

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA E O
ACONTECER DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA**

LUIZ MÁRIO DE MELLO PIMENTA FILHO

Orientador Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos

São Leopoldo

2006

LUIZ MÁRIO DE MELLO PIMENTA FILHO

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA E O
ACONTECER DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA**

Dissertação
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Unidade de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Direito

Orientador Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos

São Leopoldo

2006

Dedicatória

O velho Borges no conto “O homem no umbral” diz, baseado num preceito hindu, de que existem sete juizes, sábios, retos e ocultos, que são o sustentáculo do universo.

No meu universo, consegui descobrir quatro deles e a eles devo tudo que faço.

A primeira é uma juíza, minha esposa Letícia, que é o verdadeiro centro da minha vida e por quem, todo o dia, agradeço a Deus por Ele ter me dado muito mais do que acho que mereço. Obrigado Flor, te amo;

O segundo juiz é meu irmão Maíco que, com seu enorme coração, nunca mede esforços para ajudar os outros e que é um dos responsáveis diretos pela conclusão desse mestrado;

O terceiro juiz é meu outro irmão Pedro que, apesar da distância, sempre está a disposição quando preciso;

O quarto e último juiz é meu eterno “Chefe” Gilberto Moreira de Carvalho que, infelizmente, nos deixou há seis anos, e que tanta falta me faz.

Agradecimentos

No fim deste árduo e proveitoso Mestrado, alguns agradecimentos são necessários:

Primeiro ao Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) – André, Roberta, Mussale, Alfredo, etc – sem estes, não teria descoberto as sendas (perdidas) do Direito;

Aos colegas Adler, Adriana, Alfredo, Clarissa, Emanuel, Marcelo, Rafael e tantos outros, (perdoem se esqueci alguém), que comprovaram que a convivência e a amizade ainda são os melhores remédios contra as mazelas da vida.

As funcionárias e ex-funcionárias do PPG, Carmen, Denise e Vera, pela ajuda sempre prestativa na solução dos problemas que surgiram no transcorrer do mestrado.

Obrigado a todos

Do Sul, do Este, do Oeste, do Norte,
convergem os caminhos que me trouxeram
a meu secreto centro.
Esses caminhos foram ecos e passos,
Mulheres, homens, agonias, ressurreições,
dias e noites,
entressonhos e sonhos,
cada ínfimo instante do ontem
e dos ontens do mundo,
a firme espada do dinamarquês e a lua do persa,
os atos dos mortos,
o compartilhado amor, as palavras,
Emerson e a neve e tantas coisas.
Agora posso esquecê-las. *Chego a meu centro,
a minha álgebra e minha chave,
a meu espelho.
Breve saberei quem sou*

(BORGES. **Elogio da Sombra**, p. 68)

RESUMO

O presente trabalho de dissertação busca discutir o papel da Administração Pública no tocante à implementação dos direitos sociais tendo em vista o atual modelo de Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição de 1988. Esta discussão é feita sob a ótica da fenomenologia hermenêutica que é, no nosso entendimento, uma das referências teóricas existentes para superar o atual modelo de Administração Pública, (liberal-individualista), que ainda se encontra permeado de noções metafísicas, que insistem em esconder o ser dos direitos sociais, tratando-os de uma maneira entificada. Com a fenomenologia hermenêutica ocorre a superação desta relação objetificante na medida em que ocorre o *desvelamento* do ser dos direitos sociais com base na Constituição que funciona como uma “abertura para a claridade”, possibilitando que a Administração Pública assuma uma postura dirigente e compromissária na busca da concretização desses, bem como, possibilita que o Poder Judiciário exerça o papel de instrumento de transformação social que lhe foi conferido com a instituição do modelo de Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave:

Fenomenologia – Hermenêutica – Direitos Sociais.

RESUMEN

El actual trabajo de disertación busca discutir el papel de la administración pública en respeto a la puesta en práctica de los derechos sociales debido al modelo actual del Estado Democrático de Derecho traído para la Constitución de 1988. Esta investigación se hace bajo óptica del fenomenología hermenéutica que es, en nuestro acuerdo, una de las referencias teóricas existentes para sobrepasar el modelo actual de la administración pública, (liberal-individualista), que todavía resuelve permeado de nociones metafísicas, que insisten en ocultar el ser de los derechos sociales, tratándolos de una manera entificada. Con el fenomenología hermeneutica la superación de esta relación objetificante ocurre adentro en la medida donde el desvelamento del ser de los derechos sociales ocurre en base de la constitución que las funciones como una “abertura para la claridad”, fabricación posible que la administración pública asume a una posición y a árbitro principales en la búsqueda de concretización de éstos, así como, hace posible que el Poder Judiciário cumpra el papel del instrumento de la transformación social que fue conferida a él con la institución del modelo del Estado Democrático de Derecho

Palabras-Llave:

Fenomenología - Hermenéutica - Derechos Sociales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CRISE	15
1.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO LIBERAL.....	18
1.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO SOCIAL.....	27
1.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	38
2 OS DIREITOS SOCIAIS.....	43
2.1 BREVE HISTÓRICO	43
2.2 FUNDAMENTOS.....	46
2.2.1 Dimensão política.....	51
2.2.2 Dimensão Econômica.....	56
2.2.3 Mínimo existencial.....	61
3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	65
3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE	65
3.2 O SENTIDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA: POR UMA TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ADEQUADA AOS PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA	71
3.3 AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS E O CONTROLE JURISDICIONAL: A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	75
4 O CONTRIBUTO DA LINGUAGEM E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A FORMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA – UMA FORMA DE ABRIR CLAREIRAS RUMO AO ACONTECER DOS DIREITOS SOCIAIS.	82
4.1 A LINGUAGEM ENQUANTO PRINCÍPIO UNITÁRIO DA RACIONALIDADE	82
4.1.2 A viragem lingüística e as consequências hermenêuticas – da epistemologia à fenomenologia.....	83
4.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	85
4.3 O “ABRIR DE UMA CLAREIRA” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA DO ACONTECER DOS DIREITOS SOCIAIS	92

CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS	102
OBRAS CONSULTADAS	108
ANEXO A.....	115
ANEXO B	123

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo discutir a administração pública e a concretização dos direitos sociais, tendo em vista que o seu atual modelo, baseado numa visão liberal-individualista, e construída historicamente com um carácter formalista, objetificante e metafísico, é incapaz de fornecer elementos para que ocorra a concretização dos direitos sociais.

