

ENTRE “OS DIREITOS” E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Érico Marques de Mello*

INTRODUÇÃO



há permanente conflito entre o poder discricionário da administração e os direitos dos cidadãos. Tradicionalmente, a relação jurídica entre a Administração e o cidadão – dentro de uma análise aparente - tem se dado em caráter assimétrico, diante da superioridade dos interesses públicos. Este trabalho pretende responder ao seguinte questionamento: se há espaço para análise das prerrogativas do Poder Público nos moldes indicados pela doutrina do direito administrativo nos dias atuais, especialmente diante ao que se entende por constitucionalização dos direitos.

O presente trabalho será desenvolvido com análise dos seguintes tópicos: indicação de caso concreto em que houve afirmação de política pública por meio de reconhecimento de direito perante o Poder Judiciário; os direitos fundamentais e o direito administrativo; a afirmação dos direitos fundamentais no modelo de direito administrativo atual; o atual modelo de controle administrativo pelo Poder Judiciário.

1 O ALCANCE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

No Brasil a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45¹ representa significativa evolução na

* Aluno da Universidade de Buenos Aires, pós-graduação. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito. Advogado em Brasília.

¹MELLO, Celso de. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N. 45 (Decisão da Presidência). Brasília: Supremo Tribunal Federal (STF), Diário de

teoria geral de controle da atuação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Neste julgado há mudança de paradigma, com a afirmação de possibilidade de controle de lei orçamentária, diante da efetividade de direitos sociais.

Por um lado o Estado tem o dever de oferecer efetividade aos direitos sociais, considerados direitos humanos de segunda geração, por outro lado a atuação estatal se dá dentro de disposição orçamentária possível, afinal, os recursos públicos são limitados.

O que se observa, atualmente, é uma nova funcionalidade do direito administrativo, que não tem a específica finalidade de orientar o regime jurídico aplicável no âmbito da estrutura administrativa do Estado. Há uma mudança de paradigma em que a ideia de interesse público passa a ser entendida como critério relativizado. Se o interesse público não é mais princípio funcional do direito administrativo, resta identificar qual o atual paradigma adotado atualmente.

Em que pese a ADPF n. 45 não ter sido julgada por perda de objeto, alguns aspectos devem ser observados abaixo.

Em primeiro lugar, a ADPF foi manejada em razão de veto presidencial que teria reduzido recursos públicos destinados à saúde. O conflito foi estabelecido entre a necessidade de maior quantidade de recursos para adequação do serviço público e o poder do Estado na definição de prioridades no gasto público.

Em segundo lugar, a inconstitucionalidade do ato presidencial estava observado na inequívoca prioridade das pessoas beneficiadas com a transferência dos recursos para a saúde. O interesse que deveria ser verificado não poderia ser outro, de modo que o Poder Executivo – no caso concreto – foi submetido a controle judicial pois elegeu mal a prioridade, diante do interesse social verificado.

Em terceiro lugar, o ato do Presidente da República no

caso concreto comprometeu a eficácia da Constituição Federal, diante de inércia governamental. O ato governamental no caso concreto fraude a justa expectativa, em razão do dever positivo de concretizar e oferecer efetividade aos direitos sociais.

O interesse público não é mais o critério de orientação da atividade Administrativa, no exercício de sua atividade, há a necessidade de aferição do conflito de direitos presente. A justificativa não está no interesse público eleito e sim na relevância do interesse verificado no caso concreto. Há significativa modificação dos fundamentos e pressupostos do direito administrativo, pois o conceito de interesse público² tradicional não tem a mesma utilidade e não pode ser verificado autonomamente.

Isso porque, as funções administrativas se voltam para a efetiva satisfação dos interesses coletivos, no caso concreto. O particular não é apenas o Administrado, com relação jurídica disciplinada pelo direito administrativo. Atualmente, a razão de ser do Estado é a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos.³

A análise do direito administrativo atualmente é observada em princípios amoldados à Constituição. Os princípios do direito administrativo encontram na ordem constitucional o seu conteúdo exato. A constitucionalização da sociedade impõe parâmetro de atuação do Estado distinta da perspectiva clássica de Estado. Se tradicionalmente o Administrador elegia o inte-

²MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 25 ed. rev. amp. at. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49: “Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade (...) com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade. O interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo).

³BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 34: “(...) las funciones administrativas son el conjunto de actividades que satisfacen de modo directo, concreto y particular los intereses colectivos y, a su vez, las otras actividades que no estén comprendidas en los conceptos objetivos de funciones legislativas y judiciales.”

resse público, atualmente o interesse público eleito é obstado pela dignidade da pessoa humana, que é princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais decorrem da própria dignidade da pessoa humana e assumem como normas incorporadas ao ordenamento jurídico fundamento para definição do direito, no caso concreto.⁴

A dignidade da pessoa humana, então, aparece como fundamento de interpretação de todos os direitos fundamentais. Se a dignidade da pessoa humana aparece como fundamento último de legitimação da ordem estatal, a ordem estatal é legítima se preserva os direitos fundamentais.⁵

2 DO CONTROLE TRADICIONAL DOS ATOS AD-

⁴Ibidem. p. 57: “(...) En segundo lugar, la Constitución Nacional reformada en el año 1994 prevé los principios generales de nuestro sistema jurídico de modo expreso en su propio texto o por medio de los tratados incorporados por el art. 75, inc. 22. Es importante remarcar este proceso de legalización y constitucionalización de los principios.”

⁵SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107: “(...) ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna. Um exemplo desta aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser identificado na leitura necessariamente ampliada do enunciado textual do artigo 5º, caput, da Constituição Brasileira de 1988, na qual em que se pode sustentar que todos os direitos fundamentais inerentes à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana também devem ser assegurados aos estrangeiros não residentes no País, na perspectiva do que reza o princípio da universalidade tal qual aplicado à titularidade dos direitos fundamentais. Esta eficácia de natureza jurídico-objetiva não se restringe a estes aspectos, assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência. Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimos caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor.”

MINISTRATIVOS

Tradicionalmente firmou-se o entendimento de que o controle dos atos administrativos estaria restrito a hipóteses específicas. A restrição na intervenção é observada em razão da intangibilidade da discricionariedade, oportunidade e conveniência, bem como dos atributos que qualificam o ato administrativo, que são presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade, tipicidade.⁶

Os atos administrativos podem ser vinculados e discricionários. Nos atos vinculados o Administrador deve agir de acordo com os parâmetros legais. Já nos atos discricionários, a lei confere ao administrador margem para atuação, segundo conveniência e oportunidade.

No ato vinculado o controle estabelecido de legalidade. A problemática insurge a partir do que se entende por mérito administrativo, conveniência e oportunidade, no controle dos atos discricionários. Isso porque, no direito administrativo se consolidou o entendimento no sentido de que nos atos discricionários o controle estaria restrito à análise dos elementos, que seriam: competência (atribuição); objeto; forma; motivo; e finalidade.

Diante da preservação dos atos administrativos firmou-se a teoria dos motivos determinantes, como critério para intervenção do poder judiciário, nos atos administrativos. Dentro da legalidade, ou dos parâmetros legais para atuação administrativa, o controle do mérito, em parte se baseou no motivo, ou melhor, na preservação do motivo inicialmente indicado como justificante do ato administrativo.⁷

O que se demonstra no presente trabalho é a inadequação do que se entende como prerrogativa dos atos administrativos, diante do atual momento constitucional, em que – conforme

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 197.

