

Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa (*)

CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS (**)

"(...) na História sempre foi mais difícil subordinar o Poder ao Direito do que o Direito ao Poder. Se criamos agora Estados Democráticos de Direito, temos um elevado bem a preservar. Isso deve ser tarefa de todos os juristas responsáveis, não importa em que poder de Estado ou em que função eles atuem" KLAUS STERN ¹.

SUMÁRIO: I. Introdução e delineação do objeto de estudo. II. Os direitos fundamentais como epicentro do ordenamento jurídico-constitucional. III. As diversas "gerações" de direitos fundamentais. IV. Os princípios ou vetores constitucionais hermenêuticos básicos. V. A discricionariedade administrativa e seus limites - A problemática do interesse público primário. VI. O controle jurisdicional da omissão da administração pública em efetivar o núcleo essencial dos direitos fundamentais - A vedação a políticas públicas desconformes com a Constituição da República e a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social à seara administrativa. VII. A título de conclusão e uma advertência. VIII. Bibliografia.

I. Introdução e Delineação do Objeto de Estudo

Com a promulgação da atual Constituição da República em 05 de outubro de 1.988, adentrou a sociedade brasileira em uma nova etapa de sua História,

(*) O presente estudo obteve o 2º lugar no Prêmio de ensaios Jurídicos Luiz Carlos Caffaro, versão 2003. O referido concurso é promovido, anualmente, pela FEMPERJ e pelo CEJUR com o apoio do CEPROJUS, da CAMPERJ e da AMPERJ.

¹"O Juiz e a Aplicação do Direito". In *Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. p. 515. São Paulo, Malheiros, 2001.

surgindo, naquele momento de ruptura com o ilegítimo modelo estatal iniciado em 1964, um novo Estado, fundado em valores democráticos e centrado na dignidade da pessoa humana, e, assim, denominado de “Estado Democrático de Direito”.

A partir de tal ruptura, o próprio estudo do Direito no Brasil sofreu alterações. Por exemplo, no âmbito do direito constitucional verifica-se que o seu objeto de investigação, que girava prioritariamente em torno da organização do Estado desloca-se para o exame dos direitos fundamentais e também da própria interpretação constitucional ².

Com os ventos de uma nova era, presencia-se, na doutrina jurídica pátria, mormente na constitucionalista, uma eclosão de ensaios, artigos e livros, discutindo e trazendo à baila uma série de teorias, em especial as voltadas à hermenêutica constitucional e aos direitos fundamentais, até então praticamente desconhecidas no Brasil, ou reservadas apenas a alguns poucos iniciados.

Com efeito, nomes como RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY, KARL LARENZ ³, J.J. GOMES CANOTILHO, e tantos outros, passam a soar familiares aos estudiosos do Direito ⁴, e, com eles, os modernos métodos interpretativos, consagrando os direitos fundamentais como centro gravitacional do sistema jurídico, buscando explorar sua máxima normatividade ⁵.

Nesse contexto, passa a doutrina a explorar as possibilidades teóricas das diversas concepções e métodos que formam, hoje, a chamada “Nova Hermenêutica”, a qual, por sua vez, centra seus esforços investigativos em torno dos direitos fundamentais, com a sua conseqüente aplicação prática ⁶.

² Não significa tal assertiva que não dedicassem os constitucionalistas pátrios qualquer atenção aos direitos fundamentais e à interpretação da Constituição, mas decerto tal atenção era mínima, eis que não havia capítulos nos manuais de direito constitucional dedicados à interpretação, esta que, ao nosso sentir, não pode ser dissociada do estudo dos direitos fundamentais. Aliás, a paupérrima produção doutrinária constitucionalista nesse ponto, *data venia*, é até mesmo anterior ao início do regime ditatorial inaugurado em 1964. Nesse sentido, conferir a crítica de PAULO BONAVIDES (in *Curso de Direito Constitucional*. p. 580. 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003), o primeiro autor nacional a dedicar capítulo específico ao tema em seu manual.

³ Registre-se que o emérito professor catedrático da Universidade de Munique é antigo conhecido dos civilistas pátrios, mormente em virtude de seu célebre *Tratado de Direito das Obrigações*.

⁴ Saliente-se também que até mesmo os estudiosos de outros ramos da ciência jurídica, como ocorre, *v.g.*, no Direito Civil, passam a enxergar seu objeto de investigação através das normas constitucionais, as quais deixam de ser “monopólio” dos constitucionalistas. Tal prática alastra-se cada vez mais, tornando-se a regra e, não mais, como outrora, a exceção.

⁵ Convém destacar que tais “novidades”, dentre as quais se incluem, por exemplo, o tão em voga princípio da proporcionalidade e a chamada “horizontalidade dos direitos fundamentais”, já há décadas eram discutidas e exploradas na doutrina alienígena, sobretudo na Europa, como se verifica, *v.g.*, no clássico *Metodologia da Ciência do Direito*, de KARL LARENZ, cuja 1ª edição surgiu em 1.960, ou ainda a mais famosa obra de ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, datada de 1.985.

⁶ Advirta-se, entretanto, que em nada adianta todo o “esforço” da “Nova Hermenêutica”, se restam tais idéias apenas no papel, sem que haja a efetiva e sincera vontade de aplicá-las por parte dos operadores do Direito. Lembre-se, por oportuno, a advertência de KONRAD HESSE, qual seja, “a

Destaca-se, nesse ponto, o resgate do papel dos princípios, outrora relegados a uma posição exegética secundária sob a denominação de “princípios gerais de direito”, reservando-se a sanar eventuais omissões da “lei” (*rectius*, das regras jurídicas), como se normas não o fossem, conforme se depreende do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil ⁷. Dessa forma, a “Nova Hermenêutica” traz à baila, no atual período pós-positivista, o verdadeiro papel dos princípios, espécies que são do gênero “normas” ⁸, consagrando sua plena eficácia jurídica, rompendo-se com o modelo doutrinário anterior, o qual negava qualquer força normativa aos princípios, sob o argumento de que estes possuiriam uma carga de fluidez e indeterminação tão altas que impossibilitariam sua própria aplicação.

Em suma, passam os princípios a serem vistos não mais como meras “exortações políticas” ao legislador infraconstitucional, ou ao administrador, destituídas de maiores conseqüências jurídicas em caso de desrespeito ao seu conteúdo.

Nessa mesma linha é a lição de PAULO BONAVIDES, a saber: “A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo da programaticidade, mediante

Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição” (in A Força Normativa da Constituição. p. 19, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1.991. Trad. Gilmar Ferreira Mendes).

⁷ (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”). Tal dispositivo demonstra claramente que os princípios não eram vistos, e ainda não o são para muitos, como dotados de normatividade própria, mas quando muito dotados de uma normatividade diferida.