Sendo assim, propomos a discussão da mudança de paradigma da administração pública a partir da fenomenologia hermenêutica que constitui-se como condição de possibilidade para ultrapassar a atual visão metafísica da administração pública rumo ao acontecer dos direitos sociais dentro de uma administração pública dirigente e compromissária.

Para adentrarmos na discussão fenomenológica proposta é necessário estabelecer algumas *pré-compreensões* acerca do que se entende por Administração Pública Dirigente e Compromissária, bem como, sobre os direitos sociais.

Assim, no primeiro capítulo começaremos abordando a crise de paradigmas porque atravessa a Administração Pública e que nada mais é senão um reflexo das crises vivenciadas pela modernidade, pelo racionalismo e pelo Estado. Sendo assim, faremos uma breve referência sobre a crise da modernidade e do racionalismo e seus reflexos na Administração Pública. Também as crises do Estado nos seus aspectos conceitual, estrutural, constitucional (institucional) e funcional, segundo a visão elaborada por José Luis Bolzan de Moraes.

A seguir passaremos a abordar os elementos históricos do Estado Liberal e sua vinculação com a Administração Pública, uma vez que ambos são criações da modernidade e

possuem aspectos que até hoje continuam em plena vigência como, por exemplo, os princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Nesta mesma linha, analisaremos os elementos formadores do Estado Social, já que foi neste modelo de Estado, nos países que conseguiram implementá-lo, que se deu a implementação dos direitos sociais. Em compensação, outros países, como o Brasil, que não conseguiram implementá-lo, sofrem com os problemas advindos desta não concretização dos direitos sociais, ou como bem refere Lênio Streck, sofrem da “crise da modernidade tardia”.

Para finalizar este primeiro capítulo, abordaremos o modelo de Estado Democrático de Direito que se configura numa síntese dos modelos liberal e social e se constitui como condição de possibilidade para o acontecer dos direitos sociais e de uma Administração Pública dirigente e compromissária. Esta abordagem ganha importância na medida que dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito é que a Administração Pública pode ultrapassar o modelo patrimonialista, burocrático (formalista) e objetificante, calcado na visão dualista de sujeito-objeto e passar para um modo-de-ser gerencial, democrático e participativo de matriz hermenêutico fenomenológica (relação sujeito-sujeito). E é dentro deste novo paradigma que se dá verdadeira viragem hermenêutica e o acontecer da Constituição tendo como pressuposto a concretização dos direitos sociais que, a despeito de haver passado 18 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda permanecem como uma mera cartilha de intenções.

No segundo capítulo buscaremos abordar os direitos sociais, desde seu aspecto histórico, como surgiram, onde foram primeiramente normatizados, até sua implementação como autêntico direito fundamental. É claro que ao abordarmos esta temática, procuraremos abordar tanto as teorias que negam sua efetividade como autênticos direitos fundamentais, até as que assim os entendem.

Nesse capítulo procuramos explicar que quando falamos de direitos sociais estamos falando de prestações ou exigências legítimas que os cidadãos possuem, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem e não podem deixar de viver em sociedade com outros indivíduos. Assim, dada a sua natureza prestacional, os direitos sociais obrigam (exigem) do Estado a intervenção positiva na criação de condições dignas para o acesso a educação, saúde, habitação, emprego, etc. Se a Administração Pública não consegue ultrapassar o modo-de-ser liberal-individualista e apega-se a objetivismos e

tecnicismos para não concretizar os direitos sociais, está caracterizada a omissão administrativa.

Já no terceiro capítulo faremos uma abordagem da Administração Pública dirigente e compromissária e a concretização dos direitos sociais. Neste ponto analisaremos o fato de que não se pode falar em Administração Pública dirigente e compromissária fora da noção de Estado Democrático de Direito, já que aquela é uma das formas de implementação deste.

No referido capítulo buscaremos abordar o tema das omissões da administração pública em implementar os direitos sociais e também o papel do judiciário no controle das suas implementações que será tratado levando-se em conta modelo de administração pública em que se está inserido. Esta colocação se faz necessária na medida em que ainda se lida com uma administração pública que trabalha com a objetificação dos entes administrativos fazendo com que seus operadores caiam na inautenticidade marcada por um modo-de-ser liberal-individualista. Esta compreensão inautêntica fica evidenciada quando se depara com conceitos prontos e acabados – mérito do ato administrativo, separação de poderes, presunção de legitimidade, reserva do possível – que impedem o acontecer da Constituição e tornam controversa, para não dizer impossível, a implementação dos direitos sociais.

Também será objeto deste trabalho, buscar demonstrar que o Poder Judiciário pode, através da fenomenologia hermenêutica, ultrapassar esta pré-compreensão inautêntica através da suspensão dos pré-juízos, denunciando-os, trazendo-os à luz, a fim de que não se repitam quotidianamente. Com isto, procuraremos apontar que as construções teóricas advindas do já citado modelo liberal-individualista são incapazes de lidar com as novas exigências impostas pelo Estado Democrático de Direito já que são calcadas na objetificação dos entes jurídicos administrativos.

No quarto capítulo vamos abordar o papel desenvolvido pela linguagem para o acontecer dos direitos sociais, na medida em que, para que ocorra esse acontecer é necessário que haja a superação da linguagem tradicional dos entes administrativos e jurídicos, marcadamente metafísicas. Por tal razão, cada vez mais, faz-se mister construir outros referenciais teóricos para a significação da atividade administrativa e a relação com os direitos fundamentais.

Também neste capítulo faremos uma exposição sobre a importância da jurisdição constitucional para a concretização dos direitos sociais, tendo em vista o atual modelo do

Estado Democrático de Direito, onde o Poder Judiciário passa a atuar de uma forma mais incisiva em defesa do acontecer dos direitos fundamentais.

Como última abordagem do quarto capítulo, faremos uma exposição de como a fenomenologia hermenêutica pode “abrir clareiras” rumo a concretização dos direitos sociais.

