Número 16 – dezembro/janeiro/fevereiro 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

O DIREITO ADMINISTRATIVO, OS ATOS DE GOVERNO E OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Profª. Kaline Ferreira Davi
Advogada da União, Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

SUMÁRIO: Introdução; I – Crise do paradigma da vinculação à lei; II – O principialismo e a filtragem constitucional como justificativa para a derrocada do legalismo administrativo; III – Os atos de governo, sua natureza, regulamentação e controle; IV – Os direitos sociais e sua força normativa; V – Posição do STF em relação ao controle dos atos de alta densidade política; Conclusão.

RESUMO: Através deste artigo pretendemos iniciar uma discussão sobre a essência dos atos de governo, para que ele se torne mais permeável ao direito, o que refletirá no controle das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Atos de Governo – Direitos Sociais – Controle – Discricionariedade administrativa.

ABSTRACT: Our purpose through this article is to initialize a discussion on the essence of the government acts, so that it may became more permeable to the law, which shall reflect upon the control of the public policies that implement social rights.

KEYWORDS: Governemensts acts – Social Rights - Control of the public policies.

INTRODUÇÃO

Com a transformação política do nosso País que passou de Estado Liberal para Estado Social e agora para Estado Regulador, as funções estatais aumentaram demasiadamente, tínhamos um aparato estatal compatível com uma política estruturada para a omissão, abstenção do Estado em prol das

liberdades individuais; e passamos a ter um Estado ativo, interventivo, prestacional e por último policêntrico, com a pulverização do poder estatal entre as agências reguladoras independentes .

Nesse momento de intensificação da atividade estatal é que surgem as políticas públicas, que se concretizam por meio de ações positivas do Estado.[1] Pode se chegar até a afirmar que um dos *fundamentos das políticas públicas é a existência de direitos sociais*.

São elas, as políticas públicas, responsáveis pela *harmonização das atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinadas.*[2] Sobre essas políticas ainda não se tem unanimidade na doutrina sobre a sua regulamentação, se deveriam ser reguladas pelo Direito Administrativo ou se deveriam ser objeto do Direito Constitucional.

O que observamos é que as políticas públicas envolvem uma série de atos do Executivo, do Legislativo e de entes privados. No tocante as ações do Executivo, ora ele pratica atos de governo com alto grau de decisão política – fixando metas ou apontando diretrizes – e ora ele age instrumentalmente, praticando atos meramente administrativos de concreção das metas fixadas.

Nesse caso, concluímos que as políticas públicas são incompatíveis com o direito administrativo de outrora que se respaldava em paradigmas ultrapassados, conforme demonstra lucidamente Gustavo Binenbojm[3], listando os quatro paradigmas do Direito Administrativo em xeque na atualidade: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a vinculação positiva à lei como submissão total do agir administrativo à vontade do legislador; a impossibilidade de revisão judicial do mérito administrativo; e, por fim, a centralização e hierarquia única do Poder Executivo.

I – CRISE DO PARADIGMA DA VINCULAÇÃO À LEI

Com base nessas necessárias transformações e atualizações do direito administrativo, concluímos que as políticas públicas, embora se constituam de atos meramente administrativos e de atos de governo - de cunho preponderantemente político - oriundos dos dois poderes Legislativo e Executivo, é ao Executivo que cabe a tarefa mais importante, que é a idealização do programa ou plano de ação para a concretização das finalidades pretendidas. É no Executivo que é gerada estrategicamente a política pública,

[1] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Revista Trimestral de Direito Público**. As políticas Públicas e o Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, n. 13, p. 135/144, 1996. p.135
[2] Op. Cit. p. 136
[3] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006. 23/24

portanto, embora esteja a Administração, nessa função específica, investida de responsabilidade constitucional, isso não é o bastante para descaracterizar esses atos preponderantemente políticos, de espécie do gênero ato administrativo[4]. Observem, que um dos paradigmas a serem ultrapassados pelo novo direito administrativo é a idéia de positivação à lei como submissão total do agir administrativo, admitindo-se que a Administração pode agir subordinada diretamente à Constituição, mesmo que isso implique até em descumprimento do texto normativo infra-constitucional.

