

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES**

BACHARELADO EM DIREITO

**O CRESCIMENTO DEMOGRÁFICO E A TUTELA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

LÍVIA BEATRIZ SANTOS SILVA

CARUARU/PE

2016

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E
TÉCNICOFACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

**O CRESCIMENTO DEMOGRÁFICO E A TUTELA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

LÍVIA BEATRIZ SANTOS SILVA

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à FACULDADE ASCES, como
requisito parcial, para a obtenção do grau
de bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Bruno Viana.

CARUARU/PE

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___.

Presidente: Prof. Bruno Viana

Primeiro Professor Avaliador

Segundo Professor Avaliador

DEDICATÓRIA

Ao meu amado avó Ricardo “in memoriam”, que com toda a sua ciência social, adquirida na simplicidade cotidiana, tanto me estimulou a procurar desempenhar um papel ativo na sociedade.

Aos meus filhos, fonte precípua e absoluta da inspiração para crescer e vencer como ser humano.

AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais, meus irmãos, meu companheiro, que tanto depositaram confiança e satisfação na longa jornada que percorri nesta graduação.

Ao meu professor orientador, que lecionando uma das disciplinas que norteiam este trabalho, inspira-me a seguir no comprometimento de descobrir cada vez mais sobre os meandros da nossa tão bela Constituição.

Aos meus demais mestres, entre docentes e discentes, que paulatinamente dispuseram a atenção para implementar memórias neste nosso breve conviver.

“Há em nosso tempo duas categorias de juristas: os da legalidade e os da legitimidade, os tecnocratas e os retóricos, os das normas e regras e os dos princípios e valores, os juristas do status quo e os juristas da reforma e da mudança.

Eu me inscrevo nas fileiras do segundo grupo, porque sendo ambos ideológicos, um pertence à renovação e ao porvir, ao passo que o outro se filia na corrente conservadora e neutralista. Mas este último, sem embargo de apregoar neutralidade, professa, em derradeira instância, uma falsa e suposta isenção ideológica e, pelo silêncio e abstinência, acaba por fazer-se cúmplice do sistema e das suas opressões sociais e liberticidas.”

Paulo Bonavides. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Malheiros Editores. São Paulo, 2001. p. 66.

RESUMO

A presente monografia prestar-se-á ao objetivo de expor os direitos sociais, carentes da iniciativa prestacional por parte do Estado, bem como suas limitações em virtude da questão orçamentária, mais propriamente a chamada “reserva do possível”. Os direitos fundamentais expressam as referências elementares à concretização dos direitos humanos, surgem na dogmática jurídica como dicção de um determinado constitucionalismo, o constitucionalismo dirigente, o qual, no caso brasileiro, foi consagrado pela ordem constitucional de 1988. Antes de aprofundarmos na discussão acerca do princípio da reserva do possível, serão expostas as características em nossa norma positivada acerca dos direitos fundamentais sociais. Buscar-se-á por meio deste presente estudo expor a dogmática jurídico-constitucional atinente aos direitos fundamentais sociais, bem como dirimir os questionamentos referentes à eficácia dos mesmos, os óbices justificados pelo Estado quanto ao seu inerente dever-fazer, os limites à efetivação deste rol de direitos e as possibilidades de sua implementação na prática constitucional pátria.

Palavras-chave: Direitos sociais; Administração Pública; Reserva do Possível; Constitucionalismo dirigente; dever-fazer.

ABSTRACT

The present monograph will pay to expose object rights social, needy theprestacional by the State's initiative as well as its limitation sin virtue of budget Issues rather a call "Possible Reserve ". The Fundamentals Rights expressed as elementary references to the realization of human rights, emerge in the Dogmatic Legal how diction hum determined constitutionalism, the constitutionalism leader, in wich Brazilian case was consecrated for the constitutional order of 1988. Before delving in discussion about do Principle of Possible Reserve features will be exposed in our standard positively valued about Rights Social Foundations. We Will get throught his present study expose a legal and constitutional dogmatic regard Rights Social Foundations and settle the questions regarding the effectiveness there of, the justified obstacles State how to its inherent Must-Do, the Limits to Rights effecting this roster and how implementation possibilities your constitutional homeland practice.

Keywords: Social rights; public administration; reserve for contingencies; constitutionalism leader; must-do.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O ÁPICE DAS DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS.....	13
1.1.O PRÍNCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	16
2. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS: DA LEGALIDADE À RESERVA DO POSSÍVEL.....	21
2.1.PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUBORDINAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO.....	23
2.2.RESERVA DO POSSÍVEL: RESERVAS ORÇAMENTÁRIAS OU FÁTICAS?	27
3. PANORAMA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVAÇÃO QUANDO DA COLISÃO COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	32
3.1.CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA VERSUS PRINCÍPIO DASUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	34
3.2.A (I)LEGALIDADE DA PRESTAÇÃO ESTATAL QUANDO DA OMISSÃO FUNDADA NA ALEGAÇÃO “RESERVA DO POSSÍVEL”.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a análise do conflito entre princípios constitucionais, quais sejam o dos Direitos Fundamentais e o da Legalidade dos atos da Administração Pública.

Partindo de uma pesquisa bibliográfica, na qual foi utilizado o método qualitativo-dedutivo, o objetivo recaiu sobre identificação dos conceitos e a análise sobre a possibilidade jurídica da colisão daqueles, expondo, desta feita, de maneira sintética e analítica, o posicionamento predominante acerca da matéria objeto desta elaboração.

O primeiro capítulo foi construído com vistas à definição e posição dos Direitos Fundamentais, mais precisamente os inerentes à dignidade da pessoa humana, no nosso ordenamento jurídico. Através de uma explanação histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, sua definição e expressão contemporâneas.

A derrocada do Estado Monárquico em face da ascensão dos princípios originários do Estado Liberal, tais sejam *liberté, égalité e fraternité* (em português: liberdade, igualdade e fraternidade), palavras-chave da Revolução Francesa, buscou a efetivação de direitos que contemplassem a população, excluindo o poder absoluto da nobreza. Tratava-se, neste sentido, da projeção dos primórdios da Administração Pública voltada aos cidadãos no que pesasse seus interesses, suas necessidades enquanto coletivo. O poder genuíno estava no povo.

A primeira Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão, também prolatada na França, ao ano de 1789, versava em seus artigos 4º e 5º, respectivamente, que a liberdade consistia em poder fazer tudo que não prejudicasse o próximo. Sendo assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não teria por limites senão aqueles que assegurariam aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. E estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Então, a lei não proibiria senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não fosse vedado pela lei não poderia ser obstado e ninguém poderia ser constrangido a fazer o que aquela não ordenasse.

Em um segundo momento, dar-se-á a avaliação dos conceitos inovadores do campo administrativo, tendo por principal tema deste o denominado “Reserva do Possível”, constituem o conteúdo mais tecnicista perseguido pela Administração Pública, uma vez que é por meio deste que aquela pretende pautar sua atividade social.

Donde poderemos inferir que as origens do Princípio da Legalidade estão associadas a imprescindibilidade de garantias ao indivíduo em relação ao Estado, no que tange o exercício do poder que lhe é reconhecido. A célebre redação da Carta Magna Brasileira de 1988, no seu artigo 5º, II, explicita o asseverado quando diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A disciplina primordial a alicerçar o Direito Público, portanto, é o Direito Constitucional, haja vistas ser neste que poder-se-á localizar o compêndio máximo dos preceitos legais que delimitarão a atuação da Administração Pública. As normas fundamentais fixadoras da organização jurídica daquela encontram-se sob a égide dos princípios constitucionalistas.

Logo a finalidade precípua da ação administrativa reside na realização das necessidades coletivas, e o maior protagonismo da Administração Pública é a Constituição; essencialmente no que concerne aos direitos e deveres que esta abarca, e não somente a produção formal de regulamentos oriundos de processos legislativos ordinários.

A permissividade da lei se dá de forma distinta para a Administração e seus administrados. Porquanto que para aquela, a lei delimita expressamente o que pode e deve ser feito, expondo assim uma vinculação aos preceitos normativos positivos; para estes, o que não esteja preceituado em lei como fato típico, pressupõe lícito e legítimo, condição esta que se depreende do respeito a outro princípio constitucional, qual seja o da Autonomia da Vontade.