Sendo assim, buscaremos trabalhar com uma nova perspectiva para a Administração Pública construindo uma verdadeira *Teoria da Administração Pública Adequada aos Países de Modernidade Tardia* que teria como grande desafio construir as suas vivências sem cair na tentação metafísica da objetificação.

Com isso, justificamos esta investigação na medida em que ela diz respeito ao papel da Fenomenologia Hermenêutica rumo ao acontecer da Administração Pública Dirigente e Compromissária e, especialmente, rumo à concretização dos direitos sociais.

O método de abordagem desta dissertação será o hermenêutico, que constitui-se a partir da ontologia fundamental de matriz heideggeriana-gadameriana que tem como uma das tarefas fundamentais a de superar o equívoco das teorias da interpretação, as quais, muito embora reconheçam que o Direito se caracteriza por um processo de aplicação, permanecem reféns do paradigma metafísico, na medida em que elaboram um processo de subsunção, a partir de significantes primordiais fundantes que será “acoplado” a um caso.

Portanto, o método utilizado nesta dissertação é completamente dissociado das concepções formalistas do Direito e da Administração Pública, em que a dogmática fornece uma diversidade de métodos entificados como verdadeiras instâncias de conhecimento do fenômeno jurídico.

Também entendemos que, diante desta verdadeira crise paradigmática, o debate acerca do papel da fenomenologia hermenêutica no acontecer dos direitos sociais é de extrema relevância, pois através de uma visão hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana poderemos “abrir clareiras”¹ em busca de uma Administração Pública comprometida com os princípios do Estado Democrático de Direito.

¹ Utilizaremos neste trabalho “Clareira” no sentido heideggeriano de condição de possibilidade para a própria floresta.

Por outro lado, a discussão sobre o papel da Administração Pública como instância de concretização do bem comum e, mais especificamente, o papel da Administração Pública na concretização dos direitos sociais, sintetiza uma das grandes discussões da atualidade. Os direitos sociais têm sido objeto dos mais variados estudos na cultura jurídico-política moderna, especialmente por parte de todos quantos se ocupam da Sociedade, do Direito e do Estado. É fácil constatar que a compreensão adequada acerca da natureza de tais direitos não se reveste de cunho meramente teórico, mas possui grande relevo prático, uma vez que se trata como o próprio nome refere, de direitos prestacionais.

Estas situações jurídicas elencadas no art. 6º da Constituição Federal são verdadeiros valores supremos que o Estado teima em não implementar e a doutrina e a jurisprudência do Direito teimam em não concretizar por estarem demasiado apegados ao dogmatismo e ao normativismo. Vale lembrar que estes direitos constituem não apenas uma garantia para a afirmação da dignidade dos cidadãos, mas também um referencial para a busca de sua igualdade e liberdade. Sendo assim, a carga emocional de que eles se revestem freqüentemente conduz à tentação de manipulá-los, por parte daqueles que detêm o poder político, com o objetivo de iludir a opinião pública e manter estruturas de poder inalteradas.

Assim, buscaremos apontar as significações teóricas que perfazem a relação entre Administração Pública e os Direitos Sociais na medida em que a doutrina e a jurisprudências nacionais, construídas historicamente com um caráter formalista, objetificante e metafísico, são incapazes de fornecer elementos suficientes para acontecer do Estado Democrático de Direito.

Por isto, dentre as várias matrizes teóricas que rondam o universo jurídico, entendemos que a fenomenologia hermenêutica é uma das que pode “des-cobrir” as sendas (perdidas) de há muito encobertas pelo sentido comum teórico dos juristas (modo cotidiano e inautêntico de fazer-interpretar o Direito), que oculta (vela) a possibilidade de o jurista dizer o “novo”, como bem refere Lênio Streck.

Não obstante, a abertura dessa clareira na Administração Pública tem como condição de possibilidade a *suspensão dos pré-juízos* que na Administração Pública impedem (escondem) a manifestação do ser e somente são superados quando denunciados.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CRISE

Neste primeiro capítulo da dissertação, procuraremos abordar o que chamamos de “crise da administração pública” que nada mais é senão um reflexo da mudança de paradigma porque atravessa toda a modernidade. É inegável que vivemos uma época de grandes transformações, o racionalismo está em crise, o individualismo está em crise, o Estado enquanto nação soberana e inexpugnável está em crise, conseqüentemente, a Administração Pública que, segundo definição de Bobbio², “é o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou organização estatal”, também está em crise.

No entanto, não basta apenas dizermos que existe uma crise permeando a administração pública, é necessário desvelá-la apresentando os elementos que a levaram a estar nesta crise. Pois, assim como o mito só é mito para quem nele acredita, a crise somente aparece como crise para quem sabe que há uma crise e pode, portanto, nomeá-la, dizê-la, simbolizá-la e denunciá-la³.

Entendemos que a primeira causa da chamada crise da administração pública é a mudança de paradigma que a sociedade como um todo está atravessando e isto se reflete, por exemplo, na discussão sobre a crise da modernidade que Ernildo Stein⁴ muito bem definiu:

O fim da modernidade é o momento em que não foi mais possível sustentarmos que é possível, através de um único sistema filosófico, dar explicações que tenham eficácia em todos os domínios do saber humano: em nível cognitivo, em nível de conhecimento, em nível prático, em nível moral e também em nível subjetivo, em nível artístico, etc. No momento em que perdemos esta unidade de um sistema, ou a possibilidade de haver um sistema filosófico que explique as diversas regiões fundamentais do saber e do convívio humano, neste momento chegamos ao fim da modernidade. Porque a modernidade se caracteriza justamente através da idéia de razão em que, de certo modo, o problema da unidade foi encontrado a partir de um princípio determinado. Mas é uma unidade que nasce da idéia de razão. Portanto, o fim da modernidade apresenta-se como o fim dos grandes sistemas filosóficos. O que por outro lado também significa que o fim da modernidade termina se apresentando aí onde não se afirmam propriamente mais sistemas metafísicos.

² BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992, p. 10.

³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70.

⁴ STEIN, Ernildo. **Epistemologia e Crítica da Modernidade**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 21.