⁸ Em relação à diferença entre princípios e regras, cumpre collocar a lição do jusfilósofo alemão ROBERT ALEXY, qual seja, “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Princípios são, assim, mandamentos de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em distintos graus e que a medida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras contrapostos. Em contrapartida, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então algo é permitido, e há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio” (in *Theorie der Grundrechte*. pp. 75-77. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1.996. Tradução livre a partir do original.). Em resumo, e tendo em vista os estreitos limites do presente trabalho, pode-se dizer que os conflitos (aparentes) entre regras resolvem-se no plano da validade, de acordo com os clássicos critérios hierárquico, temporal e de especialidade, enquanto que as colisões entre princípios se resolvem em uma dimensão de peso, por intermédio de um processo intelectual de ponderação, o qual, diante do caso concreto e à luz de vetores hermenêuticos específicos, em especial o princípio da proporcionalidade, determinará o peso de cada um dos princípios em colisão, afastando um e decidindo aquele que irá prevalecer naquele caso concreto, sem que, todavia, isso implique a invalidação do outro. Para um exame mais aprofundado acerca da distinção entre princípios e regras, vide a dissertação de mestrado de DANIEL SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2.002, pp. 42-48.

o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”⁹.

É com a “Nova Hermenêutica” que eclode uma verdadeira onda de inconformismo intelectual com a atual crise de valores pela qual passa a dita Sociedade de Massas, crise esta marcada pelos altos índices de criminalidade, corrupção, desagregação familiar, desemprego, em suma, marcada pela égide da desesperança, e que tem no egoísmo dos Homens a sua causa maior.

Aludido inconformismo leva a Doutrina, como já dito, a valorizar mais os direitos fundamentais, em especial aqueles que importam um *facere* do Estado¹⁰, passando-se à pauta das discussões os métodos de efetivação¹¹ de tais direitos¹².

A questão da efetivação dos direitos fundamentais deve ser vista por dois aspectos. O primeiro cinge-se às omissões legislativas, para as quais são previstos na Lei Fundamental brasileira alguns instrumentos, quais sejam, o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a controvertida argüição de descumprimento de preceito fundamental. Já um segundo aspecto refere-se à imposição, com espeque nos direitos fundamentais, de condutas ao Estado-Administração.

É justamente nesse último aspecto que se situa o objeto de estudo do presente trabalho. Muito se tem produzido nas letras jurídicas nacionais sobre o tema¹³, já se podendo constatar diversas decisões na jurisprudência encampando a tese acerca da possibilidade de imposição ao Estado de prestações positivas¹⁴, em especial no campo do fornecimento de medicamentos aos economicamente hipossuficientes.

Entretanto, um dos maiores obstáculos à possibilidade de imposição de condutas comissivas ao Poder Público, no que concerne ao campo administrativo,

⁹ *Op. cit.*, p. 286.

¹⁰ Os chamados “direitos prestacionais”, expressão esta utilizada por MARCOS MASELLI GOUVÊA para “rotular qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas portanto as prestações normativas) do Estado” (*O Controle das Omissões Administrativas - Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, p. 11, Rio de Janeiro, Forense, 2003).

¹¹ Na lição de LUIS ROBERTO BARROSO, a efetividade “significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (in *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 85, Rio de Janeiro, Renovar, 2001).

¹² Aqui vale uma ressalva, ainda que correndo o risco de se dizer o óbvio. Em verdade, o grande óbice à efetividade dos direitos sociais, em que pese à sempre alegada, embora nem tão freqüentemente comprovada, escassez de recursos econômicos, se deve a uma visão distorcida da própria função do administrador público, este que tem sua vontade política voltada para si mesmo e sua própria perpetuação no poder, e não para a concretização da vontade política maior do povo, externada pelo Constituinte Originário.

¹³ Destaque-se a obra de MARCOS MASELLI GOUVÊA, *O Controle das Omissões Administrativas - Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*.

¹⁴ Para um amplo apanhado da jurisprudência acerca do tema em tela, vide MASELLI GOUVÊA, *op. cit.*, Parte IV.

situa-se justamente na falta de previsão orçamentária apta a atender determinada ordem judicial que obrigue o ente estatal a fazer algo. Em que pese à solução advogada por alguns acerca da possibilidade de se determinar ao administrador público a iniciativa de que faça constar previsão no orçamento do exercício financeiro seguinte, previsão esta apta a atender certo comando judicial, releva salientar que, mesmo atendendo o agente público a tal ordem, haveria sempre a possibilidade de que membro do Poder Legislativo, dentro dos limites de sua independência, suprimisse tal rubrica, sem maiores conseqüências à vista de sua imunidade parlamentar ¹⁵.

Dessa sorte, o presente texto tem por escopo explorar duas, por assim dizer, “estratégias” de contribuição à efetividade, ou eficácia social, dos direitos fundamentais sociais, sem prejuízo à imposição, pela via judicial ¹⁶, de prestações positivas ao Estado. Saliente-se que tais “linhas de atuação” contam com a vantagem de a elas não se colocar o principal óbice à efetividade dos direitos sociais, qual seja, as limitações orçamentárias.

Uma primeira estratégia volta-se à impugnação de atos discricionários que importem despesas ao ente estatal quando inexistente ou notoriamente deficientes as políticas públicas de atendimento aos deveres fundamentais prestacionais do Estado.

Já uma segunda cinge-se à aplicação do chamado princípio da “proibição de retrocesso social” à seara administrativa, impedindo que a Administração Pública simplesmente extinga determinada política pública apta a efetivar direitos fundamentais sem outra colocar em seu lugar.

Avise-se, por oportuno, que as teses aqui defendidas, as quais vêm ganhando cada vez mais espaço não só na doutrina, mas também na jurisprudência, não colimam autorizar um “Governo de Juizes”, mas sim demonstrar os balizamentos, já estabelecidos pelo Constituinte Originário, dentro dos quais deve ser exercida a discricionariedade administrativa.

Em suma, não se pretende a substituição do Executivo pelo Judiciário, mas, tão-somente, demonstrar os espaços constitucionais em que este último Poder pode agir para compelir aquele primeiro a respeitar a vontade política do Constituinte Originário, zelando-se para que a Lei Maior não se transforme em mero “pedaço de papel”, na expressão de FERDINAND LASSALE ¹⁷, e incapaz de aproximar o tanto quanto possível o dever-ser normativo (*sollen*) do ser (*sein*).

¹⁵ Obviamente, isto nos casos em que aja o representante popular no Legislativo em estrita consonância com sua independência, não se incluindo aqui os casos em que sua atuação ocorre em função de fatores externos não acobertados por tal imunidade, tais como o recebimento de vantagem patrimonial ilícita *etc...*

¹⁶ Ou até mesmo pela via extrajudicial, por intermédio de termos de ajustamento de condutas e recomendações.

¹⁷ Nesse sentido, *vide* HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 9.