Surge a idéia de juridicidade administrativa, alterando-se o foco das atenções, que passa a não incidir mais na lei e sim na Constituição. Isso quer dizer que a atividade administrativa só se respaldará na lei se esta for constitucional; mas, poderá também a Administração se fundamentar diretamente na Constituição, ou até contrariar a lei através de uma ponderação do princípio da legalidade com outros princípios, o que é perfeitamente viável, uma vez que nenhum princípio é absoluto, sendo todos, inclusive o da legalidade, passível de ponderação quando entra em choque com outros princípios.[5]

Partindo dessa idéia de vinculação do agir administrativo vinculado à constituição, coloca-se em xeque a justificativa de que os atos políticos não pertencem ao objeto do direito administrativo, simplesmente porque, nesse caso, o Administrador não age de acordo com a lei, mas sim em conformidade com a Constituição. Acatar tal desculpa seria admitir que o Direito Administrativo privilegia muito mais os atos normativos infra-constitucionais do que as próprias normas constitucionais, movimento inverso a todo processo contemporâneo do neoconstitucionalismo.

---

[4] "Negamos a existência de ato político como entidade autônoma. O que existe é sempre ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado de fundamento político. O impropriamente chamado ato político não passa de um ato de governo praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os poderes do Estado. A lei é um ato legislativo com fundamento político; o veto é um ato executivo com fundamento político a suspensão condicional da pena é um ato judiciário com fundamento político. Daí a existência de uma política legislativa, de uma política judiciária." MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 45.

[5] A idéia de juridicidade administrativa como substitutiva da legalidade administrativa foi esposada por Gustavo Binebojm, que com maestria assim afirmou "[...] A constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo uma *verdadeira osmose entre a constituição e a lei.* Pode-se assim dizer com Canotilho, que abre caminho para uma *legalidade sem lei*. " Op. Cit. p. 131

II – O PRINCIPIALISMO E A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL COMO JUSTIFICATIVA PARA A DERROCADA DO LEGALISMO ADMINISTRATIVO

Estamos num século em que a dogmática brasileira sofreu impacto do que alguns chamam de pós-positivismo ou principialismo Caracteriza-se pelo esforço de se ultrapassar o legalismo estrito que rejeitou o jusnaturalismo e às categorias metafísicas. Esse movimento de oposição ao positivismo normativista deu ensejo a normatividade dos princípios; definição de sua relação com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e principalmente o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. [6]

Todas as legislações do ordenamento jurídico passaram a ter como parâmetro de legitimidade a constituição, o que Luís Roberto Barroso chama de filtragem constitucional e que Tércio Ferraz chama de força neutralizadora[7]. É o fenômeno através do qual todas as leis do ordenamento jurídico são vistas sob a ótica dos princípios constitucionais, e o Direito Administrativo não poderia ficar à margem desse fenômeno.

Cabe neste ponto, já que mencionamos os princípios constitucionais como formadores desse filtro constitucional, fazermos uma breve análise do que pode ser considerado como princípio.

Para Dworkin[8], a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica. Ambos são conjuntos de normas que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas numa particular circunstância. Mas se diferenciam no caráter da direção que apontam. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada, ou seja, são disjuntivas, aplicam-se ou não se aplicam ao caso. Por sua vez, os princípios, embora muito se pareçam com as regras, não indicam uma conseqüência legal que automaticamente se segue quando as condições dadas se realizam.

Humberto Ávila[9] diferencia os princípios dos postulados e axiomas ensinando que axioma é uma verdade aceita por todos, dado que não é possível nem necessário prova-lo; postulado normativo no sentido kantiano é

---

[6] BARROSO, Luís Roberto. Interesses Públicos versus Interesses Privados. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. Prefácio

[7] FERRAZ, Tércio Sampaio.Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1989:
A noção dogmática e ideológica de legitimidade permite uma compreensão operacional da constituição, no sentido de se obter uma congruência entre seus diversos planos de atuação. Essa noção faz com que o agir constitucional e o agir conforme a constituição, normas valham em procedimentos que equivalem a suposições do consenso de todos. Isto é possível porque, num sentido global, legitimidade é tomada como uma espécie de valoração neutralizadora, ou seja, um ponto de vista avaliativo que tem por efeito básico a neutralização, entendendo-se por neutralização não a eliminação mas a possibilidade de fazer com que outras possibilidades não sejam levadas em conta, ou seja, não sejam tomadas como relevantes (p.19)

[8] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (p. 35)

[9] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

aquele que explica como pode ser obtido o conhecimento do Direito; e princípio revela o próprio conteúdo do Direito colaborando na aplicação de outras normas do ordenamento jurídico.