A submissão daquela ao princípio da legalidade, cuja concepção clássica preconiza o condicionamento da ação estatal à prévia existência de lei que a autorizasse, colidiu com as novas incumbências atribuídas ao Estado em matéria de serviços públicos ao longo do último século, passando-se a admitir um maior nível de autonomia da ação estatal afim de prover os anseios da sociedade.

Ao terceiro capítulo, postimeiro, serão lançadas as considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, como referência ética maior a orientar a ordem jurídica, embasadas no entendimento majoritário dos doutrinadores e da jurisprudência acerca da colisão efetivamente recorrente entre os Princípios Constitucionais (Fundamentais e Administrativo), as questões relativas às limitações orçamentárias à efetivação dos direitos sociais prestacionais, as quais emergem na dogmática jurídico-constitucional sob designação de “reserva do possível” e a possibilidade de resolução do conflito gerado por esta, se possível ou não.

A Teoria dos Direitos Fundamentais trazida a lume por Robert Alexy dispõe os direitos fundamentais com caráter de princípios, e a ocorrência de colisão entre estes, demanda uma solução ponderada em favor de um deles.

A legalidade orçamentária das obrigações de fazer do Estado não poderão ser apontadas como óbice à instrumentalização das garantias fundamentais constitucionais.

Tal matéria é de elementar conhecimento social, haja vista ser por meio da exata noção dos direitos e obrigações que nos assistem, que, com efeito, poderemos desempenhar nossos papéis enquanto cidadãos.

CAPÍTULO 1

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O ÁPICE DAS DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS

O conceito de dignidade da pessoa humana não é um conceito *a priori*, que sempre existiu ao longo do tempo, e sim algo que foi sendo construído paulatinamente, em consequência das diversas circunstâncias históricas, consubstanciando, desta feita, um dos principais direitos para a espécie humana.¹

A origem da palavra provém do latim *dignitas*, denotando tudo aquilo que requer consideração, respeito, estima. Na antiguidade, o conceito de dignidade da pessoa humana era intrínseco do significado do mérito, que geralmente era aferido pelas capacidades materiais e intelectuais do cidadão.

Com a adoção da ideologia cristã, o homem passou a ser visto como à imagem e semelhança de Deus, e uma vez que a integridade fazia parte da essência divina, a dignidade passou a ser atributo inegável de todos os seres humanos, uma vez que a Divindade não fazia distinção entre os homens.²

A inexistência da dignidade possibilitaria a coisificação do ser humano, identificando-o como mero instrumento. Todo ato que promova o aviltamento daquela atinge o cerne da condição humana, promove a desqualificação do ser humano e fere também o princípio da igualdade, posto que é inconcebível a existência de maior dignidade em uns do que em outros.

Assim, depreende-se a singularidade do homem, e esta deve ser protegida e favorecida seu desenvolvimentos segundo seu livre arbítrio; no que consiste a ligação entre dignidade da pessoa humana e a liberdade.

Não existe uma determinação criteriosa de conceituação do que seja dignidade da pessoa humana nem sua definição, segundo aduz Agra:

As declarações de direitos fundamentais, como a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa (de 1789), (...), a Constituição Mexicana (de 1917) e a Declaração dos Direitos do Homem (da ONU, de 1948) são as direcionantes de tal direito, nada impedindo que qualquer Constituição possa ampliá-lo.³

¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Forense, 2014, p. 117.

² AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 117.

³ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p.118

No pretérito, a humanidade sofreu com as iniquidades provocadas pelo Estado. Transcorrida aquela infeliz fase da história mundial, com o advento da Declaração Universal da ONU, de 1948, foram impostos limites aos poderes estatais, que permitiram aos indivíduos conviver em um cenário de maior segurança, paz e dignidade em suas vidas.⁴

O sentido de direitos fundamentais como preceito legal obrigatório advém de seu processo de evolução. Sua evolução está intrinsecamente ligada às questões sociais, econômicas e culturais, elaborando-se de acordo com a mobilização social para perseguir o atendimento que suas demandas necessitam.

A dignidade da pessoa humana assume, a cada dia, papel mais importante no contexto do Estado Democrático de Direito.⁵

Sandoval Alves da Silva enfatiza que:

As teorias dos direitos fundamentais foram formuladas de acordo com a organização do Estado em cada época histórica, em função da relação entre o Estado e os súditos, uma vez que nessa relação se estabelecem os direitos, as garantias e as liberdades dos cidadãos.⁶

Acerca desta conceituação, explica José Afonso da Silva, a fim de se entender o significado para além de qualquer conceituação jurídica, posto que a dignidade é, como dito, condição inerente ao ser humano, atributo que o caracteriza como tal:

A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. Assim, depreende-se a singularidade do homem, e esta deve ser protegida e favorecida seu desenvolvimento segundo seu livre arbítrio; no que consiste a ligação entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade.⁷

Logo, deduzimos que a dignidade não pode ser renunciada ou alienada, de tal sorte que não se pode falar na pretensão de uma pessoa de que lhe seja concedida dignidade, posto que o atributo lhe é inerente dada a própria condição humana.

As pretensões essenciais de primeira geração referem-se aos direitos individuais e políticos, cuja finalidade era limitar o poder opressor do Estado a favor dos indivíduos. Nessa época, vivia-se sob as batutas do Estado liberal, que se

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. Editora ATLAS, 2009, p. 31-43.

⁵ GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira – **Artigo sobre Direitos Fundamentais e Dignidade Humana**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404.

⁶ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba, 2007.

⁷ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

posicionava distante das relações privadas. Esses direitos tiveram origem nas doutrinas iluminista e jus naturalista, dos séculos XVII e XVIII, englobando a vida, liberdade, propriedade, igualdade formal, as liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e, ainda, algumas garantias processuais individuais.⁸

Com o declínio do Estado Liberal, surge o chamado Welfare State (Estado Social), cujo objetivo primordial era minimizar a injustiça e permitir aos cidadãos uma melhoria na qualidade de vida. Tem-se, nesse momento, um Estado intervencionista e assistencial, que adotava práticas no campo social. Daí serem de segunda geração tais direitos chamados de sociais.⁹

O Estado Social surgiu da lacuna deixada pelo liberalismo econômico diante das condições sub-humanas que este proporcionara. Evidenciando-se, desta feita, a necessidade de assegurar uma vida digna à maior parte da população. É uma forma de organização política em que há um estabelecimento de normas concernentes às forças de produção com o objetivo de que o sistema econômico possa operar de forma mais eficiente e garantir direitos mínimos aos trabalhadores. O objetivo daquele não jaz somente numa igualdade legal como também material.¹⁰

Infere-se que o significado de dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao respeito inerente a todo o ser humano. O seu ideário relaciona-se com a contingência histórica e cultural, sujeitando-se à evolução do processo civilizatório, em cada tempo e lugar, razão pela qual não se acha determinada em dimensão absoluta. Por isso, é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

No entanto, em conformidade com o entendimento esposado por Ingo Sarlet, “alcançar uma definição precisa do seu âmbito de proteção ou de incidência não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa e não se deva buscar uma definição (...)”.¹¹

⁸ GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Op. cit. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404.

⁹ GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Op. cit. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 10-11.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009. p. 15-43.

O homem é considerado como o valor mais importante do ordenamento jurídico, tornando-o vetor paradigmático para a interpretação das demais normas e valores constitucionais.¹²

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária.

Sarlet afirma também que a dignidade da pessoa humana possui força normativa mais intensa que uma simples norma, que, além, do seu enquadramento na condição de princípio fundamental, é alicerce de mandamento definidor de direito:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais.¹⁴

Para uma compreensão mais completa a despeito desta condição humana é mister oferecer uma explicação sobre a conceituação jurídica de dignidade e de como a condição intrínseca da pessoa humana foi incorporada a diversos textos constitucionais contemporâneos, principalmente, a abordagem sobre a inserção da dignidade, enquanto princípio de hierarquia superior, na Constituição pátria de 1988.