⁷*Ibidem*. p. 210.

será observado – não se fala mais em “poder” da Administração, na execução de metas e diretrizes políticas, e sim na afirmação de direitos.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A atuação estatal não se dá apenas pelas diretrizes e prioridades políticas eleitas, como meta de atuação. Tão importante quanto à atividade estatal são os direitos fundamentais dos cidadãos, que limitam o poder do Estado. E é por isso, que os limites do poder estatal devem ser analisados a partir dos direitos fundamentais.⁸

O Estado tem o dever de viabilizar o exercício dos direitos fundamentais, por meio de mecanismos efetivos, para efetividade dos direitos sociais. A garantia de exercício dos direitos sociais não é apenas a indicação de meta de política públicas, mas orientação fundamental de atividade estatal, que deve ser identificada, analisada e seguida como prioridade.⁹

Neste contexto é impossível se afirmar a funcionalidade do direito administrativo tradicional, diante da efetividade dos direitos fundamentais. O direito administrativo, neste ponto, aparece como instrumento política de relevância social, sem prerrogativas próprias.

O exercício da atividade administrativa, a partir do direi-

⁸BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 27: “(...) El aspecto sustancial es que los derechos son inalienables mientras que el poder estatal nace de un acuerdo entre partes y por tanto puede ser ensanchado o limitado. Sus límites claro son los derechos fundamentales. Ciertamente es también que las potestades incluyen derechos del Estado pero éstos son de contenido claramente económico y por tanto renunciables. Ello no es así respecto de los derechos fundamentales de las personas.”

⁹Ibidem. p. 25: “En conclusión los derechos sociales son operativos y justiciables y el Estado, por su parte, debe garantizarlos inmediatamente en sus niveles esenciales, avanzar de modo progresivo y permanente y no retroceder respecto de los estándares alcanzados.”

to administrativo, antes observada como método de realização e proteção do interesse público passa a estabelecer significativa atuação estatal. Neste contexto, o direito administrativo antes observado como o equilíbrio entre poder e direito, passa a disciplinar equilíbrio entre direitos.¹⁰

Há a superação da ideia tradicional de direito administrativo, em que a Administração se encontrava em posição de supremacia, em meio a conflitos entre interesse do particular e o interesse público.¹¹

O conflito tradicional já não existe. O que se observa é a prioridade dos serviços públicos diante da efetividade dos direitos sociais dos cidadãos. As prerrogativas da Administração Públicas são prerrogativas da coletividade segundo análise de efetividade dos direitos fundamentais. Ao se observar os contratos administrativos, o que se coloca como fator determinante não é mais a prerrogativa da Administração, enquanto qualidade própria. O serviço público é antes de tudo atendimento da necessidade, que em última instância é atendimento do cidadão, com efetividade a direitos sociais.

3.1 ANÁLISE DO SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público não tem relação direta com a atuação do Estado. Muitos serviços não são prestados diretamente pelo Estado, o que não afasta a qualidade e a função

¹⁰Ibidem. p. 27: “Una vez descriptas las bases constitucionales del Derecho Administrativo nos dedicaremos AL análisis de las funciones estatales y, en especial, AL estudio de las funciones estatales administrativas como núcleo y objeto del Derecho Administrativo, sin dejar de advertir que el paradigma del Derecho Administrativo, esto es, el equilibrio entre el poder y los derechos debe ser sustituido por un nuevo paradigma.”

¹¹MELLO, Cento Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 70: “(...) A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrario da horizontalidade, típica das relações entre Estes últimos.

social desempenhada. Acima de qualquer critério teórico a noção de serviço público indica satisfação da necessidade dos cidadãos.¹²

A decisão indicada na ADPF n. 45 tem relação com o serviço de saúde, exatamente no que tange aos recursos financeiros transferidos para o fornecimento de serviço de saúde. O serviço público se volta para ações positivas de desenvolvimento humano e de benefício na qualidade de vida do cidadão comum. É impossível separar o serviço público da expectativa individual de desenvolvimento humano.