Robert Alexy[10] defende que existem duas construções de direito fundamental: uma estreita e exata; e a outra ampla e larga. A primeira diz respeito às regras e a segunda aos princípios. A construção estreita afirma que as normas que concedem direitos fundamentais são normas jurídicas iguais a qualquer outra e são aplicáveis do mesmo modo, se distinguem somente no fato de que elas protegem o cidadão contra o Estado. A construção larga demonstra que os direitos fundamentais revelam um ordenamento de valores objetivos que valem não somente para a relação do Estado com o cidadão, mas para todas as relações de direito, assim, alarga o conceito de direitos fundamentais para além das regras, para caracterizarem princípios.

Duguit[11] não concebe o direito como obra do legislador, mas sim como produto dos fatos sociais. Para eles os códigos podem permanecer os mesmos, o que importará muito pouco, pois é a pressão das necessidades práticas que formam, constantemente, instituições jurídicas novas. O que vai importar é uma interpretação sábia e sutil que dê ao texto arcaico um alcance que o próprio legislador desconhecia ao redigi-lo.

Sobre o mesmo tema Orlando Gomes[12] citou o problema das leis em descompasso com a realidade social, ou sobre o direito em mora com os fatos, comentando que não são poucas as leis que divorciadas da realidade social e econômica do País, deixam de ser aplicadas, tendo vida apenas no papel, não contribuindo em nada para o desenvolvimento do país, o que desencadeia um fenômeno denominado *torsão interpretativa* que é a criação de instituições jurídicas à margem do direito. Essa torsão é alteração do sentido e alcance da lei par atender a finalidades que rigorosamente não poderiam ser alcançadas.

Dessas lições se extrai a importância da aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais e adminstrativos e da utilização, por esses, de uma interpretação criativa que consiga extrair dos textos legais a verdadeira *mens legis*, capaz de concretizar um direito novo, justo, compatível com a ordem constitucional que privilegia o princípio da dignidade humana.

Daniel Sarmento[13] comenta a visão anti-utilitarista de Dworkin que considera os princípios relacionados aos direitos fundamentais impassíveis de ponderação com as diretrizes políticas, o que Sarmento considera inaplicável ao nosso País por termos adotado uma constituição social. Vale esclarecer que

---

[10] ALEXY, Robert. **Revista de Direito privado.** Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 24. Ano 6. 2005. p.335

[11] DUGUIT, Lèon. Las Transformaciones del Derecho. Buenos Aires: Editorial Heliasta. p. 171/172

[12] GOMES, Orlando. Direito e Desenvolvimento, Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1961

[13] SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 87.

Dworkin considera como diretrizes políticas a promoção de objetivos da comunidade. Assim, o que ele prega é a impossibilidade de o individual ceder, em qualquer hipótese, diante do coletivo.

Continua Sarmento lembrando que a teoria contemporânea dos direitos fundamentais prega, justamente, que esses direitos, sejam eles sociais, individuais ou políticos, devem ser efetivados através de políticas públicas estatais, que compõem o que Dworkin denomina de diretrizes políticas. Assim, o que se percebe é uma invasão do público no privado, do individual no coletivo, e numa impossibilidade de se aferir abstratamente qual direito ou interesse deve prevalecer num caso concreto, o que dependerá sempre de ponderação.

Não negamos que as políticas públicas, por estarmos num estado de direito onde nos sujeitamos ao princípio da legalidade, dependam do legislativo para realizar as suas metas, contudo, é no Executivo, poder que preponderantemente exerce a função administrativa, que são idealizadas essas políticas, é dele o papel de articulação e organização dos fatores de desenvolvimento, pois, é o Executivo que dispõe, ou deveria dispor de técnicos habilitados para traçar essas estratégias governamentais, e, é tarefa do Direito Administrativo constitucionalizado, ou seja, do novo Direito Administrativo, regular essas atividades políticas, pois são elas, não mais que a expressão da competência discricionária da Administração.