1.1 O PRÍNCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

A Carta Magna brasileira confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa

¹² AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 118.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Editora Livraria do Advogado, 2014.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana No Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. Editora Fórum, 2012.

na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.¹⁵

Nossa constituição incorpora uma ordem objetiva de valores, qual acontece, desde que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade passaram a figurar como esteios da “ ordem política e da paz social”.¹⁶

A Carta Magna de 88 configura-se, portanto, como uma constituição dirigente na medida em que define, por intermédio das denominadas normas constitucionais programáticas, fins e planos de ação na perspectiva de melhoria das condições sociais e econômicas da população. Pode-se vislumbrar tais características basicamente quando aquela fixa os objetivos do Estado brasileiro (artigo 3º, I ao IV), ao determinar os princípios fundamentais de nossa república (artigo 1º, I ao V), ao abarcar em suas disposições as que garantem a função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III), alguns exemplos de direitos sociais (artigo. 6º), os direitos trabalhistas (artigos 6º ao 11), os direitos previdenciários (artigos 194, 195, e 201 a 204), bem como ao estabelecer uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (artigo 170), tendo por objetivo assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Acontece, de forma inédita, uma incorporação de uma ordem objetiva de valores, onde a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade passam a figurar como esteios da ordem política e da paz social.

Introduz o texto constitucional avanço extraordinário na consolidação das garantias e direitos fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. A Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria. Ressalte-se, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro das Constituições alemã (Lei Fundamental – GrundGesetz, 23/05/1949), portuguesa (02/04/1976) e espanhola (29/12/1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana.¹⁷

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Estrutura Constitucional do Estado**. 6ª ed. Coimbra Editora, 2010. p. 170-180.

¹⁶ CAÑAS, Antonio Gordillo. **Ley principios generales y constitución, de la teoría de las fuentes del derecho**, in Armario de Derecho Civil. T. LXI. 2ª ed. 1988. p. 469.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Dos Princípios Constitucionais : Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2ª ed. Editora Método. São Paulo, 2008. p. 149.

A Constituição brasileira de 88 adotou em sua ordem a fundamentalidade material, lançando as bases normativas para a construção do Estado Social de Direito. Eis os pilares que corroboram a existência de um constitucionalismo dirigente social brasileiro. Por conseguinte a ordem constitucional por ela inaugurada propôs a criação de um Estado Democrático-Constitucional Social de Direito, possibilitador da implementação e da concretização dos direitos fundamentais sociais.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.¹⁸

O Direito exerce papel fundamental na proteção e promoção da dignidade humana, sobretudo, quando cria mecanismos destinados a coibir eventuais violações. Ressalte-se novamente que a dignidade não existe apenas onde é reconhecida, posto que é um dado prévio. Como expressão da própria condição humana, a dignidade pode e deve ser reconhecida e promovida, mas, não pode ser criada ou concedida.¹⁹

O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso acerca dos direitos sociais que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental.

Nesta esteira, não basta a constituição assegurar o direito à vida, mas sobretudo, propiciar as condições materiais e institucionais. A noção do mínimo existencial adquire especial relevância nas nações em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, onde um sem-número de indivíduos dependem de prestações estatais como forma de garantir a própria sobrevivência.

Destarte, em um Estado Democrático de Direito que tem como objetivos erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária, a dignidade da pessoa humana deverá ocupar posição de destaque no ordenamento jurídico, sendo um norte para todos os ramos do direito, seja ele público ou privado.²⁰

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 170-180.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

²⁰ GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Op. cit. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404.

Os direitos fundamentais se configuram como os mais importantes elementos para a configuração do neoconstitucionalismo.

No atendimento das demandas sociais pós-modernas, a jurisdição constitucional é chamada a incidir cada vez de forma mais constante na seara política, chegando, inclusive a desempenhar uma função homogenética, quando um direito fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador inconstitucional.²¹

Para que se preste a observância da dignidade da pessoa humana, não basta apenas existir a previsão legislativa, é necessário que o Estado desenvolva políticas públicas ativas e efetivas para o seu verdadeiro cumprimento.²²

Os direitos fundamentais sociais configuram-se como garantias positivas ao exercício das liberdades públicas, invocando ações estatais no sentido de sua realização fático-normativa.

Esses direitos não são, pois, direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. E a delimitação dos mesmos quando da definição do mínimo existencial atenta ao elementar, no intuito de evitar que a aplicação daquele resulte em voluntarismos e arbitrariedades, sob o argumento de que estaria decidindo conforme o caso concreto.

A constituição faz transparecer com os princípios uma “superlegalidade material” e se torna, simultaneamente, “fonte primária do ordenamento e aos mesmo tempo fonte subordinada do mesmo: ao obter este sua primária expressão reflexa, se declara derivado e subordinado à ordem dos valores socialmente professados.

No último decênio do século XX, o Estado Social entra em crise. Entre as causas para os seus problemas estão as benesses propiciadas à população, que aumentaram os encargos do Estado.²³

Essas medidas prestacionais, ofertadas como manobras com fins políticos, que beneficiam membros do Legislativo e do Executivo, não reduziram a desigualdade social, pelo contrário, viciam a população carente a viver sob condições assistencialistas de governos populares que chegam ao poder devido à vulnerabilidade desses grupos marginalizados. Sendo estes os que não têm acesso

²¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 298.

²² GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Op. cit. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404.

²³ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 11.

a uma moradia digna, à socialização da cultura, à educação, ao lazer, à prática de esportes, ao acesso aos bens da vida em geral.²⁴

O uso de políticas públicas como forma de compensar as desigualdades existentes e, de garantir o mínimo de dignidade às pessoas são tidos como preceito fundamental do Estado Brasileiro. Cabe ao Executivo atender às demandas da sociedade, sua ação programática está prevista, legalmente prevista entre os artigos 196 e 200 da Constituição Federal de 1988. Caso seja verificada omissão do Estado recorre-se ao Judiciário para a obrigatoriedade de sua efetivação.

²⁴ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Op. cit. p. 727.

CAPÍTULO 2

2. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS: DA LEGALIDADE À TEORIA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Lei Fundamental de Bonn inscreveu pela primeira vez num texto de Constituição a expressão Estado social para fazê-la matriz de um sistema de governo e instituições.²⁵

Os princípios fundamentais, com esta relevância adicional, se convertem (igualmente), não devendo haver primazia entre eles, ou seja, uma norma não sobrepuja a outra.²⁶

Segundo a limitação horizontal dos direitos humanos e o princípio da proporcionalidade nenhum direito fundamental será absoluto, eles são limitados pelas demais prerrogativas constantes na Constituição e pelas normas infraconstitucionais que delimitam o seu sentido.

As leis infraconstitucionais não podem cercear os direitos fundamentais, mas sua concretização sim, expressando o modo de aplicá-los, como no caso das normas de eficácia limitada e de eficácia contida.

Um dos principais vetores para a limitação dos direitos fundamentais é o interesse público, obedecendo ao princípio do bem comum.²⁷

O termo garantia se explica etimologicamente, pela derivação de “garanto”, do alemão *gewährleistung*, cujo significado é o de *sicherstellung*, ou seja, de uma posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade.²⁸

Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar.

A constituição cidadã classificou os direitos fundamentais em: direitos individuais e coletivos (cap. I); direitos sociais (cap. II); direitos de nacionalidade (cap. III) e direitos políticos (cap. IV). Os direitos sociais, objeto de estudo desta análise são aqueles que incidem na esfera de prestação do Estado à sociedade.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit.p. 563.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit.p. 298.

²⁷ AGRA, Walber. Op. cit. p. 150.

²⁸ QUINTANA, V. Liñares. **Tratado de La Ciencia del Derecho Constitucional**, V. I. Buenos Aires, p. 336; veja também, Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional. p. 541.

Um grande obstáculo enfrentado pela legislação magna configura-se na efetivação dos direitos fundamentais, elemento imperioso para uma densificação de sua força normativa. Sem uma homogenização de direitos na sociedade, há um incremento de desníveis que fomentam violências e revoltas.

Os direitos fundamentais, na atualidade, representam o mesmo papel que antes era função dos direitos naturais. Contudo sem nenhum tipo de ligação com qualquer jus naturalismo ou voluntarismo. Devem ser estabelecidos dentro da dialética das relações sociais, sendo fruto de injunções específicas de natureza sócio-político-econômicas.