A função dos direitos fundamentais não pode se afastada da realização de justiça. A questão da justiça é fundamental e tangencia os aspectos relevantes dos direitos fundamentais. A premissa máxima dos direitos fundamentais é a valorização da justiça, como fundamento do ordenamento jurídico estruturado na Constituição. O serviço público, então, tem a missão de viabilizar o desenvolvimento humano por meio da prestação de ação positiva do Estado, ainda que não prestada diretamente.¹³

Os serviços públicos gozam das seguintes características: continuidade; regularidade; mutabilidade; igualdade. A continuidade tem relação com a segurança do cidadão, no exercício de direito, ou melhor, na confiança do cidadão de uma conduta

¹²MELLO, Cento Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 671: “Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

¹³SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 59: “(...) E neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (...), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que ‘o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos’. (...)”

ativa do Estado. A mutabilidade afirma a adaptação diante do caso concreto, pois mesmo mudando as condições de prestação, é dever do Estado adaptar o serviço, para que a confiança do cidadão seja preservada. A igualdade tem relação com a integridade na justificação do exercício de atividade estatal.¹⁴

A pedra angular do direito, não apenas do direito administrativo, é a integridade. Tão importante quanto os aspectos indicados de direito aceitos consensualmente, a integridade é observada como fundamento maior na aplicação prática da norma. O conceito de direito é antes de mais nada a preservação da confiança das pessoas inseridas no ordenamento jurídico. A integridade é elemento fundamental de aplicação do direito, que está presente na realização do serviço público.¹⁵

3.2 A ADMINISTRAÇÃO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

A atividade administrativa é observado não apenas no serviço público, mas também no poder de polícia e na atividade de fomento, além é claro da promoção de atividades de interesse coletivo.¹⁶

O Estado assume função ativa, no oferecimento de con-

¹⁴BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 255: “En general los autores reconocen los siguientes caracteres como propios de los servicios públicos: (a) continuidad, (b) regularidad, (c) generalidad, (d) igualdad y e) mutabilidad.”

¹⁵DWORKIN, Ronaldo. *A Justiça de Toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 24: “(...) Se fizermos com que a justificação política geral do direito inclua alguma exigência de integridade, e se for esse o nosso motivo para escolher um critério interpretativo para as proposições de direito, devemos então aperfeiçoar a dimensão do ajuste, para que reflita nosso entendimento mais apurado do que é a integridade e de onde se encontra o seu valor. (...)”

¹⁶BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 201: “En términos jurídicos dogmáticos clásicos el poder de policía es el poder de ordenación y regulación estatal. Por su parte, el servicio público y el fomento constituyen actividades de prestación del Estado, en el primer caso se trata de servicios (el servicio eléctrico y el transporte, entre otros) y, en el segundo, de promoción de actividades de interés colectivo (...)”

dições materiais, para desenvolvimento de atividade econômica, por meio da atividade de fomento. Como exerce atividade restritiva das liberdades individuais, com o poder de política. Tradicionalmente a atividade de fomento e o poder de polícia estão presentes no direito administrativo. O que deve ser levado em consideração é a forma como a Administração tem o dever de contribuir para o exercício dos direitos sociais, além – é claro - da prestação positiva do serviço público.

O reconhecimento dos direitos coletivos é uma afirmação histórica de afirmação dos direitos humanos de segunda geração. A perspectiva desses direitos representa uma nova concepção de possibilidades de atuação e proteção social. A tutela coletiva indica o pressuposto estatal de proteção, que não está apenas na proteção das liberdades civis.¹⁷

Se do ponto de vista histórico inicialmente o Estado teve o papel de não prejudicar o exercício do direito individual. Ao longo do tempo, o Estado passou a assumir função ativa na promoção dos direitos. Atualmente, a função do Estado em parte é a de promover os direitos sociais.¹⁸

O direito administrativo surge no ambiente de Estado mínimo, liberdade e propriedade. Mas esta perspectiva foi alterada com a função de Estado após o Estado Social. No Estado Social não se discute o direito administrativo sem uma função do Estado de atuação positiva, de afirmação dos direitos fun-

¹⁷BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 202: “Recordemos que históricamente los ordenamientos jurídicos reconocieron derechos individuales, luego exptendieron su reconocimiento y protección al campo de los llamados derechos sociales durante el siglo XX y más recientemente incorporaron el concepto de derechos colectivos.”