Para tanto, desempenha função de extrema importância a teoria dos direitos fundamentais, a qual, conforme conclui MASELLI GOUVÊA, “*determina a prioridade das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público*”¹⁸.

II. Os Direitos Fundamentais como Epicentro do ordenamento jurídico-constitucional

Os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” usualmente são utilizados de forma indiscriminada, como se sinônimos fossem¹⁹, malgrado possuam tais conceitos linhas comuns, não se confundindo, por conseguinte.

Ensina P. BONAVIDES²⁰ que este último termo, “direitos humanos” ou “direitos do homem”, costuma ser mais empregado por autores anglo-saxões e latinos, enquanto que a expressão “direitos fundamentais” é de uso mais corrente entre os publicistas germânicos.

Por seu turno, ensina J. J. GOMES CANOTILHO²¹ que as “*expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta*”.

Em verdade, ao nosso sentir, em que pese ao uso indistinto das terminologias em comento e à estreita ligação entre tais conceitos, o termo “direitos humanos” reserva-se ao campo histórico e filosófico, enquanto que a terminologia “direitos fundamentais” resta reservada ao discurso jurídico²².

A problemática dos “direitos do homem”, e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, tem sido objeto de preocupações ao longo da História, desde a Antiguidade até os nossos dias, ressaltando-se a contribuição do Cristianismo²³,

¹⁸ *Op. cit.*, p. 400.

¹⁹ Como o faz, por exemplo, FERNANDO HERRERO-TEJEDOR (*Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2ª ed., p. 61. Editorial Colex, Madrid, 1994).

²⁰ *Op. cit.*, p. 560.

²¹ *In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 359. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.

²² Em sentido semelhante, ensina ANTONIO PEREZ LUÑO: “*Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Em tanto que com la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de tutela reforzada (apud ANA MARIA D’ÁVILA LOPES, Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001, pp. 41 e 42).*”

²³ Conforme ressalta o constitucionalista português JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “*O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, depois de S.*”

e passando-se pelo Iluminismo, momento de ruptura, nascendo nesse instante a moderna concepção acerca dos direitos humanos centralizados na crença da razão como força emancipatória do Homem, este que passa a ser o epicentro da ordem jurídica.

O que se verifica aqui, em verdade, é um reflexo da eterna busca humana pelo “bem comum”²⁴, noção fluida, de difícil definição, a qual se sente, mas não se define com precisão, e que tem o valor “justiça” como norte.

Em resumo, podemos definir os direitos fundamentais como direitos humanos positivados e inseridos na categoria de direitos subjetivos, ou melhor, “*aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais*” e cujo fim almejado é “*criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana*”, conforme ensina PAULO BONAVIDES²⁵, amparado na doutrina do constitucionalista tedesco KONRAD HESSE.

Constituem, assim, os direitos fundamentais, como manto protetor que são da própria dignidade humana, o epicentro de toda a ordem jurídica, fundamento da própria existência do Estado, enquanto ordem em contraposição ao caos de uma Sociedade desregrada²⁶.

Nesse diapasão, comumente tem a doutrina especializada comentado a existência de uma dimensão dupla dos direitos fundamentais, isto é, uma face subjetiva ou individual, e outra objetiva ou comunitária.

Significa esta dupla dimensão que os “*preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições*

Tomás e com a poderosa influência escolástica. O homem é e todos os homens são filhos de Deus, iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura. Por outro lado, o homem não é uma qualquer criatura, participa do divino através da Razão, a qual, iluminada e completada pela Fé (...) lhe indicia o caminho a seguir. A distinção entre o Bem e o Mal era assim acessível ao homem, que podia conhecer o Direito Natural, anterior e superior ao poder temporal – a Lei divina que governava o Universo... O Cristianismo, para além das idéias de igual dignidade do género humano e do carácter indisponível dessa dignidade, mesmo pelo próprio, trouxe as idéias de cada indivíduo como ser único e do amor ao próximo, de modo que se pode dizer que marcou decisivamente a origem dos direitos fundamentais, tais como se manifestam na nossa cultura” (in Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2001. p. 15).

²⁴Essa noção de “bem comum”, lembremos, muitas vezes foi, na História, corrompida e usada como base de discursos que implicaram o cometimento de inúmeras barbáries, como as crueldades de Robespierre durante a Revolução Francesa, ou, mais recentemente, o horror do nazismo e o do regime stalinista. Os exemplos são muitos e há sempre de se atentar à advertência do jusfilósofo GIORGIO DEL VECCHIO, qual seja, “*Sem dúvida, um certo espírito crítico, e principalmente auto-crítico, é sempre necessário nesta matéria; mas não deve esquecer-se que o espírito revolucionário não poucas vezes também tem abusado do nome sagrado da justiça para encobrir as mais impuras paixões e os mais inconfessáveis interesses*” (in *Lições de Filosofia do Direito*, p. 587, Coimbra, Arménio Amado, 1979).

²⁵Op. cit., p. 560.

²⁶Registre-se a existência, segundo BOBBIO (apud ANA MARIA D'ÁVILA LOPES, op. cit., p. 97) de três correntes quanto ao fundamento dos direitos fundamentais. Uma primeira, que os considera como uma verdade em si mesma; uma segunda, que enxerga a base dos direitos fundamentais na própria dignidade humana e, ainda, uma terceira, para a seriam os direitos fundamentais produtos de um consenso geral.

jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual. Por outro lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação da vida social”, conforme ensina J. C. VIEIRA DE ANDRADE ²⁷.

III. As Diversas “Gerações” ²⁸ de Direitos Fundamentais

Conforme ensina PAULO BONAVIDES, “o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade” ²⁹.

Dessa sorte, em um primeiro momento histórico marcado pelo liberalismo, se verifica o surgimento e o desenvolvimento da primeira geração dos direitos fundamentais, estes ligados à idéia de defesa contra o poder estatal, veiculando uma premissa de abstenção do Estado em praticar determinados atos ³⁰.

Ligam-se, assim, os direitos fundamentais de primeira geração ao ideal de liberdade, sendo “por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual” ³¹.

Já a dita segunda geração de direitos fundamentais se desenvolve doutrinariamente no século passado, remetendo-se ao ideário de igualdade, germinando inicialmente em um ambiente de repulsa à ideologia liberal que dominou o século XIX, e a qual todos igualava perante a lei, independentemente das desigualdades individuais existentes.

Demandam tais direitos um *facere* do Estado, em contrapartida à abstenção dos direitos fundamentais de primeira geração. São os ditos direitos “sociais, econômicos e culturais”.

Releva registrar que os direitos fundamentais de 2ª geração não constituem uma categoria de todo distinta dos de 1ª geração, estando tais “gerações” de direitos fundamentais intimamente interligadas.

²⁷ *Op. cit.*, p. 111.