A aclamação da normatividade dos princípios nas novas formações conceituais e os acórdãos 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 retiram o conteúdo ineficaz da programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das constituições em seus valores reverenciais em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.²⁹

Em a Constituição Aberta, obra de autoria do referenciado Paulo Bonavides, sobre a normatividade dos princípios, invocamos a autoridade de Peczenik. Realmente, “ com idêntica firmeza e abrangência, Peczenik: os princípios são proposições normativas e não declarações descritivas; acrescenta o jurista que eles dizem o que deve ser e o que é permitido, não aquilo que o caso é na realidade”.(*Principles are normative propositions. They are not descriptive statements. They are what thought to be and what is permitted, not what actually is the case*).³⁰

Diremos então que os princípios de Direito Público contidos na constituição são normas jurídicas; mas não só isso, enquanto a norma é um marco dentro do qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral. A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. O princípio estabelece uma direção estimativa em sentido axiológico, de valoração, de espírito.³¹

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit.p. 296.

³⁰ PECZENIK, Alexandre. “ **Principles of law**”, in **Rechts theoretic**, vol. 2. v. também Paulo Bonavides, A Constituição Aberta, p. 179)

³¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. 296.

O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizam o seu mesmo espírito.³²

Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.

A disciplina básica do Direito Público é o Direito Constitucional, que fixa as normas fundamentais da organização jurídica e condiciona debaixo de seus princípios, os demais ramos do Direito Público, com os quais se relaciona.³³

Distinguindo as duas ciências jurídicas, o Direito Constitucional seria uma espécie de direito “em repouso”, enquanto o Direito Administrativo um Direito “em movimento”, o primeiro descrevendo a “estrutura” do poder, o segundo a “função” dos órgãos do governo.

O Direito Administrativo estuda os serviços públicos e o pessoal encarregado de realizar a função administrativa do Estado. Poder-se-ia dizer que o Direito Administrativo está para o Direito Constitucional assim como o decreto está para a lei. Os órgãos fundamentais dos estados são matéria da constituição e os órgãos secundários são matéria de uma lei; os serviços postais educacionais, de cobrança e arrecadação de impostos, de saúde, de trabalho e administração local, entre outros, são parte do Direito Administrativo.³⁴

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUBORDINAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO.

A legalidade surge com base no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada do ano de 1789, nascendo com o Estado de Direito. A fim de que os cidadãos não sejam obrigados a se submeter a arbitrariedades.³⁵

³² GORDILLO, Agustín. **Introducción al Derecho Administrativo**, apud Eros Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988. p. 97.

³³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 45.

³⁴ GONZÁLEZ, Mario B. **Constitución Política y Leyes Complementarias**. 2ª ed. Santiago, 1958. V. também. Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional. 27ª ed. São Paulo, 2012. p. 46.

³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª. Malheiros Editores. São Paulo, 2009. p. 43.

Tem previsão Constitucional, com fulcro nos artigos 5º, inciso II e artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, tornando cediço que sua aplicação é dada normalmente na Administração Pública, não obstante o princípio ter sido objeto de sua feitura. Ademais, o administrador público fica obrigado à sua observância, tendo em vista, ser o gestor da coisa pública. O responsável por esta.

A lei 9.784/99(Processo Administrativo Federal), artigo 2º, inciso I, reclama por: “atuação conforme a lei e o Direito”, que por sua vez inibi o descumprimento insólito das normas.

Na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei(legislação) e a de executar a lei(administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante. Em virtude desta ordem é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto em lei.³⁶

O princípio da legalidade tem se apresentado com uma única e precípua função, qual seja, a de inibir contrariedade ao que reza o texto de lei, desta feita, configura-se como um verdadeiro óbice.

Ainda segundo José dos Santos Carvalho Filho³⁷, o princípio da legalidade é a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração Pública. Significa dizer que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo a atividade deve ser tida como ilícita.

Destarte, torna-se o mais importante dos princípios, pois torna defeso a Administração Pública e o seu administrador a praticar condutas não previstas em lei, como se observa:

EMENTA: RECURSO INOMINADO. De responsabilidade subjetiva, em que se deve comprovar a culpa do ente público. Assim, em que pese os argumentos expostos pelo recorrente, é certo que a transferência e internação da parte autora ocorreu apenas após 6 dias a partir da intimação (fls. 08), de forma que se vislumbra dano à saúde da autora, ou sua dignidade. A saúde é direito fundamental assegurado no artigo 6º da Constituição da República. Trata-se de dever do Poder Público cujo atendimento deve ser integral, com acesso universal e igualitário, conforme o comando normativo do artigo 196 da Constituição . Existem diversos questionamentos acerca da atividade judicial na efetivação dos direitos sociais, afirmando, seus opositores, que possui um custo que não é

³⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 17.

³⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. Op. cit. p. 17.

considerado pelos Magistrados, e que os recursos para efetivação de políticas públicas desta natureza são escassos. Afirma, ainda, que a concessão irrestrita de medicamentos pelo Poder Judiciário violaria o princípio da separação de poderes. A primeira afirmação é irrefutável, mormente em um país ainda pobre - mas não pode ser validamente oposta à efetivação de direito social a que se vinculou o ente estatal através da partilha da competência gerada pelo ato mesmo de criação de rede hospitalar própria. Há que considerar também o princípio da inafastabilidade da prestação judicial, consagrado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, e também o comando normativo do artigo 5º, § 1º desta. Os direitos sociais são direitos subjetivos a que se contrapõem pretensões legítimas de cunho prestacional. Tenho atendidos tanto o princípio da separação dos poderes como o princípio democrático pelo restabelecimento de política pública de fornecimento de medicamentos e/ou pela veiculação do acesso a estruturas necessárias aos tratamentos reclamados, estes de índole idêntica aos medicamentos, visando a tutela da saúde nos termos do artigo 196 da Constituição da República. Não se quer criar estruturas hospitalares, mas apenas permitir o acesso indevidamente(...). (TJ-RJ - RECURSO INOMINADO RI 04406298920138190001 RJ 0440629-89.2013.8.19.0001 (TJ-RJ) Data de publicação: 06/11/2014).³⁸

A não existência desse obstáculo deixaria ao livre arbítrio da Administração e de seu gestor a possibilidade de dispor dos interesses coletivos da forma que bem olvida-se, inclusive, contrários à vontade da sociedade, ou melhor, em desencontro ao bem comum.

Nesta ótica, a omissão ocasionaria uma série de conflitos em face da sociedade, mas se faz importante descartar essa hipótese, haja vista a Constituição Federal de 1988, elencar nos artigos 5º, inciso II e artigo 37, caput, a premissa da legalidade.

É sabido que a legalidade adstrita o poder e a vontade do administrador público e da própria Administração Pública, quando do exercício de seus atos, com a finalidade de que não expressem sua própria vontade pessoal como já fora descrito.

No entanto, agindo a *contrario sensu*, os atos praticados serão declarados inválidos, ou seja, a manifestação do agente deve espelhar a vontade estatal; é o que se depreende:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - MUNICÍPIO DE AREIA BRANCA - VIGIA - AÇÃO DE COBRANÇA DIFERENÇAS SALARIAIS - ADICIONAL NOTURNO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPREVISÃO LEGAL - NÃO CABIMENTO - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - MANUTENÇÃO - RÉU POBRE - SUSPENSÃO DO PAGAMENTO NA FORMA DO ART. 12 LEI 1.060/50.- SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - APELO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.1 - O administrador público está adstrito, dentre outros, ao princípio constitucional

³⁸TJ-RJ. Recurso Inominado RI 04406298920138190001 RJ 0440629-89.2013.8.19.0001. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150960890/recurso-inominado-ri-4406298920138190001-rj-0440629-8920138190001> Acesso em: 06 de dez. 2015.

da legalidade. Por isso, a concessão dos denominados direitos sociais aos servidores públicos não é auto-aplicável, somente podendo ser concedidos através de lei instituidora de regime jurídico próprio, na sua esfera de competência, sob pena de ser responsabilizado pelos seus atos na concessão de direitos aos quais não está legalmente vinculado. Descabe a pretensão de direito ao adicional noturno por parte do vigilante municipal, devido à ausência de legislação infraconstitucional no âmbito do município regulamentando a matéria.² - O beneficiário da justiça gratuita não faz jus à isenção da condenação nas verbas de sucumbência, de modo que a lei assegura-lhe apenas a suspensão do pagamento pelo prazo de cinco anos se persistir a situação de pobreza(TJ/SE, Apelação Cível 2009209545 (C.Cível), rel. Desembargador Osório de Araújo Ramos, julgado 10-12-2009).³⁹

Não podem criar obrigações, disposições, atos, ou qualquer outro meio não prescrito ou defeso na norma jurídica, pois estão limitados à permissibilidade desta. No entanto, é notório que esta restrição ocorre para garantir os direitos coletivos, bem como, os de caráter pessoal.⁴⁰

Muito embora, tenhamos visto uma série de empecilhos descritos nas normas, há situações em que tanto o administrador público, quanto a Administração Pública podem agir independentemente do silêncio da lei ou omissão desta, em verdade são raras exceções, como por exemplo, no estado de sítio e estado de defesa e nas medidas provisórias.⁴¹

Nos pilares da Constituição Federal de 1988, constate-se ainda, a existência de remédios constitucionais que buscam garantir a efetividade e cumprimento da legalidade, tais como: ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus*, dentre vários outros institutos.