Também merece referência a obra de Capra⁵ quando da abordagem do racionalismo e da mudança de paradigma que se faz necessária atualmente:

O paradigma ora em transformação dominou nossa cultura durante muitas centenas de anos, ao longo dos quais modelou nossa moderna sociedade ocidental e influenciou significativamente o resto do mundo. Esse paradigma compreende um certo número de idéias e valores que diferem nitidamente dos da Idade Média; valores que estiveram associados a várias correntes da cultura ocidental, entre elas a revolução científica, o Iluminismo e a Revolução Industrial. Incluem a crença de que o método científico é a única abordagem válida do conhecimento; a concepção do universo como um sistema mecânico composto de unidades materiais elementares; a concepção de vida em sociedade como uma luta competitiva pela existência; e a crença do progresso material ilimitado, a ser alcançada através do crescimento econômico e tecnológico. Nas décadas mais recentes, concluiu-se que todas essas idéias e esses valores estão seriamente limitados e necessitam de uma revisão radical.

Nesta mesma linha sobre a crise do racionalismo e a mudança de paradigma por ela acarretada, não podemos deixar de mencionar a lição de Ovídio Baptista da Silva⁶ que sintetiza, com maestria, este ponto ao afirmar que:

O sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuraram insinuar, possui um imenso componente autoritário, correspondendo a um modelo político propenso mais às tiranias do que a um regime democrático, como hoje tornou-se fácil perceber. Tendo a lei um sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então a proposição legislativa haveria de ser a expressão da “vontade do legislador”, conseqüentemente a expressão da vontade do poder constituído. Como diria Capelletti, era a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus “consumidores”.

Outro fator que pode ser apontado como causa da crise paradigmática porque atravessa a administração pública é a chamada globalização que, alguns, talvez com mais acerto, como Alain Touraine, preferem chamar de “mundialização da economia”.

A globalização transformou as bases do capitalismo de mercado criando novos padrões de produção, união de mercados financeiros, aumento da importância das empresas multinacionais, aumento da importância do intercâmbio e crescimento de blocos regionais de comércio, privatização e a hegemonia de conceitos neoliberais de relações econômicas. Tudo isso levou ao colapso do Estado e por conseqüência, do Direito, uma vez que, a efetividade do Direito está intimamente ligada à força coativa do Estado.

⁵ CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 28

⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25

Neste ponto não poderíamos deixar de mencionar a excelente obra de Bolzan de Moraes⁷ que divide as crises do Estado em conceitual, estrutural, funcional e política e que podem ser resumidas da seguinte forma:

a) crise conceitual

A crise conceitual do Estado diz respeito a idéia de soberania⁸ que tem sofrido profundas transformações ao ponto de o destino das nações não estar mais vinculado a idéia de Estado. Exemplo marcante é o de que a nação tida como a mais “poderosa” do mundo não possui soberania para controlar o seu espaço aéreo como aconteceu em 11 de setembro de 2001.

b) crise estrutural

A crise estrutural do Estado é própria do modelo do Estado Social e são muitos bem sintetizados por Rosanvallon⁹ a partir de 03 (três) elementos: a) o impasse financeiro em que se encontra o Estado Social – Rosanvallon usa a denominação Estado Providência – b) diminuição da eficácia social e econômica; c) mutações culturais entendidas como dúvidas sobre as finalidades do Estado providência, limites da solidariedade automática e modificação da equação keynesiana.

c) crise constitucional (institucional)

A crise constitucional é, por óbvio, a crise da Constituição que, a despeito de já ter 18 anos de promulgação, ainda não viu cumpridas as promessas mínimas ali contidas como, por exemplo, a concretização dos direitos sociais, o que levou Streck e Moraes¹⁰ a afirmarem que:

... a fragilização do instrumento que, na modernidade serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade.

⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁸ Utilizamos aqui o conceito de soberania como “um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas”. Ver, MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 25.

⁹ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 22 e ss.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 145.

d) crise funcional

Por fim, a crise funcional é entendida como a perda da exclusividade por parte do Estado para desempenhar as funções da atividade estatal.

Apontadas as crises que atacam a Administração Pública, faz-se necessário, para melhor compreendê-la, analisar criticamente os momentos históricos responsáveis pela estruturação da administração pública e por sua relação com os direitos fundamentais, especialmente com os direitos sociais. É claro que nesta breve incursão histórica não buscaremos fazer historiografia, pois o mergulhar no universo histórico dos entes deve caracterizar-se pela construção de uma consciência histórica e não mera repetição teórica de um passado distante como sucessão harmônica de fatos. A despeito deste tema vale destacar o entendimento de Ernildo Stein que lembra que, quando o investigador faz uma análise crítica da história, o primordial é ser capaz de apreciar sua verdadeira posição e fugir da chamada tentação objetivista. Sendo assim, Stein¹¹ afirma que:

A tentação do espectador imparcial na história não é nada mais que uma tendência para o objetivismo típico das ciências naturais. Nosso conhecimento do passado sempre vem carregado pelas condições que no presente nos ocupam e limitam. O passado que atingimos vem envolto nos problemas, preceitos e interesses que nos atarefam no presente.

Assim, faremos um apanhado sobre as relações entre a Administração Pública e os modelos de Estado, Liberal, Social e Democrático de Direito.

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO LIBERAL

O século XVIII é marcado por um movimento intelectual que teria um impacto profundo na História: o Iluminismo, um gigantesco esforço de filósofos e pensadores, em sua maioria franceses e anticlericais, para trazer a razão para o dia-a-dia da Humanidade e libertá-la do que viam como dogmas e superstições. Os ideais iluministas culminam, na esfera política, na Revolução Francesa de 1789, um episódio tão simbólico dessa nova mentalidade que permeia o Setecentos que é identificado pelos historiadores como o marco inaugural da Idade Contemporânea. A importância deste período histórico é tamanha que Hobsbawm¹²

¹¹ STEIN, Ernildo. **História e Ideologia**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1999, p. 29.