¹⁸Ibidem. p. 202: “El Estado, en un principio y ya en el marco del Estado de Derecho, cumplió un papel negativo (prestaciones negativas, es decir, abstenciones y regulacioines) y, solo luego, un papel positivo (prestaciones positivas, esto es, acciones). Es obvio que, según nuestro criterio, el Estado debe intervenir mediante la regulación de los derechos con el propósito de satisfacer otros derechos y resolver así los conflictos entre derechos. Es decir, la intervención estatal restringe ciertos derechos y a su vez reconoce, protege y garantiza otros, de modo que el poder estatal debe limitar unos y extender otros derechos.”

damentais.¹⁹

As funções estatais, atualmente, estão intimamente relacionadas aos direitos fundamentais, tanto no que se refere aos conflitos casuísticos, de limitação estatal no caso concreto, quanto na afirmação positiva de direitos sociais, também enquadrados como direitos fundamentais.²⁰

A realização dos direitos sociais é fundamento de atuação que deve determinar as prioridades do Estado. Trata-se de critério específico que pode determinar nulidade em razão de aspecto político-econômica, caso prejudique a efetividade dos direitos sociais, ou viabilize interferência do Poder Judiciário na definição de prioridade orçamentária.²¹

Dessa forma, observa-se que diante das condições materiais para o exercício de direitos sociais, é possível controle do judiciário por atos do poder público, da mesma forma como é possível também controle do poder público em razão do mérito dos atos administrativos em geral.²²

De fato a função do Estado atual não está apenas na pro-

¹⁹Ibidem. p. 29: “(...) el Derecho Administrativo partió de un concepto de Estado mínimo. Así, conceptos tales como los actos administrativos, los derechos individuales – básicamente la libertad y la propiedad – y el administrado reflejan claramente la libertad y la propiedad – y el administrado reflejan claramente ese criterio. Por el contrario, el Estado Social y Democrático exige completarlos o reemplazarlos por otros, tales como reglamentos y servicios, derechos sociales y personas activas.”

²⁰Ibidem. p. 29: “(...) Creemos que si porque el poder, digamos las funciones estatales administrativas y especialmente sus privilegios y prerrogativas deben analizarse e interpretarse desde ese postulado. En otras palabras, ya no es posible estudiar las funciones estatales administrativas prescindiendo de los derechos fundamentales.”

²¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47: “(...) impende reconhecer que as disposições constitucionais balizadoras da Ação do Estado são mecanismos prepos- tos a conter certos rumos estatais, em prol dos indivíduos, e a direcionar-lhe as condutas para certos rumos, em pro dos cidadãos. Donde serem eles mesmos, indivíduos, titulares de direitos. À obediência destas regras que assujeitam o Poder Público.”

²²Ibidem. p. 47: “Em decorrência deste preceito, não pode existir validamente política econômica que deprima as oportunidades de emprego. Portanto, não pode validamente, ser desenvolvida política econômica que se oriente por uma linha geradora de retração na oferta de empregos produtivos.”

teção dos direitos individuais já estabelecidos, mas sim em uma atividade que ofereça aos cidadãos condições de exercício de direito. O exercício efetivo e adequado dos direitos sociais em parte justifica a função do Estado, enquanto razão de ser.²³

O Estado não tem apenas a função de proteger as liberdades individuais, mas principalmente de oferecer condições de exercício de direito a todos. Esta proteção não apenas obsta medidas prejudiciais às liberdades civis, mas principalmente o impõe como dever público no oferecimento de condições para exercício de direitos.²⁴

Os direitos sociais reconhecidos pelo Estado inserem-se em um marco peculiar, em que são afirmados, de tal sorte que não há espaço para regresso, ou retorno ao momento anterior.²⁵

3.3 A RESTRIÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL

O desenvolvimento humano e a justiça social estão presentes como função do Estado, na Constituição. A capacidade

²³BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 203: “(...) En el supuesto de los derechos individuales, por caso el de propiedad, el Estado debe reconocerlo y abstenerse de intervenir (prestaciones negativas) y crear restricciones (es decir, regulaciones). A su vez, el Estado debe planificar y ejecutar planes de asistencia habitacional de modo que las personas puedan acceder a su vivienda (prestaciones positivas) garantizándose así ese derecho. Otro ejemplo, la libertad de expresión, en cuyo caso el Estado no debe restringir e interferir en su ejercicio (prestaciones negativas) y, a su vez, debe controlar los monopolios y otorgar espacios de modo plural y participativo en los medios estatales de comunicación (prestaciones positivas).”

