágil e fluida, marcada pela simplicidade e objetividade; (iv) *perdulário*, por ignorar o dever de otimização dos recursos para o alcance dos melhores resultados; (v) *improdutivo*, por violar o dever de realização dos objetivos previstos pela lei para o atingimento efetivo do interesse público. Na primeira hipótese, trata-se de omissão, ao passo que nas demais, a ineficiência constituirá uma ação. Por ação ou omissão, a conduta ineficiente acarreta responsabilidade objetiva.

Em relação aos danos causados por ação, este primeiro elemento – (a) o comportamento ineficiente – restará configurado quando o Estado (ou quem lhe faça as vezes) deixar de atender a algum dos desdobramentos do princípio da eficiência administrativa.<sup>1863</sup> Tratando-se de omissão, é necessário que haja o descumprimento de um dever específico, concreto, imposto pelo ordenamento jurídico ao Estado.

Em matéria de direitos sociais, esse elemento restará configurado quando a Administração Pública *violar o direito fundamental à tutela administrativa efetiva*. Conforme se propôs no presente estudo, desse direito decorrem outros quadro: (i) o direito ao devido processo administrativo; (ii) o direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais; (iii) o direito ao serviço público adequado; (iv) o direito à implementação de políticas públicas. Como se viu, cada um desses desdobramentos impõe deveres específicos ao Poder Público, alguns ligados à dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais sociais, outros relacionados à perspectiva *objetiva* de tais direitos. O descumprimento de qualquer dever exposto nos apartados precedentes faz com que esse primeiro requisito esteja configurado. Não necessariamente nascerá a obrigação de indenizar, já que há outros dois requisitos que precisam estar presentes.

A doutrina espanhola costuma afirmar que para se configurar uma *inação juridicamente relevante*, são necessários dois elementos: (i) um material – a constatação, no mundo dos fatos, de uma situação de passividade ou inércia da Administração; e (ii) um formal – a infração de um dever legal ou constitucional de agir, que torna antijurídica a omissão material.<sup>1864</sup> Se não há dever legal ou constitucional de agir (elemento formal), não há omissão e por consequência não há responsabilidade. Isso ocorre não porque da conduta omissiva não possam surgir efeitos jurídicos de forma direta, mas porque nesse caso a inação é irrelevante sob o ponto de vista do Direito.

Saliente-se que nem sempre a omissão implicará o descumprimento do dever de obstar uma ação externa. Celso Antônio Bandeira de Mello parece manifestar entendimento diverso. Ao tratar dos danos que podem ser gerados por conta da *omissão* do Estado, o autor refere-se apenas a duas hipóteses, ambas ligadas ao dever de obstar um elemento externo. Expõe o jurista: “os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os seguintes: 1. *fato da natureza* a cuja lesividade o Poder Público não obstar, embora *devesse fazê-lo*. (...) 2. *comportamento material de terceiros* cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e *devesse fazê-lo*”.<sup>1865</sup>

<sup>1863</sup> Sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa, previsto no art. 37, *caput* da Constituição brasileira de 1988, ver, por todos: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

<sup>1864</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 62.

<sup>1865</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. cit.*, p. 1033-1034.

Por outro lado, há autores como Weida Zancaner que sustentam que “pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano”.<sup>1866</sup> Adere-se aqui ao pensamento da autora. Há situações em que o dever de ação é distinto do dever de impedir ato de terceiro ou fato exterior. É o caso, exemplificado por Emerson Gabardo, de omissão do Estado em cumprir um mandamento constitucional concreto, como o dever de promover a revisão geral anual dos servidores públicos (artigo 37, X da CF<sup>1867</sup>).<sup>1868</sup> O próprio descumprimento do ente em promulgar a lei revisando a remuneração dos servidores públicos se configura como a causa danosa, ocasionadora de um prejuízo indenizável. O mesmo ocorre em relação ao dever de prestação de serviços públicos para a realização do direito fundamental à educação, por exemplo (artigo 6º e 205 da CF)<sup>1869</sup>: a ausência da prestação do serviço por inexistência de vaga em escola pública constitui, por si só, a omissão causadora do dano. Portanto, para configurar-se uma omissão apta a originar um dano indenizável não é necessário que se trate do descumprimento de um dever estatal de impedir um evento externo.

(b) *Ocorrência de dano individual ou coletivo.* Para que se configure o dever de indenizar, é necessário que tenha sido produzido um dano concreto, individual ou coletivo, de natureza material ou moral.

Em matéria de responsabilidade pública por ação, é irrelevante a licitude ou ilicitude da conduta estatal, pois embora no caso de atos lícitos sejam exigidos os requisitos da especialidade e da anormalidade do dano (ausência do dever jurídico de suportar), o fato de a conduta estar em conformidade com a lei não é fator suficiente para afastar o dever de indenizar.<sup>1870</sup> O que ocorre é que quando se trata de omissão, como dito anteriormente, ela será juridicamente relevante somente nas hipóteses em que a inatividade estatal configure descumprimento de um dever jurídico. Por isso, tratando-se de omissão, embora não se exija a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, será essencial a *antijuridicidade* da inércia para dar lugar à responsabilidade.

Em matéria de direitos fundamentais sociais, essa antijuridicidade se constatará, como antes se disse, nas situações em que forem violados os deveres da Administração em conferir uma tutela administrativa efetiva às pretensões jurídicas jusfundamentais consagradas no bloco de constitucionalidade. De conseguinte, os danos consistirão nos reflexos gerados pela agressão omissiva aos direitos fundamentais sociais. Considerando que a titularidade de tais direitos poderá ser individual ou transindividual,<sup>1871</sup> o dano gerado pela sua ofensa decorrente de omissões administrativas também poderá ostentar proporções individuais ou coletivas.

<sup>1866</sup> ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 62.

<sup>1867</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 37. (...) X** - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

<sup>1868</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé... *Op. Cit.*, p. 280.

<sup>1869</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) **Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

<sup>1870</sup> A respeito dos requisitos para configuração da responsabilidade do Estado por atos lícitos no Direito brasileiro, ver: ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado:** matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>1871</sup> Ver Parte I, Capítulo 4.

Assim, apenas para dar alguns exemplos já referidos ao longo deste capítulo, podem gerar responsabilidade do Estado os danos gerados pelo silêncio da Administração num processo administrativo reivindicatório de tutela de direitos sociais, pela omissão da autoridade competente em expedir ato normativo necessário ao exercício de uma pretensão jusfundamental, pela falha na prestação de um serviço público adequado (com ofensa a algum dos diversos princípios que integram esse conceito) ou pela inércia da formulação de uma política pública em uma área à qual a Constituição tenha conferido prioridade de ação estatal.

Ganha relevância nessa seara o estudo da responsabilidade do Estado por danos morais coletivos, oriundos do descumprimento da dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais sociais, com efeitos prejudiciais transindividuais. São hipóteses em que, por ter ocorrido inércia administrativa em atender às exigências metaindividuais dos direitos fundamentais sociais (v.g., prestar serviço público adequado), condena-se o Estado por ter ocasionado danos morais coletivos. As indenizações são vertidas aos fundos de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), cujos recursos são destinados à reconstituição dos bens lesados. Cuida-se de uma forma de forçar a Administração a dirigir verbas para a satisfação de direitos fundamentais que foram hostilizados por sua omissão inconstitucional. A jurisprudência brasileira tem oscilado na aceitação da responsabilidade por omissão relativa a essa modalidade de danos – morais de caráter supraindividual – quando no polo passivo figura o Poder Público.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve sentença de primeiro grau que condenou o Estado-membro ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, sob o fundamento de que a entidade havia se omitido em fiscalizar a exploração da atividade educacional por diversos estabelecimentos da iniciativa privada, os quais expediram inúmeros diplomas irregulares. Consignou-se no voto do relator que “desse fato decorreram prejuízos de ordem moral a uma coletividade, que se viu impedida de continuar a vida acadêmica”. Na hipótese, houve violação da função de *proteção* do direito fundamental social à educação, que impunha à Administração o dever de impedir que outros particulares lesassem esse direito dos estudantes matriculados em escolas privadas.<sup>1872</sup> Em outro julgado, o mesmo tribunal reformou uma decisão de primeira instância que havia condenado um Município ao pagamento de indenização por danos morais coletivos “em razão de sua inércia no combate ao mosquito transmissor da dengue”. Nesse caso, entendeu a Corte de forma diversa, assinalando que a categoria “danos morais” é incompatível com a noção de transindividualidade, só podendo ter como vítima um sujeito individual.<sup>1873</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, em ação proposta pelo Ministério Público em face do Município de Senador Firmino, manteve o acórdão do tribunal *a quo* que havia condenado a Municipalidade ao pagamento de indenização por danos morais coletivos “decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia (...), culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002”. Reconheceu-se que “esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço

<sup>1872</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.05.228243-2/002. Relator Des. Silas Vieira. 3ª Câmara Cível. Julgamento em 24.09.2009. Publicação da súmula em 09.10.2009.

<sup>1873</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.05.242078-4/001. Relator Des. Eduardo Andrade. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 12.04.2011. Publicação da súmula em 03.06.2011.

considerado essencial”.<sup>1874</sup> Na hipótese, houve ofensa ao direito fundamental ao serviço público adequado, uma vez que as interrupções na prestação afrontaram o princípio da continuidade na prestação dos serviços. Em outros casos, no entanto, a mesma Corte entendeu inexistir a possibilidade de reconhecimento de danos morais de cunho transindividual, negando os pedidos de indenização.<sup>1875</sup>

Por conta do já demonstrado duplo caráter da titularidade dos direitos fundamentais sociais – individual e transindividual – e da sua dupla dimensão – subjetiva e objetiva – a tutela administrativa efetiva impõe a admissibilidade da condenação por danos morais coletivos, sob pena de não se ter uma tutela *integral* desses direitos. Sendo transindividual a ofensa ao direito fundamental, por consequência será também transindividual a natureza do dano sofrido, exigindo que a indenização seja paga nos moldes da tutela coletiva.