¹² HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 17.

chega a classificá-lo *como a maior transformação da história humana desde os tempos remotos quando o homem inventou a agricultura e a metalurgia, a escrita, a cidade e o Estado.*

A Revolução Francesa representou a crise final do *ancien régime*, cujas estruturas foram abolidas e substituídas por outras apropriadas ao Estado burguês (liberal). Essa crise que abalou a monarquia francesa e trouxe profundas transformações para o mundo ocorreu, basicamente, em três níveis: *econômico, social e político.*

A *crise econômica* foi estrutural e conjuntural. Estrutural porque representou o colapso do feudalismo, enfraquecido pelo crescimento demográfico e pelo desenvolvimento de forças de produção capitalistas. Some-se a isto uma conjuntura marcada por crises econômicas aprofundando as contradições da sociedade. A crise na agricultura, base da economia francesa, afetada por fenômenos climáticos que arruinaram as colheitas e provocaram uma súbita elevação de preços dos gêneros alimentícios espalhando miséria e subalimentação, foi um dos exemplos da crise econômica. Por outro lado, os desastrosos acordos comerciais firmados pela França e os elevados gastos realizados para financiar a Independência Americana também contribuíram sobremaneira para a bancarrota final do regime absolutista.

A crise também foi *social*, pois a estrutura social que dividia a sociedade em três Estados: Clero (Primeiro Estado); Nobreza (Segundo Estado) e Povo (Terceiro Estado), não correspondia mais à realidade existente. Chefiado pela burguesia, o Terceiro Estado contrapunha-se aos privilégios das classes parasitárias. Nos campos, os camponeses, em situação de miséria, tinham de pagar tributos absurdos ao clero (dízimo) e à nobreza decadente, sendo que estes não pagavam qualquer tipo de impostos. Nas cidades perambulavam pela rua uma massa de trabalhadores pobres, pequenos artesãos, lojistas, pequenos empresários que, mais tarde, se opõe ao radicalismo burguês e formam os *sansculottes*, movimento disforme, organizado em seções e que fornecia a principal força de choque da Revolução, os *manifestantes*.

A crise foi *política* porque o Absolutismo mostrava-se incapaz de conter os aristocratas e de proceder às reformas necessárias. A própria base do poder era atacada pelos iluministas que, ao “Direito Divino” do monarca, contrapunham a “soberania do povo”; à religião do Estado contrapunham a liberdade de credo; ao dirigismo mercantilista,

contrapunham a liberdade econômica¹³. A burguesia, consciente de sua força e de seu poder econômico, ambicionava também o poder político.

Sendo assim, Luís XVI, forçado pelo déficit orçamentário e pela sua incapacidade de apoiar os ministros que propunham reformas (Turgot, Necker, Calonne, Brienne) convocou os

¹³ Sobre liberalismo Revolução Francesa ver: AQUINO, Rubem; FRANCO, Denize; LOPES, Oscar. **História das Sociedades**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1989.

Estados Gerais em 08 de agosto de 1788, como *alternativa para superar a crise social e institucional*, como bem referem Streck e Bolzan de Moraes. No entanto, dado ao conturbado ambiente que se impunha, os Estados Gerais fracassaram determinando a precipitação dos fatos revolucionários. Para encerrarmos este brevíssimo esboço histórico acerca da Revolução Francesa merece ser destacada a lição de Bonavides¹⁴:

A Revolução Francesa foi o Estado Liberal.

...

Com efeito, a Revolução Francesa traduz na universalidade de seu lema – liberdade, igualdade, fraternidade - a extrema atualidade dos valores e princípios que ora inspiram, como uma bandeira desfraldada, os movimentos constitucionais de emancipação, dos quais o mais aberto e fascinante é o da democracia participativa.

Nesse ambiente singular deixado pelo Estado Absolutista surgiu o liberalismo e, conseqüentemente, o Estado Liberal, como bem afirmam Streck e Bolzan de Moraes¹⁵:

Dessa forma, pensamos poder situar o liberalismo como uma doutrina que foi-se forjando nas marchas contra o absolutismo onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança na doutrina dos direitos e do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal.

Nesta fase, o liberalismo, contrapondo-se ao absolutismo, fundamentava-se na propriedade privada dos meios de produção pela burguesia, que teria total liberdade econômica para produzir, vender, investir, fazer circular as riquezas produzidas, comprar, fixar salário. E essas atividades não seriam planejadas, nem reguladas, nem controladas pelo Estado, cuja função seria manter a ordem necessária ao funcionamento das empresas privadas. A produção industrial era realizada em pequenas e médias fábricas, onde havia divisão de trabalho, uso de máquinas industriais movidas a vapor, mão-de-obra assalariada e produção em larga escala a fim de proporcionar lucros cada vez maiores ao empresariado capitalista. Para Furtado¹⁶:

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 379-81.

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 50.

¹⁶ FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1991, p. 178 e seg.

o advento de um núcleo industrial, na Europa no século XVIII, provocou uma ruptura na economia mundial da época e passou a condicionar o desenvolvimento econômico subsequente em quase todas as Nações da terra. O contato das vigorosas economias capitalistas com as regiões de antiga colonização não se fez de maneira uniforme. Em alguns casos, o interesse limitou-se à abertura de linhas de comércio. Em outros, houve, desde o início, o desejo de fomentar a produção de matérias-primas, cuja procura crescia nos centros industriais. O efeito do impacto da expansão capitalista sobre as estruturas arcaicas variou de região para região (...). Com tudo, a resultante foi quase sempre a criação de estruturas subdesenvolvidas.

Nessa mesma linha de análise dos efeitos econômicos do liberalismo sobre a sociedade, particularmente a sociedade europeia do fim do século XVII, António Francisco de Souza¹⁷ faz a seguinte referência:

No plano econômico, do princípio para o fim do séc. XVIII a população europeia quase duplicou (passou de 118 para 187 milhões de habitantes), fenômeno que gerou um grande desemprego e subemprego. Por outro lado, uma acentuada oscilação dos preços causada por anos de abundância seguidos de anos de produção escassa (especialmente a partir de 1770) levou produtores, consumidores e assalariados a grandes dificuldades. Finalmente, o aparecimento da produção em massa –revolução industrial –em Inglaterra, especialmente nos setores têxtil (KAY, lançadeira volante – 1738; HARGRAVES, máquina de fição – 1765; CROMPTON, máquina de fição de algodão – 1779; CARTWRIGHT, tear mecânico – 1785), energético (WATT, máquina a vapor – 1767/1775) e metalúrgico (HUNTSMANN, aço fundido – 1749).