Ratificando nosso posicionamento, Andreas Krell[14] afirma que as normas constitucionais programáticas as quais chama de *normas objetivo ou normas de criação*, possuem uma programação finalista e servem de base para a implementação de políticas públicas, o que afasta a idéia de que os órgãos da administração sejam apenas executores das leis, ao contrário, são eles que detêm o poder de idealizar estrategicamente as políticas públicas, que vão precisar do apoio e aprovação do legislativo, mas tem o seu nascedouro no Executivo.

III – OS ATOS DE GOVERNO, SUA NATUREZA, REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE

A partir dessas considerações, passaremos a analisar os atos de governo praticados pelo Executivo e o controle exercido sobre eles, que são, sem dúvida, os mais relevantes atos praticados pela Administração, pois indicam os caminhos a serem seguidos pelo Estado, são os atos emanados do mais alto escalão do Executivo, e definem os rumos de vários setores da

[14] KRELL, Andréas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental.** 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 19

sociedade, o econômico, o político e o social. Do sucesso dessas políticas depende todo o desenvolvimento de uma nação.

Sobre os atos de governo Di Pietro[15] ensina que a Administração Pública emana atos de produção jurídica complementares, efetivando o que a lei – ato de produção jurídica primária – determina abstratamente. Só que esses atos complementares não se resumem apenas à mera função administrativa, afirma a autora, o que para ela corresponde ao serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia; abrangendo também a função política ou de governo que compreende as atividades co-legislativas e de direção.

Comungamos do entendimento de Di Pietro quando afirma que não existe uma separação precisa entre essas duas funções – a política e a administrativa – contudo, dissentimos da autora quando ela afirma que a administração efetiva a lei simplesmente. Para nós, em muitos casos, a Administração concretiza normas da própria Constituição, mesmo que ainda não exista lei regulamentadora. É justamente por defendermos esse posicionamento, que se coaduna com a teoria da constitucionalização do direito administrativo, que consideramos os atos de governo como típicos atos administrativos, e como tais, passíveis de regulamentação pelo direito administrativo.

Assim, a regra de que os atos de governo não são sindicáveis pelo Judiciário a menos que firam interesses individuais, é injustificável. Se existe uma responsabilidade constitucional na tomada de decisões políticas do Estado não podemos admitir a impossibilidade de apreciação pelo Judiciário como regra. Os atos de governo que forem perpetrados com objetivos outros, desrespeitando as prioridades constitucionais, poderão sempre ser revistos pelo Judiciário. Não podemos admitir uma regra de não apreciação de atos de governo pelo judiciário, mas sim, a aplicação do mesmo tratamento que deverá ser dispensado aos atos administrativos produzidos no exercício da competência discricionária, que para nós pressupõe apenas margem remanescente de liberdade.

Discorrendo sobre o controle da Administração Ferreira Filho[16] afirma que o Judiciário sempre aparece como defensor dos direitos individuais em face da Administração Pública, e nesse ponto se refere ao advento da ação popular e da ação civil pública, já existentes antes da CF/88 e consagradas e ampliadas por ela. Lembra o autor que a Constituição amplia a legitimidade do Ministério Público para que em sede de ação civil pública possa defender o patrimônio público e outros interesses sociais transindividuais, o que encarrega o Estado de manter um aparato voltado para a fiscalização das atuações discricionárias lesivas também dos interesses coletivos.

---

[15] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2003, Ed. 15ª. p. 56

[16] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva. 2003. p.207/213

Defende o autor que essas condutas discricionárias da Administração embora não tenham seu mérito vinculados ao paradigma de uma lei, devem apresentar adequação a uma meta, o que deverá ser apreciado pelo Judiciário. Para ele as expressões ato político ou ato de governo levam alguns em análise superficial a supor equivocadamente que basta apenas uma conotação política para que esteja fora do âmbito de apreciação do Judiciário.