O fato é que todos estão advertidos e obrigados a cumprir a legalidade, tal como ela exige, muito embora, exista uma diferença entre a legalidade aplicada no âmbito privado e a aplicada na Administração Pública.

Segundo Meirelles⁴², as leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, indelegáveis pelos agentes públicos.

³⁹TJ-SE. Recurso Apelação Cível 2009209545 Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150960890/recurso-inominado-ri-4406298920138190001-rj-0440629-8920138190001> Acesso em: 06 de dez. 2015.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit.p. 296.

⁴¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Editora Almedina, 2007. P. 164-171.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2010.p. 89.

A função pública clama do Administrador, como da própria Administração Pública o dever de agir dentro dos limites estabelecidos na norma, não admitindo uso da faculdade de agir frente à necessidade, pois se assim ocorrer, importará na renúncia de direitos alheios, além disso, contribuirá para a não persecução do bem comum, embora esta não seja a sua finalidade.

2.2 RESERVA DO POSSÍVEL: RESERVAS ORÇAMENTÁRIAS OU FÁTICAS?

A reserva do possível foi aplicada pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pioneiros no tema tratado, no famoso *numerusclausus*, em dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique. Momento em que as cortes administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade entre certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso a educação e a Lei Fundamental.

Entre 1952 e 1967 o número de universitários na Alemanha dobrou e o desenvolvimento das universidades não acompanhou esse crescimento. Foi então que o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos do Poder Público, em parte, decorrente do período pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado. Faltava, todavia, a base constitucional para essa regra. E é assim que nasce A RESERVA DO POSSÍVEL.⁴³

“Reserva do Possível” é uma expressão que define a limitação dos recursos econômicos disponíveis pela administração pública, a fim de suprir as necessidades dos cidadãos, que a priori, é de sua obrigação. Infelizmente os recursos materiais que deveriam ser suficientes para a sociedade, não são, tendo assim o cidadão que dele necessita recorrer ao judiciário para ver cumprido seus direitos.

Após a utilização inicial da cláusula da reserva do possível pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a expressão se difundiu, podendo-se falar em uma “teoria da reserva do possível”, que justificaria a existência de limitações à efetivação dos direitos sociais.

⁴³ ARAÚJO, Kátia Patrícia de. **Revista Acadêmica** – vol. 83 . 2011. Disponível em <http://www.repositório.ufpe.br/index.php> Acesso em: 10 de dez. 2014.

A ideia central sobre a reserva do possível é a de que os indivíduos não têm direito subjetivo frente ao Estado senão nos limites da razoabilidade.

No Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, considerando o nascedouro Alemão. A preocupação inicial com a proporcionalidade e razoabilidade deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos e para o custo dos direitos. Entretanto, não é o que se verifica nos julgados que tratam da reserva do possível no Brasil.⁴⁴

É pacífico que todos os direitos fundamentais, mesmo os individuais, apresentam uma valoração material. Todavia, também é de conhecimento geral que alguns direitos sociais apresentam custo elevado, mesmo com a consciência de que sua efetivação se figura como requisito insuprível para o estabelecimento de um Estado Social que começa a ser efetivado na Europa a partir dos anos 30, mas que não consegue se realizar no Brasil em todas as suas dimensões.⁴⁵

Aqui, o Estado não faz tudo que esta ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais, muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais.

Existe uma obrigação expressa para o Estado destinar recursos necessários a satisfação dos direitos fundamentais. Essa distinção é imprescindível para a interpretação e aplicação do chamado “princípio da reserva do possível”, em especial para evitar a tese da inviabilidade econômica da realização dos direitos fundamentais, segundo o alerta de AndreasKrell⁴⁶.

Há um paradoxo: vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como “mandados”, “diretrizes” ou “fins do Estado”, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais.

E à revelia da Constituição Federal, o Estado continua usando a reserva do possível como uma desculpa frequente para justificar sua omissão na efetivação das políticas públicas.

⁴⁴ ARAÚJO, Kátia Patrícia de. Op. cit.

⁴⁵ AGRA, Walber. Op. cit. p. 278.

⁴⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)Caminhos de um Direito Constitucional ‘Comparado’**. Sergio Fabris. Porto Alegre, 2002. p. 52.

O direito a uma vida digna depende indissociavelmente da implementação de políticas públicas, que por sua vez depende de disponibilidade financeira – a então chamada reserva do possível.

Segundo Ingo Sarlet a reserva do possível apresenta ao menos 3 sustentáculos: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, primordialmente os sociais; b) a indisponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima relação com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesse diapasão, também de sua razoabilidade, no que evita a prática de excessos ou da realização de coisas impossíveis.⁴⁷

A válvula de escape mais utilizada pela administração pública para o não cumprimento deste e de outros direitos fundamentais, reside justamente no argumento de que não há verbas para implementá-los.

O STF já decidiu que o Estado “deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (Ag.Regimental no RE 384.201-3/SP).

A “Reserva do Possível” é matéria de defesa para o Estado, e como tal cabe a ele o ônus da prova de suas alegações. Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.

As origens do princípio da legalidade estão associadas à expansão do regime de garantias do indivíduo em relação ao Estado. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade.⁴⁸

Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Segundo preleciona Agra⁴⁹, a legalidade serve como meio de realização do princípio isonômico, ao menos no seu sentido formal. Quando o caput do art 5º da Constituição Federal afirma que “todos são iguais perante a lei”, a legalidade é

⁴⁷ SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “**Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**”. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008. p. 30.

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 215.

⁴⁹ AGRA, Walber. Op. cit. p. 360.

peremptoriamente declarada como instrumental do princípio isonômico, afirmando que a lei não pode discriminar os casos que não foram discriminados pela realidade fática.

Os cidadãos devem obedecer às normas da lei, mas enquanto homens que raciocinam, devendo fazer uso público da própria razão e estar num processo contínuo de crítica a estas leis, se considerarem que elas são injustas.

Historicamente, o orçamento público sempre foi um documento essencialmente da contabilidade, responsável pela previsão das receitas e despesas que seriam efetuadas pelo Governo, não refletindo os planos governamentais, tampouco os interesses da sociedade, nesse sentido, tinha por objetivo unicamente manter o equilíbrio financeiro do Estado.

Entretanto, com o advento do Estado Social e com ele o surgimento de novas formas de pensar o orçamento e a ordem econômica e social, passou-se a utilizar o orçamento como instrumento de administração pública e não mais mero instrumento contábil.

A segunda crise na noção dos serviços públicos, no início da década de 80, sob influência do direito comunitário europeu e do *comon law*, decorreu da incompatibilidade dos princípios fundamentais da ordem econômica (Livre Iniciativa e Livre Concorrência) com a ideia de exclusividade dos serviços públicos.⁵⁰

Durante a década de 90, por enfrentar uma séria crise econômica, o Poder Público se viu obrigado a encontrar meios para reduzir os gastos públicos, sem, contudo, deixar a população à mercê dos serviços sociais fundamentais que lhes são constitucionalmente assegurados, como saúde, educação e assistência social.

Mesmo não tendo assento constitucional e podendo ser destituída de valia em decorrência do princípio da proporcionalidade, a teoria da reserva do possível se mostra propícia quando for usada para racionalizar os recursos públicos, impedindo que sejam direcionados de forma temerária. Entretanto, mostrar-se-á desprezível e danosa quando for empregada a fim de prejudicar a concretização de direitos fundamentais.⁵¹

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Malheiros Editores, 2013. p. 66.