Na verdade o termo *liberalismo* é de difícil definição dada a sua amplitude conceitual; entretanto, o modelo liberal primeiramente implementado foi o da negação do Estado ou da mínima interferência do Estado nos assuntos de interesse da coletividade. Baseados principalmente nas teorias econômicas de Adam Smith, o liberalismo se consagrou com o famoso “*laissez faire laissez passer*”, baseado no antropocentrismo e na iniciativa privada como núcleo moral deste modelo econômico e social, relegando ao Estado o papel da garantia da paz e da segurança – *État Gendarme* –. Uma excelente síntese sobre idéias de Adam Smith é feita por Rosanvallon¹⁸ quando afirma que:

O pensamento de Adam Smith é exemplar da ambigüidade da reflexão liberal sobre o estado. É marcado, com efeito, por dois movimentos contraditórios sucessivos. Numa primeira fase, Adam Smith faz a teoria da necessária redução do papel do Estado a partir de sua concepção da auto-regulação da esfera econômica pelo mercado. Mas, numa segunda fase, justifica uma certa extensão do Estado no próprio interior se sua análise econômica. (...) Só o funcionamento autônomo do mercado, baseado na busca do self-interest, pode garantir o máximo desenvolvimento da riqueza. O princípio da auto-regulação da esfera econômica

¹⁷ SOUZA, António Francisco de. **Fundamentos Históricos de Direito Administrativo**. Lisboa: Almedina, 1995, p. 145.

¹⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**, p. 50-2.

pelos mecanismos do mercado permite assim a Smith concluir pela inutilidade e nocividade da polícia econômica. Nesta fase de sua reflexão, Smith não faz mais portanto que reprimir certos atributos do Estado, inscrevendo seu raciocínio no quadro da filosofia política clássica.

Com o transcurso do tempo e tendo em consideração que a possibilidade de uma sociedade com grau zero de intervenção é um ideal nunca alcançado porque o Estado Liberal requer qualidades e pressupostos igualitários, além de uma competição equilibrada, concretizada em sede legislativa, os liberais vislumbraram uma nova forma de dominação passando o Estado a assumir tarefas ordenadoras e mesmo prestações públicas. Neste ponto podemos afirmar com Capella¹⁹:

Só com reservas pode falar-se de um “Estado liberal” e de seu direito sem falsear excessivamente as coisas.

O Estado caracteristicamente moderno, corresponde à fase concorrencial do capitalismo, adota como normal alguma das formas políticas correspondentes ao sistema representativo. Cria ademais grandes corpos burocráticos ou administrativos adequados às funções que há de desempenhar. Assume as tarefas mais complexas que as da fase anterior. Origina corpos jurídicos modernos, que dizer, direito no sentido atual da palavra. Por último, a propósito deste mesmo estado se dá uma luta contra as imunidades do poder: se intenta levar os ideais rousseauianos até as últimas conseqüências com o conceito de “estado de direito”. Esta luta colhe certos avanços mas se salda, como era previsível, em um fracasso estrepitoso.

Inaugura-se, a seguir, a fase do constitucionalismo e dos direitos individuais –direitos de primeira geração –, da igualdade formal, da separação de poderes, da legalidade e da soberania nacional. Sobre o surgimento dos direitos individuais, é imperioso destacar a lição expedida por Bonavides²⁰:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar, na ordem dos valores políticos, a nítida separação entre Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

¹⁹ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 120.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade, p. 354.

Durante a implementação do Estado Liberal teremos o surgimento da Administração Pública, filha diletta da Revolução Francesa, que surge baseada na razão abstrata, na autoridade, na hierarquia e nos princípios da separação de poderes, da soberania nacional, da legalidade e dos direitos individuais e é marcada pelo modelo sistemático, objetificado e racionalista. Seguindo o entendimento de Norberto Bobbio²¹ podemos afirmar:

A passagem da esfera da legitimidade para a esfera da legalidade assinalou, dessa forma, uma fase ulterior do Estado moderno, a do Estado de direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia como classes dominantes, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia na idade triunfal da Revolução Industrial.

Assim, no Estado Liberal, o Direito passa a ter uma função ordenadora estando no Poder Legislativo ou na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado e Sociedade.

No tocante à Administração Pública podemos dizer que ela é fruto das conquistas da modernidade²². É, em verdade, o resultado do amadurecimento de idéias surgidas na esteira do racionalismo e da crise que fulminou o período absolutista. A Administração Pública tem raízes fincadas no pensamento filosófico do século XVII e se exprime no racionalismo cartesiano, no individualismo e no antropocentrismo. Como consequência podemos dizer que a Administração Pública foi pensada para uma sociedade muito diferente da que hoje vivenciamos o que, muito embora não signifique, por si só, incapacidade de resposta, ao menos denota e justifica a sua perplexidade diante do novo.

Não há qualquer dúvida de que a Administração Pública nasceu com a Revolução Francesa e foi adaptada aos princípios revolucionários e a nova realidade social e econômica que se vivia. Com isto, a Administração Pública buscou substituir a “vontade do soberano” pela razão concreta no trato das coisas públicas. Como já dissemos, o emblemático Estado francês encontrava-se falido, a aristocracia estava em franca decadência e a burguesia, que já vinha galgando espaços desde a sangrenta “noite de São Bartolomeu”, encontrava-se na eminência de assumir o controle total sobre o Estado e impor seus ideários, o que fatalmente

²¹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**, p. 430.

²² Modernidade aqui usada como periodização de tempo.

veio a acontecer com a Revolução Francesa simbolizada pela queda da Bastilha. A propósito deste tema, Eduardo Garcia de Enterría,²³ em brilhante passagem ensina que:

En síntesis, el proceso puede explicarse em estos términos: los revolucionarios, en el momento de plasmar el Estado nuevo, siguen una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban; esta interpretación, junto con las circunstancias históricas de la Revolución y de los tiempos posteriores, permitieron y determinaron el fortalecimiento de una Administración como no había conocido siquiera el Antiguo Régimen; pero los dogmas jurídicos-políticos de la Revolución obraron ahora, ya que no para impedir esse hecho, para someterlo a una cierta disciplina, y esta disciplina fue justamente el Derecho Administrativo.