Ensina Ruy Barbosa:

> *"Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica."*[17]

Com base nisso é que acreditamos ser o ato de governo um ato administrativo com baixo grau de vinculação ou nenhuma vinculação à norma infra-constitucional, passível de controle pelo Judiciário, que deverá apreciar qualquer suposta lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais ou coletivos, seja por uma ação ou por uma inação do Estado, tendo como parâmetro a Constituição e os princípios.

O controle dos atos de governo deve ser exercido com a necessária readequação do mérito administrativo, que não deve ser uma desculpa prévia e hipotética para a não apreciação desses atos, pois a extensão desse mérito quem deve estabelecer é o Judiciário, em cada caso concreto, e tomando como base os direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República, com ênfase na dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, vale fazer um breve relato da aferição histórica da discricionariedade. No século XVI ela era considerada a genuína expressão da soberania do monarca, até a Revolução Francesa, quando surgiu a preocupação com os direitos individuais. A partir do século XIX é que houve a retirada da prerrogativa do Executivo de editar leis, substituindo-se à vontade do monarca pela vontade do povo. Surgiu a separação dos poderes e a distinção entre Governo e Administração, sendo ao primeiro atribuída função política e discricionária livre da apreciação judicial; e à segunda a administração propriamente dita.[18]

[17] Lição de Ruy Barbosa citada por FERREIRA FILHO: Op. Cit. p. 193
[18] KRELL, Andréas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental.** 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 19/25

O grande desafio para o jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do executivo com a legalidade. Nesse tempo a discricionariedade era vista como uma herança indesejável do absolutismo e deveria ser estirpada. Em momento posterior, porém, foi visto que a discricionariedade era necessária para a eficiência da Administração, pois ao legislador não é possível prever todos os acontecimentos, e por isso deixa à discrição do Administrador.

Percebe-se do que foi posto sobre a discriconariedade, que ela se originou do poder ilimitado da monarquia absoluta, para depois se transformar em uma técnica de eficiência para a adminsitração, o que nos leva a duvidar dessa finalidade virtuoso – maior eficiência para a administração – para apostarmos numa finalidade bem menos desejada - o arbítrio.

O vocábulo discricionariedade tem sua raiz no verbo latino *discernere*, o que significa separar, distinguir ou avaliar[19], verbos que em nada pressupõem liberdade de ação, opção de escolha, exteriorização de vontade pessoal. Ao contrário, equivalem a prognóstico técnico, preciso, fruto de uma avaliação da situação concreta a fim de ser tomada a decisão mais adequada ao caso concreto, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse coletivo.

Após os comentários e ensinamentos de que nos servimos para entendermos melhor as políticas públicas, concluímos que ela é, sem dúvida, fruto de uma ação conjunta entre Legislativo e Executivo, sendo desse último o responsável pela função de maior relevência, que é a idealização de toda a estratégia desse programa político.

É justamente nessa montagem de estratégia que surge a escolha política dos caminhos a serem seguidos – onde investir, de onde tirar a receita, etc. – atos dotados de extrema carga discricionária, cujos limites de judicialidade devem seguir parâmetros constitucionais.

Respaldando-nos na teoria defendida por Ana Paula de Barcellos[20] o Estado deverá adotar critérios para gastar o dinheiro público e eles devem estar em absoluta harmonia com as prioridades elencadas pela Constituição Federal.

O Estado arrecada recursos através da cobrança de tributos, que devem ter vinculação constitucional e legal, do mesmo modo, no momento de eleger as prioridades para despesas, não pode agir livremente. A alegação de que a receita não é suficiente para cobrir todas as despesas e que a opção pelo investimento do dinheiro público envolve juízo discricionário de oportunidade e conveniência do gestor, o que configura ato subjetivo, não encontra respaldo num estado de direito constitucional.

---

[19] Op. Cit. p. 20

[20] BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem. SãoPaulo/Rio de Janeiro: 2002 p. 236/246

A prioridade é investir os recursos na realização dos direitos fundamentais, com preponderância daqueles relacionados com a dignidade da pessoa humana, e, a receita remanescente, essa sim poderia ser empregada em outras metas, porém sempre respeitados parâmetros constitucionais e legais, bem como a razoabilidade e a proporcionalidade.