(c) *Nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido.* Além dos dois requisitos antes mencionados, é necessária a comprovação de que o dano experimentado foi uma consequência da conduta estatal. Por exemplo, a falência de uma empresa que havia requerido a renovação de uma licença ambiental para explorar uma atividade econômica, sem ter seu pedido apreciado e deferido pela Administração dentro do prazo legalmente estabelecido, pode ser demonstrada como um efeito direto do silêncio administrativo, quando a impossibilidade de seguir explorando sua atividade, originada pela não resolução de seu requerimento administrativo, impedir os adimplementos de suas obrigações com seus credores.

Neste ponto, talvez, resida a principal causa da disputa teórica em relação à natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil do Estado: há, muitas vezes, uma confusão da doutrina entre duas categorias jurídicas distintas: o *nexo de causalidade* e a *culpa*. Quando se diz, por exemplo, que em razão do suposto caráter subjetivo da responsabilidade por omissão o Estado não tem o dever de indenizar o cidadão que sofreu um acidente causado por um evento irresistível da natureza, pois a despeito de ter-se omitido ele não tinha o dever de evitar o dano, o que em verdade se está afirmando é que *não havia nexo causal entre a abstenção e o prejuízo*. A causa eficiente do dano foi o fator externo e não a omissão estatal, porque não existia o dever jurídico de evitá-lo. A razão da não configuração de responsabilidade neste caso *não é a ausência de culpa, mas sim a inexistência de nexo de causalidade*.

Há que se separar, como em geral se faz no Direito Penal, os planos da antijuridicidade e da culpabilidade. A *antijuridicidade* se refere à contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico: descumprimento de uma prescrição normativa. A *culpabilidade* consiste na possibilidade de, naquela situação concreta, adotar-se uma conduta diversa: sendo possível, o comportamento será considerado reprovável perante o Direito e merecedor de uma sanção jurídica. O que está por trás da *antijuridicidade* é um confronto entre a conduta no mundo dos fatos e o comportamento descrito no enunciado normativo. Por sua vez, o que subjaz à *culpabilidade* e a possibilidade material de agir: sendo possível há culpa; não o sendo, não há culpa. Tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, é necessária a ocorrência de

<sup>1874</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1197654/MG. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 01.03.2011. DJe 08.03.2012.

<sup>1875</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281/MG. Relator Min. Luiz Fux. Relator p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 02.05.2006. DJ 01.06.2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1305977/MG. Relator Min. Ari Pargendler. Primeira Turma. Julgado em 09.04.2013. DJe 16.04.2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1109905/PR. Relator Min. Hamilton Carvalhido. Primeira Turma. Julgado em 22.06.2010. DJe 03.08.2010.



*antijuridicidade* – contrariedade ao sistema normativo – mas é irrelevante juridicamente a *culpabilidade* – existência de comportamento reprovável, por que no caso era possível adotar conduta diversa. Um exemplo pode ilustrar o que se está afirmando.

No Brasil a Constituição assegura aos servidores públicos o direito de greve, no art. 37, VII.<sup>1876</sup> Embora seja necessária sua regulamentação legislativa, que até agora não foi promulgada, o Supremo Tribunal Federal definiu os limites para seu exercício, com caráter geral e abstrato, em alguns julgados, que disciplinam a matéria enquanto a lei específica não for aprovada.<sup>1877</sup> Mas a mesma Constituição garante aos cidadãos o direito a um serviço público adequado (art. 175, parágrafo único, IV),<sup>1878</sup> conforme já se disse. Nos casos em que os servidores de um hospital público estiverem exercendo seu direito de greve dentro das especificações traçadas pela Corte Suprema, e que se produzam danos à saúde de determinados cidadãos porque não havia médicos suficientes para atendê-los – destaque-se: ainda que o limite mínimo exigido de permanência de servidores seja cumprido – haverá o dever de indenizar?

Se adotada a teoria subjetiva, a resposta seria não: não houve culpa da Administração, pois os servidores públicos estavam exercendo regularmente um direito constitucional. Não houve negligência, imprudência nem imperícia. Não se podia exigir da Administração uma conduta diversa, pois a ela não era dado tolher o direito de greve que estavam sendo regularmente exercidos. Se adotada a teoria objetiva, defendida neste estudo, responder-se-ia a questão apresentada de maneira afirmativa: haverá responsabilidade uma vez que, não obstante a inexistência de *culpabilidade* – exigibilidade de conduta diversa – houve *antijuridicidade* – descumprimento do dever de prestar um serviço público adequado. E, ademais, ocasionou-se um prejuízo derivado da omissão estatal, configurando o *nexo causal*. A antijuridicidade não está no respeito ao exercício do direito de greve, mas sim na ausência de prestação eficiente do serviço público de saúde. Existe, neste caso, um *nexo de causalidade* entre o mencionado descumprimento da Constituição e o dano à saúde dos cidadãos afetados pela violação da Lei Fundamental.

Afora os três requisitos – (a), (b) e (c) – já referidos, a doutrina, especialmente na Espanha e na Argentina, tem o hábito de adicionar um quarto requisito para a configuração da responsabilidade nos casos de omissão: (d) *a possibilidade material de agir*.<sup>1879</sup> Para essa corrente, o Estado deve gozar de condições necessárias – financeiras, jurídicas, fáticas – para cumprir adequadamente o dever emanado do sistema normativo; do contrário, não poderá ser responsabilizado.

<sup>1876</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) **VII** – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

<sup>1877</sup> Acórdãos proferidos nos Mandados de Injunção n<sup>os</sup> 670-ES, 708-DF e 712-DF. Uma análise sobre o conteúdo de tais decisões pode ser encontrada em: HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais:** uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 150-154.

<sup>1878</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. **Parágrafo único.** A lei disporá sobre: (...) **IV** - a obrigação de manter serviço adequado.”

<sup>1879</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración...** *Op. Cit.*, p. 107; SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119; MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. **El deber de hacer de la Administración:** supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional. San José: IJSA, 2009. p. 72.

A inclusão desse elemento como necessário à configuração da responsabilidade significa retomar o elemento “culpa”, encarando o regime de responsabilização como subjetivo. Isso porque, caso o Estado não tenha podido agir, não teve culpa em relação ao dano, e então estaria justificada a exoneração do seu dever de reparar o dano. Nessa linha, estar-se ia aceitando a “reserva do possível”<sup>1880</sup> como causa exonerativa das obrigações do Estado: o dever de agir só se imporia quando as condições financeiras e fáticas permitissem a atuação estatal.

Aceitar esse requisito importaria admitir a responsabilidade subjetiva, já que objetivar a responsabilidade implica tornar irrelevante a existência de culpa ou dolo, ou seja, é desconsiderar se há negligência, imperícia ou imprudência na conduta. E levar em conta a *possibilidade material de agir* como um fator determinante significa analisar se, no caso de omissão, houve negligência (se o Estado poderia ter agido e não agiu, foi negligente).

Discorda-se, aqui, de tal exigência, seja como pressuposto para configurar a responsabilidade do Estado em casos de omissão, seja para utilizá-lo como excludente da responsabilidade, como parece ser a posição de Juarez Freitas<sup>1881</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>1882</sup> Com o respeito devido aos doutrinadores, o entendimento não merece concordância, eis que acolhe a “reserva do possível” como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais. Seguindo tal raciocínio, poder-se-ia concluir que os direitos fundamentais devem ser realizados pelo Poder Público na medida do financeiramente possível, de sorte que, se não houver recursos disponíveis, justifica-se a violação de tais direitos pela omissão estatal. Ou seja: o Estado só estaria obrigado a atender as imposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais se isso não comprometesse em demasia os cofres públicos.

A ideia resultaria em admitir, por exemplo, que os hospitais públicos não estão sujeitos ao atendimento do direito fundamental à saúde – ignorando a literalidade dos artigos 6º e 195 da Constituição Federal – quando a demanda for excessiva, nem reparar os danos decorrentes dessa omissão. Olvida-se, com isso, do dever de diligência na realização otimizada e maximizada dos comandos constitucionais, desdobramento inequívoco do princípio constitucional da eficiência administrativa.<sup>1883</sup> Assim, concorda-se com Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem a “reserva do possível” não pode encontrar acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, sequer como excludente ou atenuante da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão.<sup>1884</sup>

Entender de forma diversa conduziria à negação do caráter normativo do princípio constitucional da eficiência administrativa, o qual impõe ao Estado a obrigação de realizar fielmente o interesse público plasmado no Direito positivo, mormente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais. A materialização de tais direitos através da atividade administrativa retrata exigência não apenas do princípio da eficiência (artigo 37, *caput*, CF), como também da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista no artigo 5º, § 1º da CF. Esse dispositivo, combinado com o princípio da eficiência, tem por escopo obrigar a Administração Pública a promover com a máxima presteza os serviços necessários à satisfação das necessidades

<sup>1880</sup> Sobre o tema, ver PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. 2009. 277 fls. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

<sup>1881</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178.

<sup>1882</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 710.

<sup>1883</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa... *Op. Cit.*, p. 255-256.