²⁴Ibidem. p. 203: “(...) el Estado dejó su papel pasivo y comenzó a desarrollar un papel activo con el objeto de promover el Estado de bienestar y conformar el orden social. (...)”

²⁵Ibidem. p. 25: “(...) Por el otro, el Estado no puede retrotraer o regresar sobre el cuadro anterior, es decir una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce, en particular respecto de las personas menos autónomas y excluidas socialmente, el nivel alcanzado no puede luego eliminarse o recortarse sin el reconocimiento por parte del Estado de otras alternativas razonables. En otras palabras, el postulado de progresividad en el campo de los derechos sociales supone la *obligación estatal de avanzar* y la prohibición de regresar sobre sus propios pasos.”

de desenvolvimento humano para progresso de todos é uma afirmação relacionada à própria justiça social. O desenvolvimento neste caso é de afirmação do trabalho e capacidade de produção. A restrição ao trabalho deve ser vista com ressalvas no direito, ou seja, a restrição da liberdade individual é uma exceção.²⁶

No direito administrativo tradicional, o objeto de Estudo seria a relação de poder estabelecida, em que por meio do exercício do poder de polícia²⁷, a Administração Pública, no exercício de faculdade conferida por lei, restringiria a liberdade do cidadão comum. A justificativa do poder de política estaria identificada no interesse público.

O poder de polícia representa a própria prerrogativa do Estado na restrição das liberdades individuais. A atividade estatal no poder de política se realiza na atividade potencial da Administração, que por meio de regulamentação estatal justificada no interesse público estabelece limitações e restrições aos direitos individuais.

Há, entretanto, significativa modificação funcional do direito administrativo. O paradigma atual do direito administrativo é a mediação de conflito entre direitos, entre o direito da

²⁶BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 281: “(...) el primer párrafo del inciso 19 de ese mismo precepto dispone que el Congreso también Ebe ‘proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores ... a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento’.”

²⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 117: “Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

(...)

Note-se que o artigo 78 do Código Tributário Nacional define o poder de polícia como atividade da administração pública; mas no parágrafo único considera regular o seu exercício ‘quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder’.”

Administração e o direito individual dos cidadãos. A atuação estatal não se dá mais na qualidade de exteriorização de poder. A atuação da Administração torna superável o conflito entre a perspectiva anterior de poder e direitos, pois o que se observa são possibilidades estatais, que merecem análise no caso concreto, para afirmação do real direito.²⁸

Neste ponto de vista não há como se afastar o fundamento de validade do poder de polícia dos direitos fundamentais. O poder de política é desenvolvido em meio ao regime jurídico determinado pela concretização das disposições constitucionais como ordem justa.

O direito administrativo é analisado a partir da ordem constitucional, segundo direitos fundamentais. O fundamento das diversas disposições não permite conflito entre o interesse público e os direitos fundamentais, pois a Constituição é justificada na unidade, segundo interpretação vocacionada para a realização da justiça.²⁹

4 O JUDICIÁRIO E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

²⁸BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 28: “De modo que el paradigma no es el interés público y el equilibrio entre poderes y derechos. En efecto, el paradigma no es el conflicto entre poder vs. Derechos sino Derechos vs. Derechos y, en ese marco, claro, el campo propio del Derecho Administrativo, es decir, el estudio de la intermediación estatal.”

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 60: “Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidas pela comunidade histórica e especialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica ‘reserva de justiça’, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, ‘o fundamento de validade (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca’.”