IV – OS DIREITOS SOCIAIS E SUA FORÇA NORMATIVA:

Não existem normas na Constituição da República sem força coercitiva, isto porque as forças reais de poder que atuam no plano sociológico e político passam a integrar o mundo jurídico através da constituição escrita, ou constituição jurídica, que só representará uma insignificante folha de papel inútil caso não exteriorize os interesses dos sujeitos detentores das forças reais de poder, do contrário, são legítimas e eficazes.

Edvaldo Brito[21] afirma que a eficácia da norma constitucional sempre foi objeto de reflexão, sobretudo por causa do entendimento tradicional da norma programática. Contudo, para ele, a eficácia é um pressuposto da efetividade, porque somente se estabiliza a norma que, apta a gerar conseqüência, tem um relato capaz de ser recebido pelo destinatário de modo que não ocorra desconfirmação e, em havendo esta, ocorra sanção, tudo formando uma relação de adequação entre o relato e cometimento .

Citando Ruy Barbosa o autor afirma expressamente que a constituição é incompatível com a doutrina tradicional da norma programática, pois o contrario resultaria em que as hipóteses normativas não seriam propriamente normas, mas sim meros conselhos, o autor declara sua posição afirmando que todas as cláusulas constitucionais têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional.

Comungamos da mesma opinião. A fundamental diferenciação das normas jurídicas em relação às demais normas de conteúdo puramente ético ou moral é a sua força cogente, que se lhe for subtraída, como propugnam os doutrinadores tradicionais em relação às normas programáticas, transformarão os direitos sociais e econômicos em simples compromissos ético-sociais para serem cumpridos quando e se as autoridades públicas quiserem.

Admitimos que realmente seja difícil conseguir identificar na norma constitucional a sanção estipulada para o caso de descumprimento da norma constitucional hipotética. Nesse aspecto nos servimos da magistral lição retirada tanto de Kelsen quanto de Córsio. Foi da teoria Kelseniana o mérito de lembrar da estrutura dual da norma, quando Kelsen em obra póstuma,

[21] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993 (p.51/52)

apresentou novas idéias e admitiu que uma norma pudesse apresentar uma parte inteiramente independente da outra, só sendo ela inteiramente concebida no entrelaçamento lógico de seu conjunto.

No caso específico da constituição entendamos o entrelaçamento de seus próprios dispositivos, uma vez que a constituição não poderá buscar sua integração em normas infraconstitucionais, a não ser em casos expressos no seu próprio texto.

Partindo da estrutura dual de Kelsen e complementando-a com as idéias Corsianas, Edvaldo Brito conclui que na constituição, principalmente na parte dogmática, serão encontradas proposições hipotéticas disjuntivas constituídas de relato/endonorma e de cometimento/perinorma (contém a sanção), ocorre que esse cometimento não se expressa apenas na linguagem verbalizada, comumente encontrada nas normas jurídicas, mas também quando essa mensagem normativa está dissipada em todo o repertório convencionado. [22]

Considere-se nesse repertório não só a parte dogmática[23], mas também o prefácio e as disposições transitórias para que tenhamos uma norma jurídica completa e para facilitarmos o processo interpretativo da Constituição.

A norma é eficaz quando irradia efeitos[24], quando produz resultados e isso é uma qualidade indispensável às normas constitucionais, que são forças reais de poder transformadas em direito pela norma jurídica, dotada, sempre, de força normativa.

Valendo-nos da lição de Hesse[25] a força normativa da constituição não se resume apenas na adaptação de uma realidade. A constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas ela mesma deve representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a vontade do poder, mas também a vontade da constituição.

Como se infere do pensamento de Hesse, embora ele mencione a concretização da vontade da constituição, ele considera peça fundamental a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, sem a qual não há efetividade de direitos. Isso quer dizer que a vontade da constituição só representa algo concreto se for revelada pela vontade e atitude humana.

---

[22] BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993

[23] É o texto articulado da norma constitucional que mais se assemelha com as demais normas jurídicas.