²⁸ Embora criticado o termo “gerações”, tem este fim especificamente didático ao situar historicamente o desenvolvimento dos direitos fundamentais, encontrando-se tais “espécies” íntima e indissociavelmente ligadas.

²⁹ *Op. cit.*, p. 562.

³⁰ Ou, de acordo com a lição de GUILHERME PEÑA DE MORAES, os direitos fundamentais de primeira geração “(...) são caracterizados pelo estabelecimento, relativamente ao Estado, de um dever de abstenção, isto é, são direitos asseguradores de uma esfera de ação pessoal própria, inibidora da ação estatal, de modo que o Estado os satisfaz por um abster-se ou não atuar” (in *Dos Direitos Fundamentais - Contribuição para uma Teoria*, p. 70. São Paulo, LTr., 1.997).

³¹ PAULO BONAVIDES. *Op. cit.*, p. 564.

Realmente, embora chamados de “sociais” e tendo sempre sua dimensão coletiva destacada, tais direitos também possuem um núcleo essencial mínimo, o qual, quando desrespeitado, acarreta violação à dignidade do Homem, em especial a daqueles economicamente hipossuficientes, e que têm um maior grau de dependência com o Estado.

Ainda que os direitos sociais tenham tido seu conceito delineado sob a égide do Estado do Bem-Estar Social, cuja lógica é por demais distinta da que informou o Estado Liberal Clássico, existe uma interação, como já dito, entre os direitos fundamentais de ambas as gerações, os quais, por evidente, não se excluem, porém antes se complementam.

Para tanto, basta pensar na liberdade de expressão intimamente ligada ao direito à educação, sem o qual o indivíduo analfabeto não pode exercer aquele primeiro direito em sua totalidade.

Dessa sorte, necessário se faz ao Estado privilegiar os direitos fundamentais de 2ª geração em seu programa político, como o determinou o Constituinte Originário, possibilitando, por conseguinte, o próprio exercício dos direitos fundamentais de 1ª geração, pois, só assim, poder-se-á pensar em uma Sociedade plural e respeitadora da dignidade humana.

Em seguida, encontram-se os direitos de terceira geração, que remetem à idéia de fraternidade, tratando-se de direitos compartilhados pela comunidade em geral, de fundo metaindividual, *id est*, os titulares são indeterminados, pois todos detêm tal titularidade, ainda que não seja possível se estabelecer qualquer cota-parte de tais direitos. Nessa categoria se inserem, *v. g.*, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao patrimônio histórico-cultural, o direito à comunicação *etc.*

Ao comentar os direitos fundamentais de terceira geração, explica o mestre PAULO BONAVIDES que “*um novo pólo jurídico de alforria se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (...) Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade*”³².

Há, por fim, autores que apontam para uma “quarta” geração de direitos fundamentais, como o constitucionalista tantas vezes citado PAULO BONAVIDES³³, e do qual ousamos discordar, entendendo que os exemplos geralmente apontados (direito à informação, à democracia *etc.*) encontram guarida nas “gerações” anteriormente analisadas, mormente na terceira.

³² *Op. cit.*, p. 569.

³³ *Cf. op. cit.*, pp. 570-572.

IV. Os Princípios ou Vetores Constitucionais Hermenêuticos Básicos

Antes de passarmos aos itens seguintes do presente trabalho, convém, ainda que brevemente, estabelecer as bases interpretativas que servem de guia ao raciocínio ora desenvolvido.

Com efeito, qualquer debate sobre direitos fundamentais funda-se em princípios ou vetores³⁴ hermenêuticos derivados da própria Lei Fundamental³⁵, fazendo-se imperioso apresentar os mais pertinentes ao presente estudo³⁶, sendo que tal “catálogo” foi desenvolvido, conforme ensina J. J. GOMES CANOTILHO, “a partir de uma postura metódica hermenêutica-concretizante”³⁷, e que visa a efetivar a própria Constituição e suas normas.

O primeiro vetor a ser apontado é o chamado “Princípio da Força Normativa da Constituição”³⁸, que tem por esboço a idéia de primazia da Constituição, e pelo qual qualquer norma constitucional deve ser interpretada de modo a possibilitar sua máxima eficácia social³⁹, ou, como diz J. J. GOMES CANOTILHO, “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”⁴⁰.

Já o “Princípio da Interpretação Conforme a Constituição” consiste, para JORGE MIRANDA, em um “procedimento ou regra própria da fiscalização da constitucionalidade que se justifica em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos”⁴¹.

³⁴ Os princípios de interpretação distinguem-se dos princípios que veiculam direitos fundamentais, servindo para guiar a aplicação destes últimos, inclusive nas hipóteses de colisão, daí a razão pela qual preferimos a expressão “vetor”, ou, ainda, “máxima”, o que não significa que não possuam normatividade própria. Vale lembrar, ainda, que muitos desses “princípios hermenêuticos” não estão previstos de forma expressa na Constituição, porém decorrem da própria lógica do sistema.

³⁵ Ou não, daí porque a “resistência” de diversos doutrinadores em reconhecerem a efetividade dos direitos fundamentais que imponham condutas comissivas ao Estado, sempre se abraçando em uma concepção, *data venia*, deturpada da chamada “Separação de Poderes, e que leva à conclusão de que apenas o Executivo e o Legislativo estão autorizados a tornar reais as metas delineadas pelo Constituinte Originário, nada podendo o Judiciário fazer caso os representantes de tais poderes não possuam a “vontade de constituição” mencionada por HESSE (*vide* nota 5), colocando sua vontade política acima de tudo.

³⁶ Há, em verdade, uma série de denominações distintas para os mesmos princípios.

³⁷ *Op. cit.*, p. 1.096.

³⁸ Logicamente ligado ao “Princípio da Máxima Efetividade”.

³⁹ Aliás, destaque-se que, em se tratando de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, por vontade do Constituinte Originário, devidamente consubstanciada no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, sua aplicabilidade é imediata, nesse sentido devendo se orientar o Estado.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 1.099.

⁴¹ *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. p. 232. Coimbra, Coimbra Ed., 1.983.

No entanto, mais do que técnica utilizada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, trata-se, indubitavelmente, de vetor hermenêutico que, em havendo mais de uma interpretação possível, deverá ser escolhida pelo intérprete aquela que melhor se amolde à vontade do Constituinte. Deve-se, ainda, ressaltar que a solução exegética correta não é apenas uma das possíveis soluções em consonância com a Lei Maior, mas sim aquela que possibilite a maior efetividade possível da Constituição, devendo este princípio ser conjugado com os demais vetores hermenêuticos, mormente o da força normativa.

Oportuno salientar também que tal princípio, assim como os demais princípios de interpretação, levam o intérprete a adotar a Constituição como ponto de partida para a exegese de qualquer norma infraconstitucional, ou seja, uma espécie de “filtragem constitucional”⁴² das normas ordinárias, com o intuito de se extrair delas resultados que contribuam para a máxima efetividade da Lei Maior.