⁵¹ AGRA, Walber. Op. cit. p. 278.

Logo, os princípios do ramo administrativo prestar-se-ão a assegurar a concretização dessas garantias. Segundo os ditames legais, sem tampouco fazer uso de antinomias levantando-se valores infraconstitucionais.

CAPÍTULO 3

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVAÇÃO

A indubitável relevância dos direitos fundamentais é uma unanimidade em todos os ordenamentos constitucionais, configurando-se como a principal característica das Cartas Magnas hodiernas.

A “Era dos Direitos” ilustra o acaso da concepção hobbesiana de que os direitos fundamentais são prerrogativas inerentes ao Estado e somente poderiam existir enquanto fossem privilégios das atividades estatais.⁵²

Eles obrigam uma reestruturação do princípio da soberania popular, em que os representantes do povo não possuem faculdades para degradar o núcleo sistêmico dos direitos fundamentais.

A constituição de 1891 – a primeira da República após a queda do Império – não empregava a expressão “direitos fundamentais” nem tampouco direitos individuais.⁵³

Foi basicamente por via doutrinária e forense que as garantias constitucionais, concluídas da carta e da interpretação de seus princípios, entraram no idioma jurídico de nosso Estado liberal, tornando-se uma das expressões estimadas de Rui Barbosa ao promover, escudado nos artigos da Constituição, a defesa da liberdade do cidadão contra os abusos e as violências do Estado.⁵⁴

Em sua lição acerca das garantias constitucionais, o célebre constitucionalista primeiro evidenciou que “uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial”. Definindo *stricto sensu* as garantias constitucionais como sendo “as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.”⁵⁵

As garantias figuram as “condições de proteção à liberdade individual”, sem as quais, a “execução da lei” fica tolhida, ludibriada e anulada.⁵⁶

⁵² AGRA, Walber. Op. cit. p. 41.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 545.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 545.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 545.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 546.

São a certeza de que o direito do cidadão não será cerceado, e foram apresentadas no nosso ordenamento vigente ao artigo 5º, LXVIII a LXXIII, a exemplo temos o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança, constituindo as garantias em seu primeiro grau.

Estes privilégios circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja supressão ou modificação, ferem a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema.⁵⁷

Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.⁵⁸

Uma vez que os direitos sociais compõem os direitos fundamentais do homem, classificando-se como normas de ordem pública, adquirem a qualidade de serem invioláveis e indisponíveis, devendo, portanto, serem obrigatoriamente observados dentro de um Estado Democrático de Direito.⁵⁹

Os direitos sociais que estão inseridos como direitos e garantias fundamentais se dão de forma individual ou coletiva. Na ordem social mais abrangente, encontraremos as espécies desses direitos, quais sejam: a seguridade social, a educação, a cultura, a saúde, a previdência social, a assistência social, o desporto, a família, a criança, o adolescente, o idoso, os índios, o meio ambiente, a comunicação e a ciência e tecnologia.

Os direitos sociais em sentido amplo abrangem tanto no sentido de cunho universal (saúde, moradia, previdência), como de cunho individual (dos portadores de deficiência, da criança e do adolescente); como os denominados direitos culturais (ensino, ciência) e econômicos (direitos pecuniários e ao trabalho).

A não-efetividade dos direitos fundamentais sociais não se deve a características inerentes a sua estrutura normativa, podendo ser imputada essa deficiência a uma ausência de vontade política. Inexiste intenção em sua concretização porque há outras finalidades prioritárias para a alocação de receitas do Estado, mesmo que a efetivação seja considerada como essencial para a evolução da sociedade.⁶⁰

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 563.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 563.

⁵⁹ AGRA, Walber. Op. cit. p. 253.

⁶⁰ AGRA, Walber. Op. cit. p. 256.

As noções de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana relacionam-se ao tema da efetividade dos direitos sociais, na medida em que são utilizados pela doutrina como parâmetro para verificar o padrão mínimo desses direitos a ser reconhecido pelo Estado.⁶¹

As principais implicações desse tema ocorrem quando está em confronto mínimo existencial e a reserva do possível. Para alguns doutrinadores, o mínimo existencial seria um núcleo inatingível do direito social e, por tal motivo, não pode ser subvertido à alegação da reserva do possível. Para outros, há casos em que, mesmo estando em jogo os direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível pode prevalecer.

3.1 CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA VERSUS PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O direito alemão foi também o primeiro ordenamento positivo a dar os primeiros passos no sentido da valorização dos direitos fundamentais e da constitucionalização dos princípios e valores que devem orientar a atividade da Administração Pública, da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito, do princípio da proporcionalidade, do princípio da proteção à confiança.⁶²

Deveras que desde a sua formulação, o princípio da legalidade passou por toda uma evolução, acompanhada de perto pelo direito brasileiro.

Com a Constituição de 1891, instaurou-se o Estado Liberal de Direito preocupado com as liberdades do cidadão. Em decorrência dessa preocupação, o princípio da legalidade tinha sentido restrito: a administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe (princípio da vinculação negativa).

A partir da Constituição de 1934 pôde-se falar em Estado Social, um Estado prestador de serviços, que foi amplificando a sua atuação para contemplar as áreas econômica e social, com o conseqüente fortalecimento do Poder Executivo. O princípio da legalidade ampliou-se para abranger os atos normativos baixados pelo Poder Executivo, com força de lei, e estendeu-se a todo âmbito da atuação

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit, p 183-185.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 16.

administrativa. O princípio da legalidade passou a significar que a Administração só pode fazer o que a lei permite (princípio da vinculação positiva).

No primeiro período da República, suprimiu-se o Poder Moderador e o Conselho de Estado. Isto ocorreu porque se abandonou a influência francesa da dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo anglo-americano, da unicidade de jurisdição. (Decreto n.º 848 – 1898).⁶³

Com isso, passou a Administração Pública a submeter-se ao controle jurisdicional. E também, em matéria de Direito Administrativo, ainda sob influência do direito norte-americano, a jurisprudência passou a ocupar papel de destaque como fonte do direito. Ou seja, a jurisprudência passou a desempenhar importante papel na criação do direito.⁶⁴

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito, e duas ideias apresentaram-se inerentes a esse tipo de Estado: uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública.⁶⁵

A tutela do interesse público compreendia ao próprio fim do Estado, uma vez que este teria que defender os interesses da coletividade. Tendo que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio seria o mesmo que negar o próprio papel do Estado.

O princípio da supremacia do interesse público não deve, portanto, encontrar resistência pelo temor de risco aos direitos individuais, uma vez que tem de ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da Legalidade, Impessoalidade, Razoabilidade, Segurança Jurídica e tantos outros já abalizados no nosso ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais.

O Direito Administrativo nasceu justamente no período do Estado liberal, cuja preocupação maior era a de proteger os direitos individuais frente aos abusos de poder. Defendeu tanto a liberdade, que acabou por gerar profunda desigualdade social, uma vez que, afinal, os homens não nascem tão livres e iguais como pretendia Rousseau e como foi afirmado no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit.p. 30

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit.p. 30

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit. p. 37.

A apreensão com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais, mas passou a conviver com eles. Prova disto é que, paralelamente ao princípio do interesse público, nasceram os direitos sociais e econômicos.

Por esta razão, o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade/liberdade. A Administração Pública tem que possuir prerrogativas que lhe outorguem a autoridade necessária para a consecução do interesse público; ao mesmo passo que o cidadão tem que ter garantias do acatamento de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder.

Esse binômio autoridade/liberdade está presente em todos os institutos do Direito Administrativo. Na evolução desse ramo do direito, pode o pêndulo do relógio pender mais para um lado do que para o outro. O ideal é que haja um equilíbrio. Razão pela qual se fala em princípio da razoabilidade. Isto não implica negar o princípio da supremacia do interesse público. Na realidade, a razoabilidade ou proporcionalidade (como preferem alguns), pressupõe a existência de um interesse público a ser protegido. A razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre meios e fins. Todo ato administrativo que não esteja estritamente vinculado a lei, é caracterizado discricionário, e para este ser pleno, perfeito, eficaz, deverá atender as premissas impostas pela conveniência e oportunidade.⁶⁶

As garantias figuram a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil pública.