[24] Op. Cit. p. 56

[25] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Fundindo o pensamento de Edvaldo Brito, Lassale e Hesse concluímos que a constituição na essência é um conjunto de fatores reais de poder, que adentram no mundo do direito pela constituição jurídica ou escrita, e esta, só será legítima na media em que estiver em consonância com a sua essência. Além disso, a própria Constituição tem como objetivo normativo remodelar a realidade através de sua própria vontade que deverá ser revelada pelos responsáveis pela ordem constitucional, que não têm nessa tarefa uma mera faculdade, mas sim um dever jurídico, o que se incompatibiliza com a idéia de normas constitucionais como meros conselhos.

Os direitos sociais insculpidos no art. 6º da Constituição da República constituem-se em preceito normativo dotado de força imperativa, constituem proposição hipotética disjuntiva constituída de endonorma e de perinorma (contém a sanção), ocorre que essa sanção não se expressa da forma corriqueira como na maioria das normas jurídicas, essa mensagem normativa está dissipada no repertório normativo constitucional, que é integrado pelo prefácio, pela parte dogmática e pelas disposições constitucionais transitórias.

Frise-se que a força normativa da Constituição só será realmente sentida num Estado onde as funções públicas ou os responsáveis pela ordem constitucional se submetam à lei emitida em conformidade com a Constituição, o que só ocorrerá através do exercício da função jurisdicional.

Nesse ponto cabe lembrar o que disse Bachoff[26] ao enaltecer a Suprema Corte Americana quando entrou em conflito com o Poder Executivo, e saiu fortalecida, sendo rechaçada quase unanimemente a tentativa de Roosevelt de reorganizar o Tribunal, como forma de calar o Judiciário americano. Tal acontecimento demonstrou a independência da Corte Constitucional no cumprimento de seu dever de zelar pela constituição, mesmo que para isso desagradasse o Poder Executivo e estivesse, inclusive, ameaçado de sofrer algum tipo de retaliação política . Isso é o que almeja qualquer sociedade de um estado de direito, um Poder Judiciário que garanta a efetividade de seus direitos sem se preocupar com trocas de favores tão prejudiciais a República e responsáveis pelo descrédito nas instituições.

Calmon de Passos ensina que nenhuma norma, como mero juízo ou enunciado, está dotada de efetividade[27]. Essa afirmação à primeira vista parece negar tudo o que foi dito até aqui sobre a efetividade e força normativa dos direitos sociais, porém, mostrar-se-á o contrário. A afirmativa de que uma norma por si só não tem efetividade é uma verdade inegável e ratifica o que se propõe a demonstrar nesse trabalho, que tudo dependerá dos homens, da vontade de por em prática um direito abstrato e sem vida, enquanto resumido a tinta e folha de papel.

O grande obstáculo a essa tarefa realizadora das prestações sociais advém do esvaziamento do instrumental que foi posto a disposição do povo

[26] BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Almedina, 1994 (p.83)
[27] PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48

pela Constituição Federal, o que ocorre com a colaboração ativa do judiciário brasileiro, como se deu no caso do Mandado de Injunção, importante remédio constitucional contra a omissão do legislativo e que, por força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, foi reduzido a um nada jurídico.[28]

V – POSIÇÃO DO STF EM RELAÇÃO AO CONTROLE DOS ATOS DE ALTA DENSIDADE POLÍTICA

Vale comentar, ainda, duas decisões do STF que demonstram o controle efetuado por parte desta corte, em relação aos atos dotados de elevado grau político-decisório. Vejamos:

> **RE247924/RO – RONDÔNIA RECURSOEXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 30/05/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma**
>
> Ementa
>
> **EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Magistratura. Promoção de entrância. Disputa de vaga por merecimento. Composição da lista. Eleição de forma isolada, vaga por vaga. Precedente. 3. Motivação das decisões administrativas, art. 93, X, da CF. Dispositivo constitucional não violado. Precedente. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento**
>
> **Voto do Relator:**
>
> [...]E no que diz respeito à publicidade dos motivos daquela decisão, por parte dos seus prolatores, esta Corte, na ADI 189 (Rel.Celso de Mello, DJ 22.05.92) e na AO 70 (Rel. designado Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.93), assentou, como perfeitamente sumariado nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto-vista na ADI 189,que dentre as atribuições político-administrativas conferidas aos Tribunais pelo nosso modelo constitucional se encontra aquela, de "*colorido nitidamente político – mais que discricionário*", de escolha do magistrado a promover por merecimento.