De outra banda, o “Princípio da Unidade da Constituição”, intimamente ligado ao princípio do efeito integrador, constitui a projeção em sede constitucional da própria idéia de sistema⁴³, ou, em outras palavras, deve-se interpretar a Constituição como um todo unitário, sem divisões estanques, de forma a evitar antinomias e a “harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”⁴⁴.

Cumprе mencionar, ainda, o *Princípio da Vedação ou Proibição ao Retrocesso*, o qual desempenha papel de suma importância para a própria efetividade dos direitos fundamentais e também no presente estudo. Liga-se tal vetor hermenêutico, em verdade, à problemática da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, e decorre da própria cláusula do Estado Democrático de Direito, cujo objetivo primordial reside na máxima proteção e eficácia da dignidade do Homem.

Mais uma vez, nos auxiliando da autorizada lição de J. J. GOMES CANOTILHO, registramos que a “*idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente*

⁴² Para uma análise mais aprofundada da chamada “filtragem constitucional”, vide a obra homônima de PAULO RICARDO SCHIER (*Filtragem Constitucional – Construindo Uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1.999).

⁴³ Vale colacionar que, conforme ensina CLAUS-WILHELM CANARIS, o “(...) papel do conceito de sistema é (...) o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica” (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1.989. p. 23).

⁴⁴ CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 1.097.

garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado"⁴⁵

Dessa sorte, o princípio da vedação ou da proibição do retrocesso veicula a idéia de que o legislador infraconstitucional, ao seguir a vontade do Constituinte Originário, efetivando os direitos fundamentais sociais, não pode retornar em tal caminho.

Convém registrar, todavia, que tal vedação não pode ser vislumbrada, até mesmo em função de fatos econômicos, como absoluta, sob pena, até mesmo, de se aniquilar qualquer autonomia legislativa, já que um Parlamento formado posteriormente pode ter uma visão distinta sobre como tornar eficaz os direitos fundamentais sociais. O limite para o legislador infraconstitucional, saliente-se, encontra-se justamente no núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual não pode ser esvaziado.

Em outros termos, a atividade legiferante pode desencadear, desde que respeitada também a devida proporcionalidade⁴⁶, mudanças na eficácia do comando constitucional referente a direitos fundamentais, mas desde que respeite o núcleo essencial dos direitos fundamentais⁴⁷, o que implica afirmar ser defeso

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 320 e 321.

⁴⁶ Em relação ao princípio da proporcionalidade, ensina J. J. GOMES CANOTILHO que: "Nos tempos mais recentes tende-se a reforçar a metódica do controlo do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). Talvez seja mais correcto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controlo conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos. O controlo metódico da desigualdade de tratamento terá de testar: - a legitimidade do fim do tratamento desigualitário; - a adequação e necessidade deste tratamento para a prossecução do fim; - a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter). Noutros termos: é o tratamento desigual adequado e exigível para alcançar um determinado fim? Este fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em sentido normativo?" (*Op. cit.*, pp. 1.162 e 1.163). Já para ROBERT ALEXI, o princípio da proporcionalidade não se resume ao cotejo com o princípio da igualdade, decorrendo da estrutura lógica de toda norma jurídica classificada como princípio ("Já se há afirmado que entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade há uma relação. Esta relação é muito íntima, quase igual: o carácter principiológico implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquele. Implicar o carácter principiológico no princípio da proporcionalidade significa que o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios (...) decorre do carácter principiológico da norma (...). O Tribunal Constitucional Federal já disse, de forma um tanto obscura, que o princípio da proporcionalidade decorre 'no fundo da essência dos direitos fundamentais'" (*Op. cit.*, p. 100. Tradução livre do autor a partir do original).

⁴⁷ Ou, como observa ANA PAULA DE BARCELLOS, "Imagine-se, entretanto, que haja norma infraconstitucional regulamentando o princípio constitucional, de modo que ele possa enfim aplicar-se diretamente ao mundo dos fatos. Poderá o legislador simplesmente revogá-la sem criar qualquer outro mecanismo substitutivo, deixando um vazio no lugar da norma anteriormente existente? Ou seja: poderá o legislador dar um passo atrás em relação aos objetivos constitucionais? Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que o novo Legislativo entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente (...)", *A Eficácia Jurídica dos Princípios*

ao legislador ordinário deixar um “vácuo” jurídico” no lugar da norma infraconstitucional revogada⁴⁸, representando tal conduta ilícito constitucional.

A questão que surge nesse ponto é se determinar o conceito de núcleo essencial de um direito fundamental, conceito este que funciona como uma “fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser ‘invadido’ por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional”⁴⁹.

Em linhas gerais, pode-se conceituar o núcleo essencial dos direitos fundamentais como a eficácia (jurídica) mínima apta a moldar a realidade por intermédio do dever-ser normativo e sem a qual a norma constitucional de direito fundamental torna-se um verdadeiro “nada jurídico”.

Tal conceituação, por conseguinte, demonstra nossa adesão às teorias absolutas acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelas quais o conteúdo essencial “consistiria num núcleo fundamental, determinável em abstracto, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar realmente de existir”.^{50 51}

V. A Discricionariedade Administrativa e seus Limites – A Problemática do Interesse Público Primário

A par da atividade legislativa ordinária, extremamente importante para o desenvolvimento da efetividade dos direitos fundamentais sociais, se encontra a atividade do Estado-Administração, o qual, por intermédio de políticas públicas, contribui, de forma decisiva, para a eficácia real de tais direitos.

Um dos grandes obstáculos, entretanto, à plena eficácia dos direitos sociais, com o conseqüente abandono do velho dogma de sua estrita natureza de “exortações políticas” (*rectius*, programaticidade), tem sido, e mais uma vez nos socorremos da feliz expressão do constitucionalista germânico KONRAD HESSE⁵²,

Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. p. 70. Rio de Janeiro - São Paulo, Renovar, 2002.

⁴⁸ Isso ressalvados os casos extremos, como na hipótese de calamidade pública que acarretasse queda brusca na arrecadação tributária, caso em que tal “vácuo jurídico”, dentro dos limites da “reserva do possível”, se mostra como a única maneira de se proteger outros direitos fundamentais mais importantes em um dado momento, de acordo com uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade.

⁴⁹ ANA MARIA D’ÁVILA LOPES. *Op. cit.*, p. 188.

⁵⁰ J. C. VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 294.

⁵¹ Por exemplo, proibir o acesso da imprensa aos autos de um determinado processo viola a liberdade de imprensa e o próprio direito fundamental à informação? Parece que não, em sendo a exceção, e não a regra, e observado o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios. Pense-se no sigilo decretado e necessário à preservação da intimidade das partes no que tange a certas questões discutidas judicialmente e cuja divulgação poderia implicar danos irreversíveis e nefastos à dignidade das partes).