Direito é a faculdade reconhecida, natural ou legal, de se praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentado dos de ocorrência mais ou menos fácil.⁶⁷

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 50.

⁶⁷ BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Flores e Mano, s/d.

À medida que os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens. Enquanto aqueles declaram-se, estas estabelecem-se.⁶⁸

3.2 A (I)LEGALIDADE DA PRESTAÇÃO ESTATAL QUANDO DA OMISSÃO JUSTIFICADA NA RESERVA DO POSSÍVEL

A exploração exacerbada dos hipossuficientes representa acintosa subversão dos preceitos legais que versam acerca da proteção a dignidade da pessoa humana.

A gênese da dimensão dos direitos sociais se deu ante à necessidade de suplantar os desequilíbrios sociais, eis que aqueles emergem com o fundamento característico de conferir universalidade às prerrogativas fundamentais dos cidadãos.

Por meio dos direitos sociais que foram criadas as garantias constitucionais, através das quais, para a concretização das necessidades sociais, as atividades estatais estão obrigadas a mobilizar-se. Desta forma o Estado não mais poderá adotar uma postura inerte, omissa, onde espera que o mercado possibilite a construção de um Estado de bem-estar social.

Os direitos de segunda dimensão produziram simbiose entre o Estado e a sociedade, propiciando que a igualdade saia da esfera formal e adentre na esfera material, garantindo direitos a todos, principalmente à parcela da sociedade carente de recursos.

O direito à liberdade somente fazia sentido a quem podia prover as suas necessidades.

Sob o prisma da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais assumem a função de direitos prestacionais, de defesa e de não-discriminação. Caso tais funções não sejam realizadas pelo Estado, o indivíduo tem o direito de reivindicar perante o Judiciário, a concretização do dispositivo normativo.

Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público, a omissão do Estado,

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 88-89.

que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.⁶⁹

Ricardo Lobo Torres afirma que a proteção do mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, pois tais direitos se encontram nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos. Conforme o autor:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).⁷⁰

Os direitos fundamentais são invertidos no espaço público independente de declarações solenes de sua justicialidade e exequibilidade imediata, representando elementos imprescindíveis do ordenamento jurídico, impedindo que o Estado ou qualquer outro ente possa agredir seu conteúdo.

Para Gustavo Ferreira Santos a razoabilidade atua na escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins escolhidos.⁷¹

A ilação que se depreende não poderá ser outra senão esta: ou o legislador constituinte brasileiro teve criatividade teórica bastante para unir numa fórmula jurídica perfeita e acabada o Estado liberal com o Estado social – o que não aparenta já ser a realidade – ou produziu com aquela cláusula de garantias uma contradição enorme e frontal, que continuará a ser o desespero e tormento dos juízes e tribunais no exercício das competências de controle de constitucionalidade,

⁶⁹ TESTONI, Maurício. **A Teoria da Reserva do Possível frente à Teoria do Mínimo Existencial**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6c0cba7fd1d9c812> Acesso em: 05 de abr. de 2016.

⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. Ver também SARLET, Ingo Wolfgang.. Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81-82.

⁷¹ AGRA, Walber. Op. cit. p. 143.

em razão de eventuais colisões dos dois princípios, ambos de constitucionalidade máxima: o do Estado social e o do Estado de Direito. Qual deles porém prevalecerá?

A Constituição não responde. Mas a resposta está a caminho, por via jurisprudencial com as decisões e arestos da Corte Suprema brasileira, já pode-se vislumbrar qual patrimônio prevalece ante o cerceamento do direito a vida de forma digna.⁷²

Em virtude de sua efetividade complexa, a concretização dos direitos fundamentais sociais deve ser em cada caso concreta, observando, diante das conjunturas fáticas, a extensão de sua implementação. Com isso não se defende sua insegurança, variando ao sabor de uma caneta discricionária. Contudo, ele não pode ser aferido de forma voluntária, sem adequação com as condições sócio-político-econômicas.⁷³

A validade formal-positiva não serve mais para validar os parâmetros jurídicos, urgindo reestruturar o critério de validade através de requisitos materiais, e esses requisitos configuram-se nos direitos fundamentais. Argumenta-se que às prestações necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre de disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las, condicionando-os à reserva do possível, à separação dos poderes, às competências constitucionais sobre a reserva da lei orçamentária e ao princípio federativo.

Dessa forma, apesar da efetivação dos direitos sociais estar vinculada à reserva do possível, a parcela mínima necessária à garantia da dignidade humana jamais poderá ser esquivada, cabendo ao Judiciário, em casos de inadimplemento e mediante provocação, corrigir eventuais distorções que atentem contra a razoabilidade e a proporcionalidade.⁷⁴

Nessa feita, com o escopo de se desincumbir da obrigação constitucional de prestar diretamente tais serviços à população, e diminuir o dispêndio de receitas, o Poder Público, a partir da reforma constitucional operada pela Emenda Constitucional nº19/98, e pela regulamentação por intermédio de leis ordinárias, engendrou meios para transmitir sua incumbência às entidades privadas sem fins lucrativos, denominadas genericamente de órgãos do "terceiro setor". Deste modo,

⁷² BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 567.

⁷³ AGRA, Walber. Op. cit. p. 257.

⁷⁴ TESTONI, Maurício. Op. cit.

legitimou-se a delegação para referidas entidades, da obrigação estatal de prestar serviços sociais, mediante o recebimento de uma série de benefícios e incentivos por parte do Poder Público.

A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, inclusive quando induz que particulares executem atividades de interesse público, pois a atuação privada pode ser mais eficiente. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a execução de serviços essenciais por meio de convênios com organizações sociais.⁷⁵

A aprovação se deu quando maioria dos ministros reconheceu a validade da Lei 9.637/1998, que fixou regras para que entidades privadas atuassem como concessionárias em atividades de saúde, ensino, cultura e pesquisa científica, por exemplo.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE.⁷⁶

Verifica-se, a partir do texto introdutório da supracitada ação, o explícito intuito de dividir a responsabilidade da implementação de políticas públicas, iminentemente prestacionais com o setor privado.

(Continua)
DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE

⁷⁵ CONJUR – Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/stf-publica-acordao-libera-privatizacao-servicos-publicos> Acesso em: 05 de abr. de 2016.

⁷⁶ CONJUR – Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/stf-publica-acordao-libera-privatizacao-servicos-publicos> Acesso em: 05 de abr. de 2016.

CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO.

É cediço que o Estado tem obrigação de fornecer para população saúde, educação, segurança, transporte, moradia entre outras coisas. Acontece que nem sempre ele tem condições de fornecer, e neste diapasão é que ele então dá a concessão, ou seja, permissão para uma empresa privada, e esta fornecerá os serviços, mas com preços previamente pactuados com a administração pública e sempre sendo fiscalizada por esta também.

Podemos usar como exemplo clássico as empresas de ônibus, que realizam o transporte nas cidades. Elas são particulares, porém operam sob a fiscalização da prefeitura, e cobram tarifas antes aprovadas pelos gestores públicos. Se elas não atenderem à população da maneira estipulada em contrato, o prefeito pode substituí-las através da abertura de uma concorrência pública.

Também são concessionárias que administram rodovias, saneamento básico em algumas cidades, (serviço de água e esgoto), hospitais públicos podem também ser administrados por empresas concessionárias entre tantos outros exemplos.

O que se tem vislumbrado mais recentemente é a atribuição ao ente privado, da delegação de obras de moradia e lazer, a exemplo dos loteamentos urbanos. Estes, para obterem a aprovação municipal de executabilidade, devem estar com os parâmetros urbanísticos contingenciados às normas do plano diretor municipal. Situações pertinentes às significativas evoluções demográficas pelas quais passam os centros urbanos.

(Continua)

2 ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. 2 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

(AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. AYRES BRITTO REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX)⁷⁷

Entretanto, faz-se urgente enfatizar que a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e o trespasse de sua exploração a particulares,

⁷⁷ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/stf-publica-acordao-libera-privatizacao.pdf> Acesso em 05 de abr. de 2016.

antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública.⁷⁸

Deste modo, há previsão legal para a transferência do dever fazer Estatal em prol do coletivo às entidades privadas. Não obstante que tal delegação deva ser minuciosa e permanentemente fiscalizada para que a atividade administrativa do Poder Público possa, de fato, restar perfeita, válida e eficaz.