<sup>1884</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 243.

mais essenciais do cidadão, imprescindíveis para a concretização do princípio fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

O que é preciso esclarecer é que, de fato, a reserva do possível pode ser invocada como fator limitativo da tutela de direitos fundamentais sociais no que diz respeito aos *espaços não normatizados*. As prestações que já foram asseguradas expressamente pela Constituição, pelas leis ou por atos administrativos normativos (v.g., Relação Nacional de Medicamentos), ou que não estejam expressamente previstas mas integrem o direito ao mínimo existencial, são prontamente exigíveis. É evidente que pode ocorrer de, no caso concreto, a Administração não ter recursos financeiros para fazer frente a essas pretensões jurídicas de contornos concretos expressamente asseguradas no sistema normativo. Em tais casos, pode ser que o ente administrativo, sob o ponto de vista fático, não tenha alternativa senão violar o direito. Esse fato não elide o seu dever de atender o direito fundamental e o respectivo dever de indenizar. Ele continua sendo *antijurídico*, embora não seja *culpável*.

Não cabe a crítica no sentido de que isso converteria o Estado em um “segurador universal”. Afinal, não se está exigindo do Poder Público que ele proteja o cidadão contra toda e qualquer intempérie da vida, mantendo-o vivo, saudável e seguro cem por cento do tempo. O que se reclama é que o Estado *cumpra com as decisões políticas tomadas pelos representantes do povo a respeito da alocação de recursos públicos*. Quando se fala em pretensões jurídicas jusfundamentais que estão explícitas no texto constitucional, nas leis ou em atos administrativos normativos, já se saiu do plano da abstração. Nesse campo já houve deliberação democrática nos espaços políticos institucionais, de sorte que aquelas pretensões específicas claramente garantidas pelo ordenamento jurídico já representam a decisão que resultou do processo democrático. Em relação a esses direitos fundamentais em sentido estrito – posições jurídicas – o argumento da reserva do possível é inaceitável.

## CONCLUSÃO

Em conhecido artigo publicado há quase 40 anos, Alejandro Nieto lança um desafio aos juspublicistas, conclamando-os a formular e colocar à disposição da sociedade “técnicas concretas que tornem viável a *realização* dos interesses coletivos e gerais, da mesma maneira que atualmente já existem para a *defesa* dos direitos individuais”.<sup>1885</sup> Aceitou-se o convite do autor e o resultado a que se chegou foi a presente pesquisa. Por meio dela buscou-se contribuir de alguma maneira para acender algumas lâmpadas que possam iluminar o caminho da Administração Pública em sua tarefa de promover espontaneamente os interesses coletivos e gerais – em especial aqueles tutelados na forma de direitos fundamentais sociais – de forma universalizada e igualitária.

O princípio do Estado de Direito e os seus corolários – entre os quais avultam a legalidade administrativa em sentido estrito e um esquema peculiar de separação de poderes – representam a formulação mais estável e bem delineada de estruturação da organização estatal na modernidade. Talvez aí repouse a dificuldade que se apresenta aos juristas de conseguir se desvincular dos seus pressupostos, talhados no liberalismo oitocentista e que renderam ensejo a categorias jurídicas que não se amoldam plenamente aos problemas contemporâneos do Direito Público.<sup>1886</sup> Mas é preciso perceber que o princípio em questão não é estático, nem goza de um teor suprahistórico, razão pela qual deve ser adaptado à realidade emergente.

O Estado de Direito transformou-se. Foi drasticamente afetado pelo influxo do constitucionalismo social desenvolvido ao longo do século XX, fruto das novas demandas sociais, marcadas por uma necessidade maior de intervenção do Poder Público nas relações interprivadas. Transformou-se, também, o perfil dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições. No entanto, as bases sobre as quais se assenta o sistema de garantia desses direitos são ainda intensamente influenciadas por um ideário liberal-individualista-subjetivista.

O discurso teórico dominante do Direito Administrativo ainda exhibe expressiva confiança no Poder Legislativo como protetor dos direitos fundamentais, o que implica uma intensa submissão da atividade administrativa aos preceitos da lei formal. E o discurso teórico hegemônico do Direito Constitucional, ao menos no Brasil, aposta fortemente na jurisdição como espaço garantidor das posições jurídicas jusfundamentais. Não se deve, em absoluto, abandonar as diversas conquistas operadas tanto pelo Direito Administrativo quanto pelo Direito Constitucional nos paradigmas anteriores em termos de tutela de direitos. Mas é preciso ter cautela, verificando permanentemente se os esquemas de proteção que antes se mostravam eficientes continuam ou não correspondendo aos problemas que eles visam a combater.

Alguns dados estatísticos trazidos no curso deste trabalho parecem ter demonstrado que, embora seja verdadeiramente imprescindível a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, tanto pela via individual quanto pela coletiva, o Poder Judiciário não é o braço estatal mais adequado para atender primariamente à satisfação desses direitos. No paradigma do Estado Social e Democrático de Direito, a Administração Pública se revela como o aparato mais idôneo a proporcionar de forma universalizada e racional a promoção efetiva dos direitos fundamentais

---

<sup>1885</sup> NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. **Revista de Administración Pública**, nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975. p. 27.

<sup>1886</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 406.

sociais. A função administrativa é aquela que se encontra mais próxima ao cidadão. São os órgãos e entidades da Administração Pública que se deparam, dia após dia, com os inúmeros problemas sociais que incumbe ao Estado enfrentar e combater. Portanto, nada mais lógico do que reservar a essa esfera estatal o papel de protagonista no comando das ações voltadas a atender as necessidades humanas essenciais.

É preciso ter em mente, contudo, que o deslocamento do debate a propósito da realização dos direitos sociais para a arena do Poder Judiciário só ocorreu, ao menos no caso brasileiro, em razão das reiteradas falhas da Administração no cumprimento dos seus misteres. E é lógico que, em grande parte dos casos, não há alternativa senão buscar a proteção jurisdicional. O problema nasce quando a atuação administrativa começa a se pautar nas sucessivas ordens que advêm do Judiciário, as quais impactam diretamente no orçamento público e na programação das atividades da Administração. E com isso, privilegiam-se aqueles que logram acesso aos bens e prestações sociais pela via judicial e prejudicam-se aqueles que, encontrando-se em idênticas condições, deixam de ter o seu direito atendido.

O cenário reclama que as atenções sejam, cada vez mais, dirigidas à própria Administração Pública. É momento de verificar os diversos entraves que os dogmas do Direito Administrativo clássico do século XIX acarretam na realidade contemporânea, buscando adaptá-los às novas necessidades sociais e jurídicas, para permitir que a Administração implemente de ofício os direitos fundamentais sociais, fazendo-o de forma universalizada.

A proposta de reconhecimento de um direito fundamental à *tutela administrativa efetiva* no Direito brasileiro busca contribuir com essa racionalidade. Ao afirmar-se que ele impõe à Administração Pública o dever de promover os direitos sociais de maneira espontânea, integral e igualitária, quer-se evidenciar a inexistência de um conflito imanente de interesses entre o cidadão e o Poder Público. A tutela dos direitos fundamentais constitui o âmago do interesse público que compete ao Estado perseguir. E para que eles sejam satisfeitos de modo a atender ao interesse *geral*, é imprescindível que essa tutela seja igualitária, estendendo para todos os cidadãos que estejam em igual situação os benefícios que são concedidos individualmente.

A presente investigação não teve a pretensão de ser conclusiva. Pelo contrário: o objetivo que animou a redação das páginas anteriores foi demonstrar a necessidade de pensar novos mecanismos, a partir do prisma do Direito Administrativo, para se alcançar um dos objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade não apenas livre, mas também *justa e solidária*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ACEA, Raquel. El derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva: Una acertada y ejemplificadora sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVII, n° 327, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 95-101, 2005.

AGUADO Y CUDOLÀ, Vincenç. **Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. t. I. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A fraca intensidade federativa na relação dos entes políticos no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n° 19, Belo Horizonte, Fórum, p. 93-101, jul./set. 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A segurança jurídica e a proteção à confiança em matéria de Direito constitucional e administrativo e seu acolhimento pela jurisprudência constitucional no Brasil. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Org.). **Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática, Jurisprudência**. v. 2. Osasco: Edifício, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Ação popular como instrumento de proteção do patrimônio cultural. In: FRANCISCO, José Carlos; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). **Ação Popular**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências legislativas e analogia – Breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n° 102, São Paulo, Universidade de São Paulo, p. 357-370, jan./dez. 2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 68, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 76-85, jul./set. 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dez ideias sobre a liberdade, extraídas da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (Orgs.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, 2013. 439 f. Tese (Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo) – Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D. La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración Pública. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coords.). **Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direitos, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADA, Alejandro. Tutela judicial efectiva: elementos y condiciones. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, nº 381, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 229-237, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDREANI, Antonio. **Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione**. Padova: CEDAM, 1979.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, nº 14, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 1-15, mai./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Bogotá: Ediciones Uniandes – Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2000.

ARAÚJO, Danielle Regina Wobeto de. **A Almotaçaria e o Direito na Vila de Curitiba (1737-1828)**. Curitiba, 2011. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER**. Fallos 327:4185 (2004).

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Ekmekdjiam, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros**. Fallos 315:1492 (1992).

ASSIS, Alexandre Camanho de. Inconstitucionalidade de lei – Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, nº 91, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 117-122, jul./set. 1989.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ÁVALOS, Eduardo. **El proceso contencioso administrativo federal**. Un análisis crítico de cara a la garantía de tutela judicial efectiva. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009.

BACA ONETO, Víctor S. ¿Són el precedente y la doctrina fuentes del Derecho Administrativo? In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo**: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo. Buenos Aires: RAP, 2010.



BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A aversão ao nepotismo não autoriza o desrespeito às garantias fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 101, nº 925, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 429-451, nov. 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). **Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 291-313, abr./jun. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A potestade sancionatória da Administração Pública no Brasil. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 2, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 25-47, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: VIALE, Claudio Martín (Org.). **Derecho Común y Derecho Administrativo: diferencias y contactos**. Córdoba: Lerner, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Editorial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, Fórum, p. 9-10, abr./jun. 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Editorial. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 9-12, jan./mar. 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. El procedimiento y el proceso administrativo en el sistema jurídico brasileño. In: AAVV. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública, Estado Democrático de Direito e os princípios consectários. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 1, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 3-20, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 97-101, sep. 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, nº 7, San José, p. 35-46, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 37, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-55, jul./set. 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Actualidad en el Derecho Público**, nº 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento e processo administrativo a partir da experiência brasileira no plano global. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, nº 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 359-394, ago. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do Direito Administrativo: pessoa, processo, procedimento e contrato administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXV, nº 418, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 171-186, jul. 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública - aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil do Estado por omissão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, nº 326, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 45-52, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **Interesse Público**, nº 6, Porto Alegre, Notadez, p. 11-47, abr./jun. 2000.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-64, jan./mar. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público**, nº 70, Belo Horizonte, Fórum, p. 37-73, nov./dez. 2011.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985.

BALBÍN, Carlos F. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BAÑO LEÓN, José María. El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica. In: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.). **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo**. t. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. **Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, n° 237, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 141-155, ene./mar. 2010.

BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. **Revista Jurídica**, v. 9, n. 88, Brasília, Presidência da República, p. 01-39, dez./2007-jan./2008. p. 13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

BARBOSA, Ruy. **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. v. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea**. Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARNES, Javier. La transformación del procedimiento administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, n° 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 33-76, ago. 2010.

BARNES, Javier. Procedimientos administrativos de tercera generación. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; VÁZQUEZ VIERA, Emilio; FARRANDO, Ismael (Coords.). **Derecho Administrativo Iberoamericano: contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimiento administrativo, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad**. Buenos Aires: RAP, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse Público**, nº 11, Porto Alegre, Notadez, p. 42-73, jul./ago. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, nº 59, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-56, jan./fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Interesse Público**, nº 33, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-54, set./out. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento. **Revista de Direito Administrativo**, nº 181-182, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 387-414, jul./dez. 1990.

BARTHÉLEMY, Joseph. Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son execution forcée dans le droit public. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, XXIX<sup>e</sup> année, nº 3, Paris, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, p. 505-540, jui./sep. 1912.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. São Paulo, 2003. 172 f. Tese de Livre-Docência – Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BIBILONI, Homero M. Una nueva perspectiva para considerar el silencio administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 54, Belo Horizonte, Fórum, p. 45-66, out./dez. 2013.

BIFULCO, Raffaele. Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione. In: \_\_\_\_\_; CARTABIA, Marta; CELOTTO, Alfonso (Coord.). **L’Europa dei diritti**: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOLEA FORADADA, Juan Antonio. El retraso de la Administración y el silencio administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 51, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 303-318, sep./dic. 1966.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BONNARD, Roger. Les droits publics subjectifs des administrés. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l’etranger**, Paris, v. 49, p. 695-728, 1932.

BOQUERA OLIVER, José María. Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 30, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 85-194, sep./dic. 1959.

BRAIBANT, Guy. **Le Droit Administratif Français**. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984.

BRASIL. Ação Civil Pública nº 0006996-08.2011.8.16.0034, proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná, em trâmite na Vara Cível da Comarca de Piraquara. Disponível em: <<https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?tj=1b03cc981d3bd2c870db5feb540203a01b59d0e7066e1f23d1b2df25410acfc0>>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Intervenção judicial na saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 343. Relatora Cons. Ruth Carvalho. 9ª Sessão Extraordinária. Julgado em 17.04.2007. DJU 27.04.2007.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Defesa da Saúde – Cao-Saúde. Parecer Técnico-Jurídico nº 016/2009. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA410F393C0141510162530191>>. Acesso em: 10 jan 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandados de Injunção nº 795, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgados em 15.04.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 36.394/RJ. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 28.02.2012. DJe 12.04.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1196717/DF. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 23.02.2010. DJe 22.03.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 815.532/RJ. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 15.03.2007. DJ 23.04.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1305977/MG. Relator Min. Ari Pargendler. Primeira Turma. Julgado em 09.04.2013. DJe 16.04.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1109905/PR. Relator Min. Hamilton Carvalhido. Primeira Turma. Julgado em 22.06.2010. DJe 03.08.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 252.083/RJ. Relatora Min. Nancy Andrichi. Segunda Turma. Julgado em 27.06.2000. DJ 26.03.2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 448.647/PR. Relator Min. Paulo Medina. Sexta Turma. Julgado em 03.03.2005. DJ 18/04/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 29.595/MS. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 16.08.2012. DJe 27.08.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1261695/SC. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 13.09.2011. DJe 16.09.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1081139/DF. Relator Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 21.05.2009. DJe 03.08.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial nº 441.815/SC. Relatora Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 22.08.2007. DJ 10/09/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1121306/SP. Relator Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 21.10.2010. DJe 28.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Injunção nº 758-DF, Ministro Marco Aurélio, julgado em 1º.07.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.376/DF. Relator Min. Herman Benjamin. Primeira Seção. Julgado em 28.03.2007. DJe 01.09.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.728/DF. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Seção. Julgado em 23.11.2011. DJe 08.02.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.545/DF. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. Julgado em 29.10.2008. DJe 07.11.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 39.361/MG. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 07.02.2013. DJe 19/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.198.486/DF. Relatora Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 19.08.2010. DJe 30.08.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.409.527/RJ. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 08.10.2013. DJe 18.10.2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 17.02.2011. DJe 08.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1103105/RJ. Relator Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Julgado em 03.05.2012. DJe 16.05.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1139486/DF. Relator Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 24.11.2009. DJe 07.12.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1148460/PR. Relator Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119.961-1/RS. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1197654/MG. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 01.03.2011. DJe 08.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1200981/PR. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Julgado em 05.10.2010. DJe 14.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1251769/SC. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 06.09.2011. DJe 14.09.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 126.411-6/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2011. DJe 13.04.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.876/SP. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 16.06.1998. DJ 21.09.1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208.893/PR. Relator Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 19.12.2003. DJ 22.03.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 23.121/GO. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. Julgado em 06.10.1993. DJ 08.11.1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 506.000/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 08.09.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 531.349/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 03.06.2004. DJ 09.08.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281/MG. Relator Min. Luiz Fux. Relator p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 02.05.2006. DJ 01.06.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 63.128/GO. Relator Min. Adhemar Maciel. Sexta Turma. Julgado em 11.03.1996. DJ 20.05.1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 690.811/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 28.06.2005. DJ 19.12.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 782.196/SP. Relatora Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 13.03.2007. DJ 22.03.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 852.493/DF. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 29.05.2008. DJe 25.08.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 946.533/PR. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 10.05.2011. DJe 13.06.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.535/RJ. Relator Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 01.09.2005. DJ 31.05.2006.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.675/RJ. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 13.10.2009. DJe 23.10.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.139/PR. Relator Min. João Otávio de Noronha. 2ª Turma. Julgado em 06.09.2005. DJ 03.10.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 24.170/RS. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 28.08.2008. DJe 17.11.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 21.894/RS. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgado em 17.12.2007. DJe 10.03.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. Mandados de Injunção nº 788, Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 15.04.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental nº 175, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076, divulgado em 29.04.2010, publicado em 30.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 19.09.2007, DJe-131, divulgado em 25.10.2007, publicado em 26.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.791. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 16.08.2006. DJ 24.11.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3128. Relatora Min. Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 18.08.2004, DJ 18.02.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28723. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 28.08.2012. Acórdão Eletrônico DJe-182, divulgado em 14.09.2012, publicado em 17.09.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 2475. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 02.08.2007. DJe-018 divulgado em 31.01.2008, publicado em 01.02.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 04.05.2004. DJ 28.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 1841. Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 06.02.2013. Acórdão eletrônico DJe-049, divulgado em 13.03.2013 e publicado em 14.03.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31342. Relator Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgado em 30.10.2012. Acórdão Eletrônico DJe-241 divulgado em 07.12.2012, publicado em 10.12.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23/08/2011. DJe-177 divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12.12.2006. DJ 02.02.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 464143. Relatora Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 15.12.2009. DJe-030, divulgado em 18.02.2010, publicado em 19.02.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 603575. Relator Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgado em 20.04.2010. DJe-086, divulgado em 13.05.2010 e publicado em 14.05.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 386098. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 03.02.2004. DJ 27.02.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 414915. Relatora Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 21.03.2006. DJ 20.04.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em: 13.10.2011. Publicado em: 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Mandado de Segurança 24389. Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 10.04.2012. Acórdão Eletrônico DJe-080, divulgado em 24.04.2012, publicado em 25.04.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 112046. Relatora Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em 24.04.2012. Processo eletrônico DJe-100, divulgado em 22.05.2012 e publicado em 23.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87585. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-118, divulgado em 25.06.2009, publicado em 26.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25.10.2007. DJe-206 Publicado em 31.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 721. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 30.08.2007. DJU 30.11.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 788. Relator Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 08.05.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795. Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 21.05.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24875. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 11.05.2006. DJ 06.10.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 28520. Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma. Julgado em 20.03.2012. Acórdão Eletrônico DJe-066, divulgado em 30.03.2012, publicado em 02.04.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 29.03.1990. DJ 22.10.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1246, Presidente Ministro Sepúlveda Pertence, Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 31.01.1997, publicado em DJ 13.02.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 2.986. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 11.03.2005. DJ 18.03.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1.987. Relator Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 01.10.2003. DJ 21.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198.263, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 12.02.2001, publicado em DJ 30.03.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 11.10.2005. DJ 27.10.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 342.413, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 14.10.2004, publicado em DJ 09.11.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 419.629. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 23.05.2006. DJ 30.06.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 423662. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 04.12.2009. Publicado em DJe-237, divulgado em 17.12.2009, publicado em 18.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009, publicado em 05.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004. Min. Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. Julgado em 01.06.1977. DJ 29.12.1977.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Remessa de Ofício nº 2010-01-1-180346-9/DF. Relator Des. José Divino de Oliveira. Sexta Turma Cível. Julgado em 07.08.2013. DJe 13.08.2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 2011-01-1-140174-6. Relatora Des. Nídia Corrêa Lima. Terceira Turma Cível. Julgado em 17.07.2013. DJe 26.07.2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Mandado de Segurança coletivo nº 18-9/205. Relator Des. Jamil Pereira de Macedo. Segunda Câmara Cível. Julgado em 03.12.1991. DJe 23.01.1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.05.228243-2/002. Relator Des. Silas Vieira. 3ª Câmara Cível. Julgamento em 24.09.2009. Publicação da súmula em 09.10.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.05.242078-4/001. Relator Des. Eduardo Andrade. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 12.04.2011. Publicação da súmula em 03.06.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2013.004178-3. Relator Des. Pedro Manoel Abreu. Decisão Monocrática. Julgado em 17.11.2013. DJe 25.11.2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão nº 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão nº 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão nº 130. 6ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Prestes Mattar. DJ 03.08.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão nº 377. 7ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Ruy Francisco Thomaz. DJ 04.04.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 922386-7. Relator Des. Leonel Cunha. Quinta Câmara Cível. Julgado em 25.09.2012. DJe 11.10.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 932738-4. Relator Des. José Marcos de Moura. Quinta Câmara Cível. Julgamento em 13.11.2012. DJe 05.12.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 0438994-6. 6ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Idevan Lopes. Unânime. Julgado em 03.06.2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 0083477-7. 7ª Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des. Luiz Sérgio Neiva de Lima Viera. Relator Designado: Des. José Maurício Pinto de Almeida. Julgado em 23.10.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de Apelação de Menores nº 105-9. Acórdão nº 7910. Relator Des. Accácio Cambi. Conselho da Magistratura. Julgado em 09.02.1998. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_14\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_4_1_1.php)>. Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 220/98, Rel. Del. Antonio Lindberg Montenegro, julgado em 17. 12.1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul. Agravo de Instrumento nº 70013407242, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, julgado em 12.01.2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70050063346. Relator Des. Almir Porto da Rocha Filho. Segunda Câmara Cível. Julgado em 19.12.2012. DJe. 29.01.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5017280-90.2013.404.0000. Terceira Turma. Relator Nicolau Konkel Júnior. D.E. 05.08.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5013872-90.2011.404.7201. Terceira Turma. Relatora Maria Lúcia Luz Leiria. D.E. 25.11.2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5039808-95.2012.404.7100. Terceira Turma. Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D.E. 14.06.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação e Reexame Necessário nº 5025299-96.2011.404.7100. Sexta Turma. Relator p/ Acórdão Celso Kipper. D.E. 16.09.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1999.04.01.014944-9. Segunda Seção. Relator p/ Acórdão Luiz Carlos de Castro Lugon. DJ 11/05/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso de Apelação/Reexame Necessário nº 5020964-34.2011.404.7100. Terceira Turma. Relatora p/ Acórdão Des. Maria Lúcia Luz Leiria. D.E. 05.03.2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: \_\_\_\_\_; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1977.