⁵² *Idé* nota 5.

a falta de “vontade de constituição” dos Administradores Públicos, em geral, mais preocupados com seus próprios interesses políticos, os quais raramente detêm identidade com a vontade do Constituinte Originário. Para tanto, buscam se escudar sob o mito da “discricionariedade administrativa”, acusando qualquer reação à sua inércia inconstitucional - mormente quando oriunda de demandas postas sob a cognição do Judiciário, guardião maior da Constituição - de violadora do mérito administrativo e, por conseguinte, da própria separação dos Poderes.

Tais reações não encerram invasão ao mérito administrativo, como constantemente apregoadado. A pedra de toque aqui consiste justamente em identificar-se, de acordo com os parâmetros traçados pelo Constituinte Originário, os limites em que pode ser exercida a discricionariedade administrativa, principalmente no que concerne às políticas públicas voltadas à efetividade dos direitos fundamentais.

Conforme é cediço, o ato administrativo, como emanção do poder estatal, é usualmente classificado, entre as diversas classificações doutrinárias, em duas espécies, os vinculados e os discricionários.

Os atos vinculados, na autorizada lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “*seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma*”⁵³, não havendo aqui de se falar em mérito administrativo⁵⁴.

De outro lado, segundo o *supra* aludido autor, os chamados “atos administrativos discricionários”, ao revés, “*seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*”⁵⁵, valendo frisar que, no que tange ao elemento “finalidade” do ato administrativo, não há, como costuma apregoar a doutrina, qualquer discricionariedade, eis que tal elemento, em sentido lato, deve sempre ser o “interesse público”.

Em resumo, no tocante aos atos administrativos vinculados não teria o administrador qualquer liberdade de escolha, enquanto que, em relação aos discricionários, haveria uma certa liberdade concedida ao titular do ente estatal para, dentro de um juízo seu de conveniência e oportunidade, agir, sempre voltado para o interesse público.

⁵³ Curso de Direito Administrativo. 14ª ed., p. 380. São Paulo, Malheiros, 2003.

⁵⁴ Segundo o mestre JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado” (Manual de Direito Administrativo. 1ª ed., p. 86, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997).

⁵⁵ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Op. cit.*, p. 380.

O que se constata é que o conceito de “interesse público”, em virtude de seu alto grau de fluidez, tem sido considerado, pelos próprios administradores públicos, e por parte da doutrina mais, digamos, “conservadora”, como passível de ser estabelecido e delineado com exclusividade pela própria Administração, rechaçando-se, como já mencionado, qualquer possibilidade de intervenção do Judiciário, esquecendo-se, adredemente ou não, que, conforme leciona EMERSON GARCIA “(...) o administrador não pode utilizar-se dos ‘poderes’ que lhe são outorgados pela lei ao seu bel-prazer (...)”, pois “esses poderes, que melhor se enquadram sob a epígrafe ‘poderes-deveres’, são meros instrumentos utilizados para se atingir o fim que é peculiar à própria existência do Estado, o bem de todos”⁵⁶

As primeiras, por assim dizer, “reações” à insindicabilidade do mérito administrativo, ainda no âmbito exclusivo do próprio direito administrativo, se identificam com o surgimento das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, sem olvidarmos o próprio princípio da proporcionalidade⁵⁷.

Na realidade, na medida em que todo e qualquer ato administrativo deve se dirigir à satisfação do interesse público, aqui identificado como sendo o “bem comum”, essência do próprio Estado Democrático de Direito, não será possível se falar em discricionariedade absoluta a cargo do administrador, o qual deve se pautar nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Não restam muitas controvérsias quanto às hipóteses em que, de forma objetiva e indubitável, apresentar-se-á apenas uma possibilidade de conduta. A grande problemática reside nos casos em que mais de uma solução é vislumbrada, hipótese em que haverá de se confrontar as diversas alternativas disponíveis com os princípios regentes da atividade administrativa estatal (razoabilidade, moralidade, efetividade etc...), e que apontam não somente para a boa administração, mas também para a melhor administração.

Nesses últimos casos, poderá o Judiciário verificar a adequação da solução escolhida com o próprio sistema jurídico, impedindo soluções que não sejam as mais adequadas, mas sem apresentar, por si só, uma outra solução, pois não lhe cabe administrar, e, sim, podar os atos em desacordo com o ordenamento constitucional.

Deixando de lado, por escapar ao presente objeto de estudo, os atos administrativos internos⁵⁸ e os externos que não possuam relevância sócio-

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 243.

⁵⁷ Ensina EMERSON GARCIA que “Na França, de forma explícita ou implícita, há muito o princípio é utilizado pelo Conselho de Estado na valoração dos atos originários do exercício do denominado poder discricionário (*pouvoir discrétionnaire*), apresentando-se como importante subsídio na atividade de controle do excesso de poder (*détournement du pouvoir*). Tal se dá como a identificação das situações em que tenha ocorrido erro manifesto de apreciação e com a utilização da técnica do *Bilan Coût-Avantages* (contabilização dos custos e benefícios), importando este último em um verdadeiro exercício de ponderação de valores” (*Op. cit.*, p. 53).

⁵⁸ Por atos internos, entenda-se “os que produzem seus efeitos apenas no interior da administração”, conforme a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Op. cit.*, p. 377).

coletiva⁵⁹, e voltando nossas preocupações àqueles atos administrativos que buscam atender aos direitos fundamentais que encerram em si um *facere* estatal, e que podem ser colocados sob a rubrica “políticas públicas”, cumpre destacar que o que deve pautar sempre o administrador são as prioridades elencadas no texto constitucional (educação fundamental, saúde básica, proteção à criança e ao adolescente, o amparo aos idosos *etc...*)⁶⁰ pelo Constituinte Originário, antes de passar a outras prioridades.

As primeiras prioridades mencionadas, e que consistem justamente nos direitos fundamentais, os quais, como já frisado, constituem o epicentro do Ordenamento Jurídico-Constitucional, compõem o chamado “*interesse público primário*”⁶¹, em contraposição ao “*interesse público secundário*”, o qual se identifica com as “outras prioridades” aludidas no parágrafo anterior e mais condizentes com as motivações estritamente políticas dos administradores públicos.

Portanto, o conceito de interesse público reside justamente nos direitos fundamentais e na sua efetividade. É para esta que deve se voltar a atividade administrativa estatal no campo das políticas públicas.

É óbvio que a escolha de como se atingir tais metas cabe ao administrador, e justamente nesse ponto residiria alguma discricionariedade.

No entanto, ao não atender tais metas minimamente, seja por não adotar qualquer política pública de efetividade dos direitos fundamentais, seja por adotar políticas claramente deficitárias, privilegiando outras metas que não as constitucionalmente estabelecidas⁶², poderá incidir controle jurisdicional, preservando-se a própria força normativa da Constituição.