Somente uma escusa objetiva que justifique o argumento pela Reserva do Possível por parte do Estado, pode ensejar na negativa ao não atendimento de um direito fundamental.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, podemos inferir que o conceito da dignidade da pessoa humana não pode ser vislumbrado de forma taxativa, dada à complexidade das demais acepções que lhe compõe. Representa uma construção historicista das necessidades peculiares e mínimas a qualquer indivíduo, concretizando-se, desta feita, como um dos principais, senão o elementar, direitos a ser perseguido pela sociedade contemporânea.

Uma vez o homem representando o valor mais importante do ordenamento jurídico, é imprescindível que percebamos uma elaboração de constantes medidas que de fato assegurem as condições de vida digna a maior parte da população, eis a função precípua e permanente do Estado.

A Administração Pública tem como um dos princípios basilares o Princípio da Legalidade, e este associa-se a imprescindibilidade de garantias ao indivíduo em relação ao Estado, no que tange o exercício do poder que lhe é reconhecido.

A legalidade deve ser mais do que justa para o cidadão, uma vez que ao determinar o que pode e o que não pode ser praticado, delimitará o campo de atuação da Administração Pública e de seu gestor, com a finalidade de inibir conduta diversa daquela exigida na norma, qual seja o preceito fundamental da realização social em sociedade.

É elementar enfatizar ainda, que a matéria em estudo proporciona à sociedade maior segurança, pois como é notório o princípio da legalidade reclama por conduta em consonância com a norma, muito embora, constata-se indícios do descumprimento desta.

A não existência do princípio da legalidade, acabaria por contribuir com situações ao arrepio da lei.

Para que se preste a observância da dignidade da pessoa humana, não basta apenas existir a previsão legislativa, é necessário que o Estado desenvolva políticas públicas ativas e efetivas para o seu verdadeiro cumprimento.

A tese orçamentária é particular da Administração Pública, representando o dever desta em estudar e estabelecer meios de concretização das carências sociais. Não sendo admissível, ao Poder Público eximir-se de sua responsabilidade gerencial sob a alegação de insuficiência de verbas.

O Direito Constitucional constituía disciplina básica do Direito Público, é ele que estabelece as normas fundamentais da organização jurídica e condiciona debaixo de seus princípios, os demais ramos do Direito Público, com os quais se relaciona.

A tutela do interesse público compreende ao próprio fim do Estado. Portanto este tem por dever defender os interesses da coletividade e tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio é negar o próprio papel do Estado.

O interesse público não deve encontrar resistência pelo temor de risco aos direitos individuais, uma vez que tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Através da supremacia do interesse coletivo, é que protegem-se os direitos individuais.

Por sua efetividade complexa, a concretização dos direitos fundamentais sociais deve ser analisada em cada caso concreto, observando-se, diante das conjunturas fáticas, a extensão de sua implementação. Com isso não se pode vislumbrar sua insegurança, permitindo-se variações através de atos discricionários. O princípio do interesse público não pode ser aferido de forma voluntária, sem adequação com as condições sócio-político-econômicas.

As demandas mais voluntaristas e emergenciais vão sendo balizadas à medida que as questões forem sendo suscitadas perante as instâncias superiores, até chegar ao Supremo Tribunal Federal que definirá a normatividade de seus contornos.

A cláusula da reserva do possível, importada do Constitucionalismo Alemão, surgiu como um limite à efetivação dos direitos fundamentais. Porém não de forma fática, como se dera no Tribunal Alemão, mas meramente postergante.

No Brasil, a cláusula foi associada à existência ou não de recursos financeiros para tornar efetivos os direitos sociais. Entretanto, sem encontrar respaldo legal para ser suscitada de forma taxativa, nas demandas propostas pela coletividade em desfavor do Estado, a alegação de escassez de recursos públicos vem sendo declinada a medida que a doutrina e também a jurisprudência têm se posicionado sobre o aspecto econômico da mesma, principalmente acerca da identificação de

meras alegações do Estado na tentativa de omitir-se das responsabilidades originárias e de caráter fundamental da sociedade.

A consideração da razoabilidade ou não da pretensão, conforme se depreende do conceito apresentado pelo tribunal alemão para a reserva do possível, caberá à sociedade como um todo. É imperativo a esta definir os limites da atuação estatal em prol de seus membros, considerados individualmente. Apenas aquilo que se entende como razoável fará parte da reserva do possível e poderá ser concedido aos indivíduos.

Não se defende aqui, a alegação da reserva do possível pelo Estado para que ele possa simplesmente se furtar ao cumprimento de suas obrigações, em especial aquelas previstas em nível constitucional. O que se pretende é que, ainda que exista disponibilidade financeira, não é tudo que é razoável ao indivíduo exigir do Estado.

E não obstante a efetivação de serviços definidos no texto constitucional como de caráter prestacionais em favor da sociedade, o Estado poderá ainda lançar mão de repasses às instituições privadas da responsabilidade de realização daqueles, devendo portanto, apenas supervisioná-las quando da concretização.

Portanto, a legalidade da atuação pública no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, devendo-se sopesar apenas as questões pertinentes a perfeita e eficaz satisfação das demandas sociais e sua instrumentalidade legal.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Forense, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo, 2008.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Flores e Mano, s/d.

BARROSO, Luís Roberto. – **A Dignidade da Pessoa Humana No Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. Editora Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2012.

CAÑAS, Antonio Gordillo. **Ley principios generales y constitución, de la teoria de las fuentes del derecho”, in Armario de Derecho Civil. T. LXI**. 2ª ed. 1988

DA CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora JusPodivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 19ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

GONZÁLEZ, Mario B. **Constitución Política y Leyes Complementarias**. 2ª ed. Santiago, 1958. V. também. Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional. 27ª ed. São Paulo, 2012.

GORDILLO, Agustín. **Introducción al Derecho Administrativo, apud Eros Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988**.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)Caminhos de um Direito Constitucional ‘Comparado’**. Sergio Fabris. Porto Alegre, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Malheiros Editores, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Estrutura Constitucional do Estado**. 6ª ed. Coimbra Editora, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. Editora ATLAS. São Paulo, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Editora Almedina, 2007.

PECZENIK, Alexandre. “ **Principles of law**”, in **Rechtstheoric**, vol. 2. V. também Paulo Bonavides, A Constituição Aberta.

PIOVESAN, Flávia. **Dos Princípios Constitucionais : Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2ª ed. Editora Método. São Paulo, 2008.

QUINTANA, V. Liñares. **Tratado de La Ciencia del Derecho Constitucional**, V. I. Buenos Aires, veja também, Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional)

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro, 1997.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e Possibilidades**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. 2ª. ed. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba, 2007.

Fontes Eletrônicas

HUNT, Linn. **Política, cultura e classe na Revolução Francesa**. Disponível em <http://www.scholar.google.com.br>. Acesso em 15 de set. 2014

GOMES Magno Federici , FREITAS Frederico Oliveira – **Artigo sobre Direitos Fundamentais e Dignidade Humana** .Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/index.ph>. Acesso em: 28 de nov. 2014

ARAÚJO, Kátia Patrícia de. **Revista Acadêmica – vol. 83** . 2011. Disponível em <http://www.repositório.ufpe.br/index.ph> Acesso em: 10 de dez. 2014.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.ph>. Acesso em: 10 de dez. 2014.

JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de. Recurso Inominado. RI 04406298920138190001 RJ 0440629-89.2013.8.19.0001. Disponível em: <http://tj->

rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150960890/recurso-inominado-ri-4406298920138190001-rj-0440629-8920138190001 Acesso em: 06 de dez. 2015.

SERGIPE, Tribunal de Justiça de. Apelação Cível 2009209545 (Câmara Cível).

Disponível em:
<http://jurisprudencia.tjse.jus.br/searchPRINCIPIO+DA+LEGALIDADE> Acesso em: 06 de dez. 2015.

TESTONI, Maurício. A Teoria da Reserva do Possível frente à Teoria do Mínimo Existencial. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6c0cba7fd1d9c812> Acesso em: 05 de abr. de 2016.

Conjur – Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/stf-publica-acordao-libera-privatizacao-servicos-publicos> Acesso em 05 de abr. de 2016.