O ato administrativo é uma declaração de vontade unilateral da administração que produz efeitos jurídicos, sobre o particular, dentro da função estatal. Deve ser observado entretanto que este ato não indica um poder autônomo, mas sim uma atuação da Administração dentro de critérios específicos.³⁰

Apenas a legislação por meio de critérios objetivos e diretos pode determinar a atividade ideal do poder do executivo, em sua atividade concreta. A limitação do poder executivo é afirmação dos direitos dos cidadãos. Da mesma forma como os direitos individuais são afirmados por meio da lei, a limitação do poder da Administração não pode servir para obstar o exercício de direitos já reconhecidos.³¹

De fato o aspecto determinante de toda orientação normativa é o direito decorrente. Não se pode conceber uma lei desprovida de direito e que – em última instância – atinja o indivíduo. O que está em jogo não é se a lei declara ou não um direito, em um caso concreto, e sim se o direito alegado deve ou não ser afirmado.³²

O controle judicial é importante instrumento de defesa do Administrado diante dos atos administrativos, especialmente em razão da aparente supremacia, ou da relação assimétrica estabelecida, que é apenas aparente, pois não existe. Deve ser observa, que a decisão administrativa não tem finalidade ou

³⁰BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 288: “(...) El acto administrativo es una *declaración unilateral de alcance particular dictado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas que produce efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros.*”

³¹Ibidem. p. 285: “Así, es importante que *la definición del universo de potenciales beneficiarios se base en criterios objetivos previstos por el legislador*, de modo que las ventajas a conceder sean equitativas y no discriminatorias. Este requerimiento tiene en consideración no solo la posición de los competidores, sino también de la sociedad en general que es, en definitiva, quien solventa estas medidas y decide así recortar otros derechos.”

³²DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164: “(...) Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da ideia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre que direitos foram criados por uma lei específica.

validade própria, sem perspectiva casuística de interesse social, ou sem o direito amparado na lei que justifica a atividade administrativa no caso concreto. O motivo é essencial por limitar as possibilidades da atuação administrativa. O motivo deve corresponder ao direito individual ou coletivo.³³

De fato a lei retrata o objetivo político determinado pelo padrão normativo adotado. A atividade administrativa se dá dentro de um padrão ou qualidade de gestão delimitado e previamente estabelecido por uma lei específica. Esta lei entretanto não tem validade própria, pois está pautada em um direito.³⁴

O controle administrativo é observado em diferentes vertentes, seja na legalidade dos atos, ou no mérito, da forma mais ampla possível. Os critérios tradicionais de afirmação de validade de ato administrativo estão superados. Se todo padrão normativo da lei se volta para um objetivo político, que exerça a função de estabelecer direito, não há como se limitar as causas de afirmação de nulidade dos atos administrativo.³⁵

Dessa forma, é possível ao judiciário por meio da prestação jurisdicional viabilizar implementação de política pública.

³³BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 126: “Por ejemplo, recordemos que la Corte en el precedente ‘APDH’ (1992) consideró que los elementos reglados del acto son la competencia, la forma, la causa y la finalidad. Por su parte, en el caso ‘Solá’ (1997) y en igual sentido, el Tribunal sostuvo que el control judicial de los elementos reglados de la decisión (forma, causa, finalidad y competencia). Por último, en el antecedente ‘González, Alejandro’ (2002) los jueces dijeron que ‘no cabe Duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentran su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión; entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto’.”

³⁴DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 146: “(...) Um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos. (...)”

³⁵Ibidem. p. 141: “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. (...)”

Isso porque, o controle dos atos administrativos são viáveis até mesmo em razão dos critérios econômicos adotados, na gestão dos recursos públicos.³⁶

Tradicionalmente, o ato administrativo era controlado pelo poder judiciário, por meio de critérios formais: legalidade ou previsão legal para o exercício do ato; limites legais para exercício do poder; elementos do ato.³⁷

A redução do poder discricionário do executivo é função do legislador, que não precisa ser estabelecida expressamente. No caso concreto, o silêncio eloquente é fundamento de limitação do Administrador. Da mesma forma, se diante dos objetivos políticos observados, houver negação de direito fundamental, cabe ao judiciário intervenção para reconhecimento de direito.³⁸

Há uma função legislativa que reduz a capacidade de atu-

³⁶BALBÍN, Carlos F. *Manual de Derecho Administrativo*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 186: “En el marco de los modelos de control estatal es posible distinguir entre (a) el control de legalidad y oportunidad de las conductas estatales, (b) el control sobre los aspectos legales, económicos, financieros, presupuestarios y de gestión del Estado y (c) el control de las conductas de los agentes presuntamente irregulares o delictivas.”