Tomado o poder, surge o grande desafio de colocar em funcionamento uma máquina estatal falida e ainda dependente de sistemas como o de arrecadação de tributos e de distribuição de justiça, realizados de maneira privada e obedecendo a “vontade geral do soberano”. Surgiu então a necessidade de criar um ente que fosse capaz de fazer funcionar o aparato Estatal tendo por base a razão, ou seja, houve a necessidade da substituição do fundamento do poder que deixou de residir na figura transcendental do soberano para residir no “indivíduo” que passou a assumir a condição de primeiro e último titular do poder, seguindo os ensinamentos pregados por Rosseau no seu *Contrato Social*. Com isto, a Revolução Francesa, por meio dos ideais liberais, buscou eliminar tipos estruturais advindos do absolutismo, introduzindo um novo tipo estrutural de Administração Pública, conforme lembra Massimo Severo Giannini²⁴, constituindo-se no resultado de um conjunto de idéias de filósofos, políticos e economistas que ocupavam a cena jurídica na Europa na época.

O tipo estrutural dessa Administração Pública assume algumas matrizes teóricas: a) do modelo inglês, o princípio da separação de poderes, através de uma necessária separação e controle recíproco de organização, sendo que a organização administrativa faria parte do executivo; b) desta fonte, igualmente, incorpora a idéia da não arbitrariedade do poder público, determinando a força da legalidade da atuação administrativa; e c) do pensamento político-jurídico comum extrai o princípio constitucional da independência da jurisdição,

²³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Revolución Francesa y Administración Contemporánea**. Madrid: Civitas, 1991, p. 42.

²⁴ GIANNINI, Massimo Severo. **Premisas Sociológicas e Historicas del Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 47.

reconhecendo algumas situações jurídicas subjetivas a serem tuteladas perante o juiz. Assim, podemos dizer com António Francisco de Souza²⁵ que:

a estrutura administrativa do Estado Liberal foi marcada pela idéia de racionalização em que cada função ou conjunto de funções públicas estava confiada a órgãos próprios, independentes do legislativo e dos tribunais. A Administração Pública adquiriu um \a identidade própria, estruturando-se em dois níveis: central e local.

O autor acima referido entende que a Administração pública central do Estado Liberal representou um avanço em relação ao Estado absoluto já que adquiriu uma identidade própria frente ao Poder Executivo, diferentemente do que ocorria na vigência do absolutismo quando não passava de um prolongamento da mão do rei. Devemos referir também que com o aumento das funções desempenhadas pela Administração Pública no período pós-revolucionário e com a própria aplicação dos princípios advindos desse período – separação de poderes, legalidade, direitos individuais e soberania nacional – houve um substancial incremento da máquina burocrática que foi adquirindo uma identidade própria à medida que foi crescendo e o seu peso foi aumentando. De outra parte, o aumento substancial do número de funcionários públicos exigiu a introdução de novos modelos de Administração Pública. O principal método adotado nesse período, e que ainda perdura até os tempos atuais, é o da “organização hierárquica”, de origem militar. Com isto surgiram as unidades burocráticas especializadas, como as seções, os departamentos etc., todos concebidos dentro de uma rígida hierarquia militar tendo sempre a frente um Diretor, um Chefe de Departamento ou qualquer outra figura que ocupe uma posição de comando. Por conseguinte, este modelo centralizado de Administração Pública prosperou à custa do poder local, ou seja, funções históricas que antes eram desempenhadas por entes locais, passaram a ser centralizados e a responder tão somente a esta Administração unitária e central.

No Brasil a história não pode ser contada de maneira diversa já que desde a descoberta do país até o final da República Velha (1930) o Estado brasileiro pode facilmente ser descrito como o grande mantenedor de privilégios econômicos e sociais de uma elite rural, aristocrática e parasita. Uma inquietante análise sobre este período porque atravessou(a) a

²⁵ SOUZA, António Francisco de. **Fundamentos Históricos de Direito Administrativo**, p. 174.

Administração Pública brasileira é feita por Marcelo Douglas de Figueiredo Torres²⁶ quando diz:

Importante para o entendimento desse tipo de relação da elite agrária com o Estado brasileiro é o conceito de patrimonialismo desenvolvido por Max Weber. Esse conceito, fundamental na obra do sociólogo alemão, é utilizado para caracterizar formas de dominação política tradicional em que não há uma separação visível entre as esferas públicas e privada, em que esses dois domínios se misturam na concepção do governante, que entende e controla o Estado como se fosse uma extensão do seu próprio domínio privado.

Seguindo a mesma linha o autor prossegue na sua análise e refere que:

Ao longo da tarefa de colonização, experimentamos um processo de crescente transplantação da máquina administrativa portuguesa para o Brasil. Esse processo aprofunda-se e, de certa maneira, completa-se com um acontecimento inesperado e conjuntural: a vinda da Corte para o Brasil em 1808, fugindo do cerco de Napoleão Bonaparte. Segundo Faoro, esse acontecimento marca de maneira decisiva toda nossa história posterior. A transplantação da administração pública portuguesa para o Brasil completa uma obra iniciada no século XVI e instala definitivamente no país um aparato administrativo caracterizado pelo burocratismo, pelo patrimonialismo e dominado por um estamento político. Exceto em alguns poucos e curtos intervalos, como na época da Regência ou da Primeira República, a nossa história caracteriza-se pela centralização, pelo caráter patrimonial, pelo burocratismo, pelo intervencionismo estatal, tudo controlado pelo estamento encastelado no poder.

Como podemos observar as características que descrevem a Administração Pública brasileira de outrora parecem ser indeléveis tamanha a sua atualidade. Inobstante, no plano do direito também não existem fatos a serem comemorados já que os princípios lançados pelo Estado Liberal como o da separação de poderes, o mérito do ato administrativo, a legalidade e outros, ainda continuam a ser aplicados pela dogmática tradicional de uma maneira entificada e metafísica, dentro de uma relação sujeito-objeto, impedindo o *des-velamento* da Administração Pública e, especialmente, dos direitos sociais que ainda continuam a ser tratados como uma mera carta de intenções.