BREWER-CARIÁS, Allan R. Marco constitucional del Derecho Administrativo en Venezuela. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 31, Belo Horizonte: Fórum, p. 26-68, jan./mar. 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Notas sobre el valor del precedente en el Derecho Administrativo, y los principios de irretroactividad y de la irrevocabilidad de los actos administrativos. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo**: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo. Buenos Aires: RAP, 2010.

BRITO, Mariano R. Estudio de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Uruguay. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 29, Belo Horizonte, Fórum, p. 113-126, jul./set. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUTELER, Alfonso. A intervenção estatal na economia e o direito ao meio ambiente. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 49, Belo Horizonte, Fórum, p. 109-120, jul./set. 2012.

BUTELER, Alfonso. Corrupción y derecho administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 48, Belo Horizonte, Fórum, p. 97-118, abr./jun. 2012.

BUTELER, Alfonso. **El amparo contra actos administrativos**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012.

BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 53, Belo Horizonte, Fórum, p. 23-43, jul./set. 2013.

BUTELER, Alfonso. La interpretación de la Constitución en sede administrativa. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, RAP, p. 151-162, sep. 2012.

BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CABRAL, Helane Christiane Mendes. **O silêncio no Direito Administrativo**. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 113-130, out./dez. 2012.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. Principios del procedimiento administrativo de los órganos del Mercosur. **Actualidad en el Derecho Público**, nº 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 25-47, sep./dic. 1998.

CALDERÓN MORALES, Hugo H. Fuentes del derecho administrativo: los tratados, los contratos, la jurisprudencia, incidencia de la doctrina, los precedentes, los decretos de emergencia y los decretos leyes de facto. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo.** Buenos Aires: RAP, 2010.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français.** Paris: Dalloz, 2001.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVII n° 323, Buenos Aires, RAP, p. 75-88, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos Poder Públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Montesquieu abandonne? Developpement et légitimité de la “justice constitutionnelle”. In: \_\_\_\_\_. **Le Pouvoir des Juges.** Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé. Paris: Ed. Economica, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s).** 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.** Madrid: Trotta, 2007.

CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **O controle repressivo administrativo da constitucionalidade dos atos normativos: limites, sujeitos competentes, procedimento adequado e responsabilidades inerentes.** Lisboa, 2010. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo, 2013. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. t. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 199-216, abr./jun. 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa. In: AAVV. **Congreso Internacional de Derecho Administrativo**. San Salvador: Corte Suprema de Justicia – Sección de Publicaciones, 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos. Las vicisitudes del silencio administrativo. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 1, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 65-78, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. Principios generales del procedimiento administrativo. In: AAVV. **Procedimiento Administrativo**. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativo, 1998.

CASTILLO BLANCO, Federico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. **Impacto Desalocativo no Orçamento Público Estadual em Face de Decisões Judiciais**. Concurso IV Prêmio SOF de Monografias. Belo Horizonte, 2011. p. 41-43. Disponível em: <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SOF/sof2011/arquivos/3\\_Lugar\\_Tema\\_2\\_Sebastiao\\_Helvelio\\_Ramos\\_de\\_Castro.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SOF/sof2011/arquivos/3_Lugar_Tema_2_Sebastiao_Helvelio_Ramos_de_Castro.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Lei. Inconstitucionalidade manifesta. Recusa ao seu cumprimento pelo Executivo. Legitimidade dêsse procedimento. Veto já anteriormente manifestado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional: Defesa da Constituição**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE – CEBES. **Apenas 124 pessoas concentram mais de 12% do PIB do Brasil**. 02.01.2014. Disponível em: <<http://cebes.com.br/2014/01/apenas-124-pessoas-concentram-mais-de-12-do-pib-do-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. **Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública**. Caracas, 2013. Disponível em: <<http://www.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>>. Acesso em: 15.11.2013.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. t. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998.



CHAPUS, René. **Responsabilité publique et responsabilité privée** : les influences des jurisprudences administrative et judiciaire. Paris: LGDJ, 1954.

CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común: La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 10, n° 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 193-230, jul./dic. 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, Democracia e Justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 99-116, abr./jun. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 22, Belo Horizonte, Fórum, p. 183-236, out./dez. 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n° 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 279-307, abr./jun. 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Estado Constitucional, neoconstitucionalismos e tributação. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder normativo da Administração Pública. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. As ações afirmativas e a efetividade do princípio constitucional da igualdade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 11, Belo Horizonte, Fórum, p. 29-34, jan./mar. 2003.

COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

COMADIRA, Guillermo L. Los precedentes administrativos. In: AAVV. **Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2009.

COMADIRA, Julio R. La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional. In: \_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 Maiores Litigantes. Brasília, março de 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2013.

COOK JÚNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, nº 136, Brasília, Senado Federal, p. 355-360, out./dez. 1997.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Algunas consideraciones sobre la tutela judicial efectiva y sus implicaciones. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVIII, nº 329, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 167-182, 2006.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 49-73, jan./mar. 2013.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: \_\_\_\_\_.; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Curitiba, 1998. 164 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

COVIELLO, Pedro. **La protección de la confianza del administrado: Derecho Argentino y Derecho Comparado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 45, Curitiba, SER/UFPR, p. 37-73, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, nº 77, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 224-235, jan./mar. 1995.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 13, São Paulo, Malheiros, p. 210-215, 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DAMSKY, Isaac Augusto. Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, p. 77-101, abr./jun. 2013.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. **Revista de Administración Pública**, nº 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983.

DELPIAZZO, Carlos E. Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 29, Belo Horizonte: Fórum, p. 37-54, jul./set. 2007.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-33, abr./jun. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. In: MOTTA, Fabrício (Org.). **Direito Público Atual: Estudos em homenagem ao Professor Nelson Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Dhenize Maria Franco. O direito público subjetivo e a tutela dos direitos fundamentais sociais. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 14, nº 102, Brasília, Presidência da República – Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, p. 233-250, fev./maio 2012.

DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí. El debido proceso en instrumentos internacionales y el nuevo bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. **Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia**, nº 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 167-194, jul./dic. 2012.

DÍEZ SASTRE, Silvia. **El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

DÍEZ SASTRE, Silvia. La fuerza vinculante del precedente administrativo. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 143, Madrid, Civitas, p. 445-480, jul./sep. 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 98, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-46, mayo/ago. 1982.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF). **Revista de Direito Público da Economia**, nº 24, Belo Horizonte, Fórum, p. 219-236, out./dez. 2008.

DUARTE, Clenício da Silva. Inconstitucionalidade de lei. **Revista de Direito Público**, nº 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 150-155, out./dez. 1967.

DUARTE, Evandro Charles Piza. Princípio da Isonomia e Critérios para a Discriminação Positiva nos Programas de Ação Afirmativa para Negros (afro-descendentes) no Ensino Superior. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 27, Belo Horizonte, Fórum, p. 61-108, jan./mar. 2007.