⁵⁹ Tendo-se por tal conceito aqueles atos administrativos que, produzindo efeitos sobre terceiros (*e.g.* admissão, licença *etc...*), por sua disponibilidade, não tem relevância social, ainda que detenham certa conexão com o próprio direito de liberdade (econômica, de manifestação cultural *etc...*).

⁶⁰ Como se esperar o desenvolvimento de um país que não investe em educação; abandona seu futuro ao não priorizar a proteção da criança e do adolescente; e renega o seu próprio passado ao deixar ao desamparo seus idosos?

⁶¹ Ensina HUGO NIGRO MAZZILLI, amparado na lição de RENATO ALESSI, que, como “o *interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade*, RENATO ALESSI entendeu oportuno distinguir o *interesse público primário (o do bem geral) do interesse público secundário (o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público)*; com efeito, em suas decisões, nem sempre o governante atende ao real interesse da comunidade. O *interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)*”, in *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14ª ed., p. 43. São Paulo, Saraiva, 2002.

⁶² Merece registro que, em havendo divergência sobre se uma determinada, é constitucionalmente prioritária, a decisão final será do Poder Judiciário, guardião da Constituição da República, não funcionando, portanto, tal divergência como óbice à sindicabilidade das políticas públicas sociais.

VI. O Controle Jurisdicional da Omissão da Administração Pública em Efetivar o Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais – A Vedação a Políticas Públicas Desconformes com a Constituição da República e a Aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social à Seara Administrativa

Conforme registrado na parte introdutória, sem olvidar ou colocar em segundo plano a imposição, pela via judicial, de prestações positivas ao Estado, com fundamento nos direitos fundamentais, mormente nos ditos sociais, até mesmo porque tal via produz efeitos em prazo mais abreviado, o objetivo do presente estudo cinge-se à exploração de duas outras “estratégias”⁶³ aptas a contribuir para a eficácia real dos direitos fundamentais prestacionais, afastando-se as conseqüências deletérias da inércia ou desobediência do administrador público em seguir as prioridades estabelecidas pelo Constituinte Originário.

Tais estratagemas são, conforme já salientado, a impugnação de políticas públicas voltadas a outras prioridades, que não as constitucionalmente traçadas, quando inexistentes ou notoriamente deficientes as políticas públicas de atendimento aos deveres fundamentais do Estado; e a aplicação do princípio da “proibição de retrocesso social” à seara administrativa, impedindo que a Administração Pública simplesmente extinga determinada política pública constitucionalmente prioritária sem outra pôr em seu lugar.

Em relação à primeira “estratégia”, esta consiste justamente em, ao se identificar políticas públicas dissociadas das prioridades constitucionais, políticas estas, em sua esmagadora maioria, com fins nitidamente demagógicos e eleitoreiros, e não havendo outras voltadas à efetivação social dos direitos fundamentais, ou, ainda, quando existentes, flagrantemente deficitárias, impugnar tais atos administrativos “discricionários” pela via jurisdicional, tudo, como já destacado, sem prejuízo à adoção de medidas judiciais, ou até mesmo extrajudiciais⁶⁴, visando compelir o Estado a cumprir com seus deveres fundamentais.

Por exemplo, imagine-se que, em um determinado Estado, o titular do Poder Executivo local decida criar um “salão de beleza popular”, no qual todos os interessados pudessem cortar o cabelo, fazer as unhas *etc*, tudo a custo irrisório, arcando o erário com os subsídios necessários a complementar os gastos com tal “projeto social”.

⁶³ De se observar que tais “estratégias”, assim como a imposição, com base nos direitos fundamentais prestacionais, de condutas ao Estado encontram como principal instrumento processual a ação civil pública, usualmente manejada pelo Ministério Público, em que pese à existência de outros legitimados extraordinários, e que possibilita o acesso à função jurisdicional (CR/88, art. 5º, inc. XXXV), a um só tempo, de toda a Sociedade.

⁶⁴ Como, por exemplo, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Leve-se em conta a situação caótica em tal Estado, no qual este falta com o seu dever fundamental de prestar educação, existindo escolas públicas com alunos do ensino fundamental sem professores de determinadas matérias, como matemática, geografia, há meses, ou, em alguns casos, há anos, com os graves e deletérios prejuízos ao corpo discente daí advindos.

E, mais, que em tal Estado a situação dos hospitais públicos se encontrasse caótica, com falta de médicos, de equipamentos, de remédios *etc.*

Não resta dúvida que a política pública apontada consistente em subsídios estatais a “salão de beleza popular”⁶⁵, por totalmente absurda e divorciada de qualquer razoabilidade - a menos que se entenda que a vaidade atende mais à dignidade humana do que o direito à educação ou o direito à saúde - não pode persistir, devendo ser impugnada pela via jurisdicional, e, principalmente, por estar inserida em um contexto fático de flagrante inexistência ou falha de políticas públicas aptas a atenderem às prioridades constitucionais⁶⁶.

Já em relação ao segundo estratagema apontado, qual seja, a aplicação à seara administrativa do princípio de proibição ou vedação ao retrocesso social, este se justifica na medida em que se constata a prevalência do interesse público secundário sobre o interesse público primário em hipóteses, principalmente, de mudança na titularidade do Poder Público, ou em cenários de escassez de recursos econômicos, nos quais se realiza remanejamento de verbas de áreas constitucionalmente prioritárias para áreas não prioritárias (para o Constituinte Originário, diga-se), ou, ainda, na conjugação de tais hipóteses.

Em outros termos, é bastante usual que um novo administrador público, por conveniências exclusivamente políticas - seja para desvincular o sucesso de dada política pública ao nome de seu antecessor, seja para simplesmente usar os recursos de tais políticas públicas para outros fins associados aos seus interesses políticos (interesse público secundário), porém divorciados das prioridades constitucionais (interesse público primário) - extinga políticas públicas sem nada colocar em seu lugar.

Como já anteriormente afirmado, no item IV deste trabalho, a vedação ao retrocesso social não pode ser entendida de forma absoluta, sendo, contudo, correto - observado como limite o núcleo essencial do direito fundamental afetado, conjugando-se tal limite com o próprio princípio da proporcionalidade - concluir-se pela possibilidade de impugnar-se judicialmente qualquer ato que extinga políticas públicas, deixando um vácuo em seu lugar, ou mesmo criando, de forma desproporcional, outra política que, em menor grau, atenda a determinada prioridade constitucional, apenas para se possibilitar outras políticas

⁶⁵ A um leitor mais desavisado o exemplo pode até soar absurdo em si mesmo, porém, e infelizmente, é real e recentíssimo, tendo por cenário o Estado do Rio de Janeiro.