³⁷*Ibidem*. p. 131: “El juez debe controlar, primero, si el legislador previó el ejercicio de la potestad bajo estudio. Segundo, si es o no potestad discrecional y qué aspectos comprende. Tercero, cuáles son las reglas, por ejemplo principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad que debe aplicar al caso. Cuarto, las cuestiones de hecho, particularmente su existencia y su valoración en términos jurídicos. Quinto, luego de circunscripto el ámbito de discrecionalidad (elección entre dos o más soluciones posibles) y sus límites, entonces debe analizar si su ejercicio cumplió con las reglas. El Ejecutivo debe detallar las razones y su relación con el interés público comprometido y el juez debe decir si ello cumple con los principios y reglas del ordenamiento. Sexto, superado el paso anterior, el juez debe declarar su validez aunque no comparta el criterio de oportunidad o mérito del Poder Ejecutivo.”

³⁸DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 175: “(...) É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tenderá, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juizes ou funcionários tomaram no passado.”

ação do Administrador. A busca por regras claras e precisas é a busca pela integridade, pela afirmação do cidadão que não será discriminado ou prejudicado no exercício concreto de seus direitos.³⁹

A integridade é adotada também, no procedimento administrativo, tendo em vista a necessidade de indicação do modo pela qual a Administração elabora suas decisões, tendo em vista um exercício limitado de seu poder. Esta limitação decorre de inúmeros critérios em que a legalidade exerce função secundária diante dos direitos individuais e coletivos.⁴⁰

O ordenamento jurídico assume função de afirmar os direitos individuais ou coletivos. A atividade administrativa é o caminho adotado para consecução dos interesses sociais, observados em direitos individuais e sociais. Se o Poder Público se desvia de suas funções últimas, há espaço para controle judicial.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, as seguintes conclusões foram observadas:

- a) o direito administrativo atual tem o objetivo de estabelecer parâmetro para a atuação da Administração, em que a soberania deixa de ser atributo da Administração;
- b) há alteração dos aspectos tradicionais que indicavam o interesse público como fator determinante de atuação estatal, em razão da superioridade dos direitos fundamentais;
- c) toda lei é aplicada a partir de um pressuposto, revelado

³⁹BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 285: “El legislador debe establecer en cumplimiento del principio de legalidade *reglas claras y precisas*, de modo que reducir el poder discrecional del Ejecutivo. Además, la excesiva discrecionalidad en este campo conspira contra la transparencia que debe caracterizar la asignación de los beneficios.”

⁴⁰BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 485: “(...) *el procedimiento es un modo de elaboración de las decisiones estatales y constituye un límite al ejercicio del poder estatal.*”

como objetivo político, que em última instância é justificado na efetividade dos direitos, especialmente direitos sociais;

d) o controle do ato administrativo é o mais amplo, que a teoria afirma pela doutrina tradicional, tendo em vista a efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos sociais;

e) é possível ao judiciário viabilizar a consecução de políticas públicas, caso seja observada economicamente indicação de gasto público não compatível com a realização de direitos sociais;

f) atualmente o direito administrativo é interpretado tendo como pressuposto os fundamentos dos direitos fundamentais, que devem prevalecer, seja na concessão dos direitos sociais, seja na limitação da Administração diante das liberdades individuais.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DWORKIN, Ronaldo. A Justiça de Toga. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 25 ed. rev. amp. at. São Paulo: Saraiva, 2012..
- MELLO, Celso de. Ação de Descumprimento de Preceito Fun-

damental (ADPF) N. 45 (Decisão da Presidência. Brasília: Supremo Tribunal Federal (STF), Diário de Justiça (DJ) 04/05/2004,

MELLO, Cento Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.