DUBET, François. **Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

DUCROCQ, Théophile. **Cours de Droit Administratif**. t. I. 6. ed. Paris: Ernest Thorin, 1881.

DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1938.

DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DUPEYROUX, Henri. **Faute Personnelle et Faute du Service Public: étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'Administration et de ses agents**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1922.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. **Droit Administratif**. 10. ed. Paris: Dalloz, 2007.

DUQUE CORREDOR, Román J. Postulados y principios. El sistema constitucional de los derechos humanos em la Constitución venezolana. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coord.). **Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello**. t. I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Contencioso Administrativo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 5, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 51-72, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; BENAVIDES PINILLA, Victor Leonel; SCHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (eds.). **Derecho Administrativo Iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)**. v. II. Panamá: Congrex, 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El precedente administrativo. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La buena administración. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 1, Montevideo, La Ley, p. 173-194, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Motivación del acto administrativo y buena administración. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, nº 13, Curitiba, UniBrasil, p. 18-32, jan./jun. 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 2, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 307-339, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif**. t. II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 56, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 47-70, abr./jun. 1959.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 25/1981 del Tribunal Constitucional, Pleno, el 14 de Julio de 1981.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 53/1985 del Tribunal Constitucional, Pleno, el 11 de Abril de 1985.

FACHIN, Luiz Edson. 2014: o ano que pode não acabar. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 11.01.2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1438971&tit=2014-o-ano-que-pode-nao-acabar>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALZONE, Guido. **Il dovere di buona amministrazione**. Milan: Giuffrè, 1953.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARRANDO (h), Ismael. La contratación administrativa: normas y principios. **Documentación Administrativa**, nº 267-268, Madrid, INAP, p. 313-324, sep. 2003/abr. 2004.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 5, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45-68, ene./abr. 1990.

FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: VVAA. **Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann**. Paris: Cujas, 1975.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. **La inconstitucionalidad por omisión**. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio. **La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración**. 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 271-290, abr./jun. 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O silêncio da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 52, Belo Horizonte, Fórum, p. 55-75, abr./jun. 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público**: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, nº 29, São Paulo, p. 35-43, jun. 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: 2012.

FERREIRA, Camila Duran; OLIVEIRA, Ana Carolina C. de; MACHADO, Ana Maria F.; NAHOUM, André V.; FERRÃO, Brisa L. de M.; CARDOSO, Evorah L. C.; FRANCO, Leandro A.; GUERRA, Marcele G.; BRAGA, Marco Aurélio C.; PUCCI, Rafael D.; BURANELLI, Vinícius C. O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS. In: **Prêmio Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004**: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para a sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no Município de Campinas. In: **XXIV Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo**, 2010, Campinas - SP. Disponível em: <[http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV\\_Congresso\\_de\\_Secretarios\\_Municipais\\_de\\_Saude\\_do\\_Estado\\_SP/Complexidadedaatencaobasica/O\\_Perfil\\_dos\\_gastos\\_Deise.pdf](http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público – Fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público**: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 12, Belo Horizonte, Fórum, p. 142-165, abr./jun. 2003.

FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. **Interesse Público**, nº 58, Belo Horizonte, Fórum, p. 133-143, nov./dez. 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007.



FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORMENTO, Augusto, DELPIAZZO, José Miguel. Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. **Revista de Derecho**, nº 18, Montevideo, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 101-113, jul./dic. 2010.

FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. O silêncio administrativo: consequências jurídicas no Direito Urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor. **Fórum Administrativo**, nº 64, Belo Horizonte, Fórum, p. 7394-7402, jun. 2006.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo Administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Introdução à teoria da prova administrativa. **Revista de Direito Público**, nº 21, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 33-42, jul./set. 1972.

FRANZONI, Júlia Ávila; FONSECA, Juliana Pondé. **Igualdade de posição e de oportunidades: considerações em torno do princípio da diferença em John Rawls**. Trabalho apresentado no evento “‘Uma teoria da justiça’ 40 anos depois: Razão, Democracia e Constituição no legado político e filosófico de John Rawls”. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes/EDIPUCRS, 1989.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 217-238, abr./jun. 2010.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 8, Curitiba, Juruá, p. 13-35, 2002.

FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. **Interesse Público**, nº 78, Belo Horizonte, Fórum, p. 15-27, mar./abr. 2013.

FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 13-22, 1999.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Rafael Veras de. O dever de planejamento como corolário ao direito fundamental à boa Administração Pública. In: VILLELA SOUTO, Marcos Juruena (Coord.). **Direito Administrativo: estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel. El derecho a la buena administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. **Revista de Derecho de la Unión Europea**, nº 15, Madrid, Colex, p. 137-153, jun/dez. 2008.

FUKUDA-PARR, Sakiko; GUYER, Patrick; LAWSON-REMER, Terra; RANDOLPH, Susan; DANIELS, Louise Moreira. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights – A methodology and application to the states of Brazil. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto/Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Org.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coords.). **Derecho Administrativo**: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

GALERA RODRIGO, Susana. El derecho a una buena administración. In: ALVAREZ CONDE, Enrique; GARRIDO MAYOL, Vicente (Dir.). **Comentarios a la Constitución Europea**. Libro II: Los derechos y libertades. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

GALLARDO CASTILLO, Maria Jesús. **Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica**. Madrid: 2008.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. **Derechos fundamentales y garantías institucionales**: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública). Madrid: Civitas, 1994.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. **Las medidas cautelares contra la Administración Pública**. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Los mitos en el proceso contencioso administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 41, Belo Horizonte, Fórum, p. 29-42, jul./set. 2010.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo Colombiano. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 74-101, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdiccional – uma mudança de paradigma? Trad. Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 6, Madrid, Civitas, p. 427-448, jul./sep. 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre silencio administrativo y recurso contencioso. **Revista de Administración Pública**, nº 47, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 207-228, may./ago. 1965.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. t. I. 14. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.

GARCIA FILHO, José Cal. Serviço público e direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 32, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-32, jul./set. 2008.

GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.

GARCÍA PÉREZ, Marta. El régimen jurídico del silencio administrativo en España. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 58, São Paulo, Malheiros, p. 23-57, 2013.

GARCÍA PÉREZ, Marta. El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 14, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 421-439, 2010.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. ¿Es el agotamiento de la vía administrativa inconciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva? **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXIX, nº 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 105-123, 2007.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. **Tratado de lo contencioso administrativo**. t. 1, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

GARCÍA ROCA, Javier. Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad. **Revista de Estudios Políticos**, n. 119, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 165-190, ene./mar. 2003.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**. Madrid: Civitas, 1994.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando. La Administración y la Ley. **Revista de Administración Pública**, nº 6, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 125-142, sep./dic. 1951.

GARRIDO FALLA, Fernando. La llamada doctrina del silencio administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 16, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 85-116, ene./abr. 1955.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Las transformaciones del régimen administrativo**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

GASPARETTO, Patrick Roberto. **A Administração Pública frente à lei inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

- GASTALDI, José Pretelli. **Elementos de economía política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE**. Barcelona: Bosch Editor, 2011.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispêndia em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIMENO-CABRERA, Véronique. **Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du Tribunal Constitutionnel espagnol**. Paris: LGDJ, 2004.
- GOBBI, Rodolfo Francisco Spagnol. **A revolução do jogo da velha: a ameaça das redes sociais ao (não tão) perpétuo domínio das elites midiáticas**. Curitiba, 2013. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no Direito português e no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. **Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto**, vol. 54, nº 1, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 61-98, ene./jun. 2006.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. Artículo 41: Derecho a una buena administración. In: MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.); GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. (Coord.). **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo**. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXI, nº 361, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 395-425, oct. 2008.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del Derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXVIII, nº 336, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 115-146, 2006.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, nº 267-268, Madrid, INAP, p. 55-72, sep. 2003/abr. 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2009.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El silencio administrativo y los interesados que no incoaran el procedimiento administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 68, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 235-246, may./ago. 1972.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 29, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-35, jul./set. 2007.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1977.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GOUTTENOIRE, René. **Le silence de l'Administration**. Paris, 1932. 248 f. Thèse (Doctorat en Droit) – Faculté de Droit, Université de Paris.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRANDO, Felipe Esteves. O direito fundamental à boa administração pública e seu diálogo com o Direito Tributário. **Interesse Público**, nº 59, Belo Horizonte, Fórum, p. 215-225, jan./fev. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECCO, Carlos M. Sobre el silencio de la Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; \_\_\_\_\_. **Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdiccional dos interesses difusos. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 13, n. 1-2, Uberlândia, p. 1-34, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdiccional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. **El silencio administrativo: el control judicial de la inactividad administrativa.** Colex, 1996.

GUSMÁN, Alfredo. Los principios de eficacia y eficiencia en el procedimiento administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, n° 385, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 39-45, 2010.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 239-250, abr./jun. 2010.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El Derecho Administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (Coord.). **Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello.** t. I. Caracas: Paredes, 2007.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, n° 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 349-357, ago. 2010.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, jurisdicción y derechos humanos.** Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale.** Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 38, Belo Horizonte, Fórum, p. 129-166, out./dez. 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 53, Belo Horizonte, Fórum, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 46, Belo Horizonte, Fórum, p. 199-219, out./dez. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAKANSSON NIETO, Carlos. El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.) **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IV. México: UNAM/Marcial Pons, 2008.

HAURIOU, Maurice. **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits**. t. I. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1929.

HESPANHA, António Manuel. **Às vésperas do Leviathan**: instituições e poder político. Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

HESPANHA, António Manuel. Para uma teoria da história institucional do antigo regime. In: \_\_\_\_\_. **Poder e instituições na Europa do antigo regime**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1984.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n° 75, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 785-807, sep./dic. 1992.