⁶⁶ Registre-se que, se todas as prioridades constitucionais (saúde, educação, segurança *etc.*) estivessem adequadamente respeitadas, isto é, no mais perfeito dos mundos, poder-se-ia, até mesmo, se aceitar tal “política social”.

não constitucionalmente prioritárias, como a construção de “salões de beleza popular”⁶⁷.

A estratégia da aplicação do princípio da vedação ou proibição ao retrocesso social às denominadas “políticas públicas” pode e deve ser usada conjuntamente com a imposição judicial de condutas ao Estado e com a impugnação às políticas públicas não prioritárias em termos constitucionais.

VII. A Título de Conclusão e uma Advertência

Em conclusão, podemos afirmar que o singelo estudo que ora se apresenta à crítica da comunidade jurídica em geral, teve por desiderato contribuir - com base na chamada “Nova Hermenêutica” - para uma recente postura doutrinária de conferir real eficácia aos direitos fundamentais sociais, abandonando, dessa maneira, visão conservadora que, em tais normas, enxergava meras exortações políticas ao legislador ordinário e ao administrador público.

Assim, buscou-se, após breve análise do papel emancipador desempenhado pela teoria dos direitos fundamentais, das gerações de tais direitos, e de alguns dos vetores hermenêuticos constitucionais, focalizar o tormentoso tema do controle judicial do mérito administrativo, explorando-se o conceito de “interesse público”, distinguindo-se, nesse ponto, o primário do secundário, para, em seguida, demonstrar que a discricionariedade administrativa, inserida em um contexto constitucional centrado na dignidade humana, não existe como um fim apto a albergar e escudar interesses dissociados da vontade política do Constituinte Originário.

Dessa forma, restaram identificadas nos direitos fundamentais, mormente nos sociais, as metas elencadas pela Assembléia Constituinte, ao promulgar a atual Lei Fundamental, como prioritárias, demonstrando-se que a estas prioridades corresponde o interesse público primário, exercendo o papel de ponto-limite à discricionariedade do administrador público, que tem o dever, sob pena de incorrer em grave ilícito constitucional, de atender tal vontade.

Em outros termos, colimou-se provar que, embora haja certa discricionariedade administrativa no que tange às formas de atender às

⁶⁷ Possibilidade interessante ocorreria uando se extinguisse determinada política pública constitucionalmente prioritária para se atender outra também igualmente prioritária. Ou, ainda, se ocorresse a extinção de política pública prioritária, para também se atender outra política prioritária, mas, dessa feita, sem criar um vácuo, ou seja, criando-se política para substituir a extinta, ainda que esta nova política atendesse, em menor grau, à prioridade constitucional. No primeiro caso, entendemos que não seria possível a completa extinção, mesmo que para atender a outro direito fundamental. Dever-se-ia, sim, buscar solução intermediária, haja vista a impossibilidade de se ignorar o núcleo essencial de dado direito fundamental, criando-se, por conseguinte, nova política em seu lugar, ainda que inferior. Já no segundo caso, ainda que possível, haveria de ser, à luz do caso concreto, observado o princípio da proporcionalidade, ocorrendo uma ponderação de bens, e, não havendo violação ao referido princípio, estar-se-ia diante de discricionariedade do administrador. Registre-se que, de qualquer modo, a questão poderá ser ventilada em sede jurisdicional, possibilitando que o Poder Judiciário, guardião maior da

prioridades constitucionais, tal “liberdade” do administrador não o autoriza a desviar-se do caminho de priorização da dignidade humana traçado pelo Constituinte Originário, visando atender aos seus próprios interesses políticos, nem a agir de forma desidiosa. Não existe, neste ponto, qualquer “redoma” intransponível e impeditiva da análise e do debate pelo outros Poderes, e também pelo Ministério Público, acerca da obediência às metas constitucionais.

Traçou-se, de outra banda, outras estratégias de atuação – a impugnação judicial a políticas públicas não prioritárias quando inexistentes ou, quando existentes, deficitárias as políticas públicas destinadas a atender às metas constitucionais; e a aplicação do princípio da proibição ou da vedação ao retrocesso social à seara administrativa, apontando o núcleo essencial dos direitos fundamentais como o limite do retrocesso aceitável à luz do princípio da proporcionalidade – com vistas a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais, sem prejuízo, por óbvio, à provocação do Judiciário para impor as condutas constitucionalmente devidas ao administrador.

Deve-se frisar, ainda, que tais estratégias tornam-se imperiosos em momentos de crise, como no qual vivemos, em que os detentores do poder público parecem olvidar sua missão originária, qual seja, a de agirem como instrumentos de efetivação real da vontade do Constituinte Originário, isto é, da vontade do Povo, centrada em um ideal de justiça que busca proteger a dignidade de cada um de nós.

Com efeito, diante da falta de “vontade de constituição” dos administradores, e também dos legisladores, cresce o papel do Poder Judiciário, cuja missão primordial é fiscalizar e zelar pelo respeito à Constituição e aos valores fundamentais por ela albergados, ou seja, impor o próprio Direito, coibindo os abusos dos detentores do poder público, sejam tais abusos de cunho comissivo, sejam de cunho omissivo (estes os mais difíceis de tutelar).

No entanto, no decorrer desta árdua, e muitas vezes incompreendida missão, deve o Judiciário – e também aqueles que o hão de provocar, mormente o Ministério Público, o qual exerce um papel polarizador do acesso à justiça da própria Sociedade a quem serve – agir com cautela, malgrado sem olvidar a coragem necessária, para que não finde deturpada sua missão, caindo-se na tentação de se substituir aos outros Poderes.

Em suma, deve o Poder Judiciário, como guardião maior da Constituição, possibilitar a prevalência das escolhas feitas pelo real detentor do poder, o Povo, opções estas perenes com o ideal constitucional, e não meramente ocasionais, as quais, embora possam estar fundadas em suposta “discricionariedade”, jamais podem contrariar ou desatender à Lei Fundamental.

Constituição da República, verifique se o ato administrativo encontra-se em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

VIII. Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro - São Paulo, Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 1.979.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002 (obra em co-autoria com ROGÉRIO PACHECO ALVES).
- GOUVEA, Marcos Maselli. *O Controle das Omissões Administrativas - Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. 2ª ed., Madrid, Editorial Colex, 1.994.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1.991. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo II*. Coimbra, Coimbra Ed, 1983.

MORAES, Guilherme Peña de. *Dos Direitos Fundamentais - Contribuição para uma Teoria*. São Paulo, LTr., 1997.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional - Construindo Uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999.

STERN, Klaus. "O Juiz e a Aplicação do Direito". In *Direito Constitucional in Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001.

(*) CARLOS BERNARDO ALVES AARÃO REIS é Promotor de Justiça (Rio de Janeiro). Ex-Defensor Público (Rio de Janeiro). Membro da União dos Juristas Católicos.