[28] O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Injunção nº 107 esvaziou o instituto, emprestando uma interpretação restritiva, ao entender que caberia apenas dá ciência ao órgão encarregado da elaboração da norma regulamentadora sem qualquer repercussão na situação subjetiva do impetrante, transformando o Mandado de Injunção num sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

> Por esse motivo, desde que observada a regra da alínea "b"do inciso II do art. 93 da CF (o que já se demonstrou no caso), não se faz constitucionalmente necessária a formalização, pelo órgão colegiado do respectivo Tribunal ou por seus membros individualmente considerados, da motivação do ato de escolha de magistrado para promoção por merecimento. Nesse sentido, o MS 24.305, Pleno, por mim relatado, DJ 19.12.03, no qual restou consignado no voto. (grifei)

Observe-se que a decisão proferida pelo STF se respaldou no entendimento de que o ato de promoção de magistrados por merecimento, por ser um *ato de colorido nitidamente político*, prescinde de motivação, o que demonstra a total ausência de controle pelo Judiciário de atos dessa natureza, uma vez que destituído de motivação não existe possibilidade de aferição de juridicidade. A motivação é elemento obrigatório do ato administrativo, inclusive daqueles de natureza discricionária, mas, o ministro relator criou, neste acórdão, uma nova classe de atos, os *atos mais que discricionários*. Para nós, esses são os arbitrários!

Em posicionamento diametralmente oposto, o ministro Celso de Mello proferiu a seguinte decisão:

> **RE/AgR410715/SP - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma**
>
> **EMENTA**
>
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do

> mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Como se vê, em decisões como esta o STF demonstra outra tendência em relação ao controle dos atos políticos, chegando ao ponto de admitir a competência jurisdicional para obrigar o poder público a realizar políticas públicas determinadas pela Constituição. São decisões como esta que esperamos do nosso Judiciário.

CONCLUSÃO

Mesmo sendo um tema corriqueiramente debatido entre estudiosos do direito constitucional, as questões relacionadas à efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição, essa efetividade somente será plenamente assegurada quando o Direito Administrativo garantir o desenvolvimento dessas práticas administrativas concretas capazes de promover a transformação social.

Enquanto o direito administrativo não se constitucionalizar para adotar como eixo central de sua teoria os direitos fundamentais, não haverá possibilidade de dispensar um tratamento à discricionariedade administrativa, compatível com o estado democrático de direito. Por isso, a efetividade dos direitos sociais estará ainda mais comprometida, posto que, a atividade prestacional a ser realizada pela Administração se desenvolverá através dos atos de governo, que, como demonstramos, são atos praticados no uso de sua competência discricionária, tema que se reveste da maior importância no controle das políticas públicas, que ainda são geradas e executadas sem o controle devido e de forma incompatível com um governo republicano.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5.ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

ALEXY, Robert. **Revista de Direito Administrativo.** Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Rio de Janeiro: Renovar. V.217

_____. **Revista de Direito privado.** Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 24. Ano 6. 2005

BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 1994

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem. SãoPaulo/Rio de Janeiro: 2002

BARROSO, Luís Roberto. **Revista Zênite Web Direito Adminisdtrativo**. A intervenção do estado no domínio econômico. Zênite, 1998

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Revista Trimestral de Direito Público**. As políticas Públicas e o Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, n. 13, p. 135, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1995.

DALLARI, Dalmo Abreu. **1º Encontro Braileiro de Direitos Humanos.** São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003,.

DUGUIT, Lèon. **Las Transformaciones del Derecho.** Buenos Aires: Editorial Heliasta.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. *Derechos en Serio.* Barcelona, Editora Ariel, 1984.

_____. **Uma questão de Princípios.** Trad, Luís Broges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001

FERRAZ, Tércio Sampaio.**Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva. 2003

GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento.** Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1961

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

KRELL, Andréas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental.** 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005

SCHIER, Paulo Ricardo. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

DAVI, Kaline Ferreira. O DIREITO ADMINISTRATIVO, OS ATOS DE GOVERNO E OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a

Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.