ISABELLA, Diego P. El rol institucional de la tutela judicial efectiva frente a la reticencia del poder político. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Provincia de Buenos Aires**, n° 87-88, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 49-62, 2010.

IVANEGA, Miriam M. Los precedentes administrativos en el Derecho argentino. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo**: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo. Buenos Aires: RAP, 2010.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentliche Rechte**. Freiburg: [s.n.], 1892.



JÈZE, Gastón. Essai d'une théorie général de l'abstention en Droit Public. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, XII<sup>e</sup> année, n<sup>o</sup> 22, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, p. 764-785, 1905.

JÈZE, Gastón. Les libertés individuelles. **Annuaire de l'Institut International de Droit Public**, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLOSS, Eduardo Soto. **Derecho Administrativo. Bases fundamentales**. t. II: El principio de juridicidad. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LA ADMINISTRACIÓN AL DÍA. **El catedrático Rodríguez-Arana redactará la Carta de Derechos Ciudadanos de Iberoamérica**. 14.02.2013. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Disponível em: <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1500246>>. Acesso em: 08.05.2013.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFERRIÈRE, Édouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. t. I. 2. ed. Paris: Berger-Levrault et cie, 1896.

LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. 3. ed. t. I. Paris: LGDJ, 1963.

LAVEISSIÈRE, Jean. **Le silence de l'Administration**. Bordeaux, 1979. 618 f. Thèse (Doctorat en Droit) – Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, Université de Bordeaux I.

LEAL, Márcio Flávio Madra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos: reflexões para o Brasil. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; BENAVIDES PINILLA, Victor Leonel;

SCHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (Orgs.). **El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en IberoAmérica**. Panamá: Congrex, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LISA, Federico José. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 44, Belo Horizonte, Fórum, p. 41-58, abr./jun. 2011.

LISA, Federico. Procedimiento administrativo y participación ciudadana. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 111-127, sep. 2012.

LISA, Federico. Procedimiento administrativo y participación ciudadana. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 408, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 111-127, sep. 2012.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Seqüência: Publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, nº 59, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 43-60, jul./dez. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. La buena administración en la Administración General del Estado. **Actualidad Administrativa**, nº 4, Madrid, La Ley, p. 405-414, feb. 2007.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad. In: MORODO LEONCIO, Raúl; VEGA GARCÍA, Pedro de (Coords.). **Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú**. v. 4. Madrid: Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 2001.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUSTOZA, Helton Kramer. O princípio da igualdade na sociedade brasileira pluralista: a questão das cotas raciais em universidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 38, Belo Horizonte, Fórum, p. 167-192, out./dez. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Aplicação de lei inconstitucional pela Administração. **Revista dos Tribunais**, nº 702, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 26-27, abr. 1994.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 7, São Paulo, p. 108-112, abr./jun. 1994.

MAIRAL, Héctor A. **La doctrina de los actos propios y la Administración Pública**. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MALISKA, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: DUARTE, Evandro Charles Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coords.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, v. 1, Brasília, CMB, p. 21-34, jul./dez. 2011.

MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

MARCONDES, Ricardo Martins. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego. **La protección del mínimo existencial en el IRPF**. Madrid: Colex, 1996.

MARINHO, Josaphat. Leis inconstitucionais e o Poder Executivo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional: Defesa da Constituição**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 12a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, nº 10, Lima, Communitas, p. 453-469, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago. A “autorização fictícia” no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, nº 251, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 201-211, maio/ago. 2009.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-45, jul./set. 2011.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARTÍN REBOLLO, Luis. Prólogo. In: GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Dos notas sobre la Carta. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Dir.); ALONSO GARCÍA, Ricardo (Subdir.). **La encrucijada constitucional de la Unión Europea**. Madrid: Civitas, 2002.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge». **Revista de Administración Pública**, nº 38, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 35-65, may/ago. 1962.

MARTINS, Maria D'Oliveira. **Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais**. Coimbra: Almedina, 2007.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASSIMINO, Leonardo F. Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, Fórum, p. 29-47, jan./mar. 2013.

MATHIEU, Bertrand. Propos introductifs. In: \_\_\_\_\_ ; VERPEAUX, Michel (Dirs.). **Intérêt général, norme constitutionnelle**. Paris: Dalloz, 2007.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización juridico-constitucional del Estado social de Derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 60, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 343-350, sep./dic. 2000.

MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade: contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e Administração Pública no Estado Social de Direito**. Coimbra: Almedina, 2004.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010.

MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o Direito Administrativo global. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coords.). **Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, Rio de Janeiro, Renovar, p. 57-70, abr./jun. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante atos estatais. In: \_\_\_\_\_. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Público**, nº 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 44-61, out./dez. 1967.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. **Revista de Direito Tributário**, nº 75, São Paulo, Malheiros, p. 12-18, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Direito Administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIII, nº 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 7-15, sep. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, nº 17, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 1-13, jan/mar. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). **Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos**. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELO, Ligia. **Direito à moradia no Brasil: política urbana e acesso por meio da regularização fundiária**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, nº 4, Brasília, Presidência da República, ago. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Informação Legislativa**, nº 134, Brasília, Senado Federal, p. 11-39, abr./jun. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERKL, Adolf. **Teoría general del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 (Com a Emenda nº 1 de 1969)**. v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, nº 99, São Paulo, p. 115-127, jul./set. 1991.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo. **Revista Forense**, v. 284, Rio de Janeiro, Forense, p. 101-119, out./dez 1983.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois (Livre XI, Chap. 6). In: **Oeuvres Complètes**. Paris: Seuil, 1964.

MORA ESPINOZA, Álvaro Enrique. **El deber de hacer de la Administración**: supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional. San José: IJSA, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. t. I: Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MORALES MORALES, Alejandra Virginia. ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**, vol. 14, nº 27, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, p. 135-146, ene./jun. 2011.

MORALES, Hugo Haroldo Calderón. El Derecho Constitucional y El Derecho Administrativo en Guatemala. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 296-320, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**: cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés. 13. ed. Paris: LGDJ, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados "interesses difusos". **Revista de Processo**, nº 28, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 7-19, out./dez. 1982.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 77, nº 276, Rio de Janeiro, Forense, p. 1-6, out./dez. 1981.

MORELL OCAÑA, Luis. La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los “standards” de conducta previstos por la ley. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 65-80, 1986.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. El régimen del silencio de la Administración en Francia. In: PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.). **El silencio en la actividad de la Administración Pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

MUÑOZ (h), Ricardo Alberto. La tutela administrativa efectiva. **La Ley**, Tomo 2012-B, Buenos Aires, p. 1-6, mar. 2012.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. Demandas por omisión. *AeDP: Actualidad en el Derecho Público*, nº 9, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 149-154, ene./abr. 1999.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. Silencio de la Administración y plazos de caducidad. Buenos Aires: Astrea, 1982.

NAVARRO, Karlos. Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Nicaragua. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 178-192, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. Título VI – Disposições finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

NIETO, Alejandro. **Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.

NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 37, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-126, ene./abr. 1962.

NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 11-64, 1986.

NIETO, Alejandro. La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, INAP, p. 11-64, 1986.

NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. **Revista de Administración Pública**, nº 76, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 9-30, ene./abr. 1975.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramaioritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 1, nº 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 231-242, ene./dic. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo**, nº 95, Belo Horizonte, Fórum, p. 23-34, jan. 2009.

OLIVEIRA, Katia Cristine Santos de. O direito ao desenvolvimento, à assistência social e a Constituição da República de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORELLANA, Javier Robalino. El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, n° 7, San José, p. 250-263, 2007.

ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n° 24, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 75-116, sep./dic. 1957.

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

PAILLET, Michel. **La faute du service public en droit administratif français**. Paris : LGDJ, 1980.

PAREJO ALFONSO, Luciano *et alli*. **Manual de Derecho Administrativo Comunitário**. Madrid: CEURA, 2000.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano. El silencio administrativo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)**: estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Madrid: Civitas, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano. El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación. In: PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.). **El silencio en la actividad de la Administración Pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España**. Madrid: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. 2009. 277 fls. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PETHECHUST, Eloi. A intervenção judicial em hospitais e estabelecimentos congêneres de saúde. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, n. 17, Curitiba, UniBrasil, 2012.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina; BITTENCOURT NETO, Eurico (Coords.). **Direito Administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 53, Belo Horizonte, Fórum, p. 195-229, jul./set. 2013.

PIOVESAN, Flávia (Coord. geral). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Licenças urbanísticas e o silêncio administrativo: as tutelas judiciais possíveis diante da omissão da Administração Pública. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, nº 28, Belo Horizonte, Fórum, p. 3474-3484, jul./ago. 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Regime jurídico das licenças**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial.** Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador.** Saraiva: São Paulo, 2007.

PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad de la Administración.** 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Los derechos públicos subjetivos y la participación social.** Buenos Aires: Depalma, 1985.

RAMELLI, Alejandro. Sistema de fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia. **Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, nº 11, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 157-175, jul./dic. 2004.

RAMINA, Larissa. Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus reflexos no Direito Administrativo: breves apontamentos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e regulação: o Direito Capitalista do Trabalho e as crises econômicas. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção.** São Paulo: Saraiva, 1994.

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

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** Vol. 2 – Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REINA GARCÍA, Óscar M. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. **Revista Derecho del Estado**, nº 29, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 175-214, jul./dic. 2012.

REPÚBLICA DOMINICANA. El bloque de constitucionalidad en la determinación de los principios fundamentales del debido proceso. Extracto de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 13 de noviembre de 2003. **Diálogo Jurisprudencial**, nº 3,

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, p. 27-50, jul./dic. 2007.

REY CANTOR, Ernesto. El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. **Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, año 4, n° 2, Santiago de Chile, Universidad de Talca, p. 299-334, jul./dic. 2006.

REYNA, Justo José. El arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de servicios públicos: el nacimiento de un sistema jurídico complejo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 43, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-46, jan./mar. 2011.

REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 131-169, out./dez. 2012.

RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). **Serviço público: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RICHER, Laurent. **La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État**. Paris: Économica, 1978.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, v. 69, n° 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juil. 1953.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 30, n° 120, Brasília, Senado Federal, p. 159-186, out./dez. 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Ativismo judicial. **Revista Trimestral de Direito Público**, n° 58, São Paulo, Malheiros, p. 64-69, 2013.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUES, Nelson. **O óbvio ululante: primeiras confissões (crônicas)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos. In: FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coord.). **Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional**. Madrid: Dykinson, 2004.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho Administrativo y Constitución**. Granada: CEMCI, 2000.

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

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Ejecutividad y tutela judicial efectiva. Aproximaciones jurisprudenciales. In: AAVV. **Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo**. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo en el siglo XXI. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 13, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 627-643, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 117-149, abr./jun. 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. **Revista de Estudios Locales (CUNAL)**, nº 100, Madrid, Thomson-Aranzadi, p. 39-47, abr. 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos. **Revista del Poder Judicial**, nº 53, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 309-324, ene./mar. 1999.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El silencio administrativo. **La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía**, año 1999, nº 3, Madrid, La Ley, p. 2123-2124, mayo./jun. 1999.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar**. Madrid: Iustel, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 67-89, out./dez. 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 48, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-40, abr./jun. 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La reforma del Estado de Bienestar. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 11, A Coruña, Universidad da Coruña, p. 827-837, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los derechos fundamentales en el Estado social y el Derecho Administrativo Constitucional. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXV, nº 293, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-22, feb. 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Nuevas claves del Estado de Bienestar. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, nº 7, A Coruña, Universidad da Coruña, p. 709-716, 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 47, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-50, jan./mar. 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. El procedimiento administrativo en España. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIV, nº 409, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 155-176, oct. 2012.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un Dizionario Giuridico**. Milano: Giuffrè Editore, 1953.

ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del. De la supremacía constitucional a la supremacía de convencionalidad. La nueva conformación del bloque de constitucionalidad en México. **Quid Iuris**, año 8, vol. 22, Chihuahua, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, p. 93-118, sep./nov. 2013.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 27, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9-38, sep./dic. 1989.

RUOCCO, Graciela. El principio del “debido proceso” en vía administrativa. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 2-17, jan./jun. 2013.

RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 49, Belo Horizonte, Fórum, p. 27-45, jul./set. 2012.

RUOCCO, Graciela. Principios de legalidad, tipicidad y de prescripción en materia de actividad sancionatoria de la Administración. **Estudios de Derecho Administrativo**, nº 2, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 121-165, 2010.

SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, nº 25, Belo Horizonte, Fórum, p. 45-80, abr./jun. 2009.



SAGGESE, Federico. **El derecho a un nivel de vida adecuado**. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectivas desde el Derecho Constitucional y Administrativo. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

SÁINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, Federico Carlos. El llamado “silencio administrativo”: un escándalo en el Estado de Derecho. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)**: estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Madrid: Civitas, 1993.

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Orgs.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMONI, Jorge Luis. El marco constitucional del Derecho Administrativo Argentino. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, n° 7, San José, p. 47-57, 2007.

SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: \_\_\_\_\_; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESÍN, Domingo Juan (Orgs.). **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: AAVV. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 26, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-35, out./dez. 2006.

SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. In: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALOMONI, Jorge Luis. Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables. **Actualidad en el Derecho Público**, n° 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 95-130, sep./dic. 1998.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SAN’ANDREA, N. **De la faute de service et de ses conséquences**. Paris : A. Pedone, 1905.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. **Documentación Administrativa**, nº 208, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 107-120, 1986.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso. **Revista de Administración Pública**, nº 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 1609-1627, ene./dic. 1983.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARAIVA, Oscar. Declaração de inconstitucionalidade das leis: empresas de seguros: acionistas estrangeiros. **Revista Forense**, nº 116, Rio de Janeiro, Forense, p. 42-46, mar. 1948.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os direitos fundamentais**. Aula proferida na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (transcrição). Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/ingowolfgangarlet.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangarlet.pdf)>. Acesso em 12.10.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista da AJURIS: Doutrina e Jurisprudência**, v. 31, n. 95, Porto Alegre, AJURIS, p. 103-135, set. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 4, São Paulo, p. 241-271, jul./dez. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons/INAP, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927.

SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford, 2000.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; NAVARRO MEDAL, Karlos. Las otras fuentes del ordenamiento jurídico administrativo nicaragüense: tratados internacionales, jurisprudencia, precedente administrativo y doctrina. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo**: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo. Buenos Aires: RAP, 2010.

SERRATE PAZ, José M. Diversas fuentes del Derecho Administrativo. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel; PÉREZ HUALDE, Alejandro; FARRANDO, Ismael; COMADIRA, Julio Pablo (Coords.). **Fuentes del Derecho Administrativo**: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudência, doctrina y precedente administrativo. Buenos Aires: RAP, 2010.

SERRATE PAZ, José Mario. Marco constitucional del Derecho Administrativo en Bolivia. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**, año 7, nº 7, San José, p. 112-122, 2007.

SESÍN, Domingo Juan. Acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva. In: AAVV. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SESÍN, Domingo Juan. **Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

SESÍN, Domingo Juan. El derecho a la tutela judicial efectiva. Alcance e intensidad en el proceso administrativo actual. **Actualidad en el Derecho Público**, nº 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 167-202, ene./dic. 2002.

SESÍN, Domingo Juan. El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXIII, nº 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 17-48, sep. 2011.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v.1: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA CIMMA, Enrique. **Derecho Administrativo Chileno y Comparado**. El servicio público. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.

SILVA FILHO, Antônio Leandro da. A judicialização do político: ações judiciais propostas contra o plano de metas de inclusão racial e social da UFPR. In: DUARTE, Evandro Charles Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (Coords.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público**, nº 6, Belo Horizonte, Fórum, p. 7-59, jul./set. 2004.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, Rio de Janeiro, p. 89-84, abr./jun. 1998.

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

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da. O regime constitucional dos Municípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 42, Belo Horizonte, Fórum, p. 13-26, out./dez. 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, Belo Horizonte, Del Rey, p. 607-629, jan./jun. 2003.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. O controle de constitucionalidade pela Administração Pública mediante recusa de cumprimento a lei por si reputada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Humberto Ribeiro. Pode o Executivo deixar de cumprir uma lei que ele próprio considere inconstitucional? **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 50, Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, p. 519-551, 1997.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SÖDERMAN, Jacob. El derecho fundamental a la buena administración. **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**, nº 214, Madrid, EINSA Multimedia, p. 8-14, jul/ago. 2001.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho. **Revista de Administración Pública**, nº 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 149-158, ene./abr. 1990.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Hacia el control de la desviación de poder por omisión. **Revista Española de Derecho Administrativo**, nº 40-41, Madrid, Civitas, p. 173-193, ene./mar. 1994.

SORIANO, José Eugenio. El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho. **Revista de Administración Pública**, nº 121, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 149-158, ene./abr. 1990.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. El nuevo paradigma del Estado: su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 49-89, 1999.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. El silencio da la Administración. In: AAVV. **Procedimiento Administrativo**. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativo, 1998.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. La discrecionalidad administrativa ¿zona de inmunidad del poder? **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, nº 238, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 1-6, jul. 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: \_\_\_\_\_; Daniel SARMENTO (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Paris: Athenes, 1954.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TAVARES, André Ramos. A lei inconstitucional e o Poder Executivo no marco do Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Universidade Católica do Salvador**, nº 1, Salvador, Universidade Católica do Salvador, p. 36-51, 2008.

TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 4, São Paulo, jul./dez. 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEISSIER, Georges. **La responsabilité de la puissance publique**. Paris: Paul Dupont, 1906.

TERRA DE DIREITOS – ORGANIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. **Direito à moradia – Moradores de Piraquara/PR vivem impasse com COHAPAR**. 07.08.2012. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/direito-a-moradia-moradores-de-piraquarapr-vivem-impasse-com-cohapar/>>. Acesso em: 13 out. 2013.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: INAP, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. 12, Rio de Janeiro, p. 349-374, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, nº 177, Rio de Janeiro, p. 20-49, jul./set. 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

UROS MAGGI, Daniela. **Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano**. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2003.

URRUTIGOITY, Javier. El principio de tutela administrativa efectiva. **Lexis**, nº 0003/012321, Buenos Aires, p. 1-11, 2005.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, nº 51, Belo Horizonte, p. 155-185, jan./mar. 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **A construção de uma garantia constitucional**: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a omissão legislativa**: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

VEDEL, Georges. La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité. In: CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence**: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. t. 1. 12. ed. Paris: PUF, 1992.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIALE, Claudio. Procedimiento administrativo. Aportes. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, año XXXII, nº 383, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 97-108, ago. 2010.

VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, Porto Alegre, Síntese, p. 147-161, 2001.

VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WALINE, Marcel. **Traité de Droit Administratif**. 8. ed. Paris: Sirey, 1959.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.).



**Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WATANABE, Kazuo. Título III – Da defesa do consumidor em juízo, Capítulo I – Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2. Brasília: Editora UnB, 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário:** crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale.** 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1988.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo:** estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 2, São Paulo, Malheiros, p. 205-210, abr./jun. 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, v. 20, n. 78, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 32-49, abr./jun. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. A intervenção do Estado na ordem social e o direito ao trabalho. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coords.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social:** homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social.** São Paulo: Malheiros, 2009.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado:** matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010.