1.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO SOCIAL

A transformação da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social começou com a crise da sociedade burguesa a partir de meados do século XIX e avançou no século XX

²⁶ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de

dentro do período que Hobsbawm²⁷ denominou como sendo “A era da catástrofe” e que Boaventura de Souza Santos²⁸ brilhantemente assim o definiu:

O século XX ficará na história (ou histórias) como um século infeliz. Alimentado e treinado pelo pai e pela mãe, o andrógino século XIX, para ser um século-prodígio, revelou-se um jovem frágil, dado a maleitas e aos azares. Aos catorze anos teve uma doença grave que, tal como a tuberculose e a sífilis de então, demorou a curar e deixou para sempre um relógio. E tanto que aos trinta e nove anos teve uma fortíssima recaída que o privou de gozar a pujança da meia idade. Apesar de dado por clinicamente curado seis anos depois, tem tido desde então uma saúde precária e muitos temem uma terceira recaída, certamente mortal. Uma tal história clínica tem-nos vindo a convencer – a nós cuja inocência está garantida por não termos escolhido nascer neste século – que, em vez de um século prodígio, nos coube um século idiota, dependente dos pais, incapaz de montar casa própria e ter uma vida autônoma”.

O Estado, com efeito, passou a adquirir uma feição mais social, na qual os direitos passaram a ser incluídos não apenas para uma atividade limitadora do ente estatal, mas direitos para as prestações do Estado, eclodindo o chamado Estado Providência. Durante este período o Estado passa a assumir tarefas positivas e a agir como um verdadeiro ator privilegiado no campo sócio-econômico, como bem afirmam Streck e Bolzan de Moraes²⁹:

Na ampliação da atuação positiva do Estado, temos a diminuição no âmbito da atividade livre do indivíduo, ou seja, com o crescimento da intervenção, desaparece o modelo de Estado mínimo e abre-se o debate acerca de até que momento se permanece liberal diante de tal situação.

Dentro desta linha de análise sobre a crise do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social é fundamental lembrar a clássica lição de Calera³⁰ quando afirma que:

La existencia de un Estado grande e intervencionista tuvo una justificación clara en la necesidad, justa y benéfica de superar un Estado liberal, que había mostrado sus graves carencias. Participo de la convicción, en la que se gesto ese Estado social, de que una sociedad civil, sobre todo en los ambitos de lo económico y lo laboral, dejada al libre encuentro de los individuos y sometida a un genérico control de un Estado mínimo-policía reproduce y amplía las injusticias y las desigualdades.

Janeiro: FGV, 2004, p. 143-4.

²⁷ HOBBSAWM, Eric J. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2001.

²⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 58.

³⁰ CALERA, Nicolás María López. **Yo, el Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 1992, p. 11.

O Estado Social passa então a assumir feições próprias sendo definido por Bobbio³¹ como sendo:

... O Estado do bem-estar (Welfare state), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político.

Complementando a definição do pensador italiano podemos acrescentar que a origem do Estado Social está na própria evolução do Estado Protetor defendido tanto por Hobbes como por Locke.

A passagem do Estado Protetor para o Estado Social deve ser compreendida como um duplo movimento de correção e radicalização. É no final do séc. XVIII que surgem os movimentos democráticos e igualitários reivindicando a ampliação dos direitos de cidadania, de sufrágio e de proteção econômica. É neste sentido que dizemos que o Estado Social é um prolongamento do Estado Protetor porque os dois tipos se baseiam numa mesma representação de indivíduo e das suas relações com o Estado. Rosanvallon³² chega mesmo a dizer que:

... a passagem do Estado-protetor para o Estado-providência traduz, no nível das representações do Estado, o movimento no qual a sociedade deixa de se pensar como um corpo para se conceber como um mercado.

É certo também que a Revolução Industrial, o movimento operário, o desenvolvimento da democracia, a idéia de igualdade e certas correntes filosóficas que nascem neste contexto, proporcionaram ao Estado um *plus* em seus fins e uma ampliação do horizontes das políticas desenvolvidas no seu âmbito. Estes fatos são tão importantes para a consolidação da noção de Estado Social que Pelayo³³ chega a afirmar que:

Pero, si por Estado Social hemos de entender no solo una configuración histórica concreta, sino también un concepto claro y distinto frente a otras estructuras estatales, hemos de considerarlo como un sistema democráticamente articulado, es decir, como un sistema en el que la sociedad no solo participa pasivamente como recipiendaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones toma parte activa tanto en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales. Dicho de otro modo, cualquiera que

³¹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**, p. 416.

³² ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**, p. 22.

³³ GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 48.

sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que el de la simple democracia política, puesto que ha de extenderse a otras dimensiones. Solo bajo este supuesto tendremos un criterio válido para distinguir el Estado social de conceptos próximos como el Estado de bienestar, el estado asistencial, el Estado providencia, etc., que aluden a una función pero no a una configuración global del Estado; solo mediante la vía democrática la tendencia a estatización de la sociedad puede ser neutralizada por un proceso de socialización del Estado.

Não podemos esquecer que a crise que atingiu o Estado Liberal mostrando sua face na desigualdade social, no desemprego, na miséria e na precariedade das relações de trabalho foram agravadas sobremaneira com a eclosão da primeira Guerra Mundial em 1914, com a Revolução Russa de outubro de 1917 e, posteriormente, com a grande depressão econômica que abalou o mundo em 29 de outubro de 1929 com a quebra da Bolsa de Nova Iorque e que equivaleu a algo muito próximo do colapso da economia mundial. Para se ter uma idéia das conseqüências deste período econômico vale lembrar a lição de Hobsbawm³⁴ quando diz que:

... nos EUA, a Westinghouse, grande empresa de eletricidade, perdeu dois terços de suas vendas entre 1929 e 1933, enquanto sua renda líquida caiu 75% em dois anos. Houve uma crise na produção básica, tanto de alimentos como de matérias-primas, porque os preços, não mais mantidos pela formação de estoques como antes, entraram em queda livre. O preço do chá e do trigo caiu dois terços, o da seda bruta três quartos. Isso deixou prostrados – para citar apenas os nomes relacionados pela Liga das Nações em 1931 – Argentina, Austrália, países balcânicos, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Egito, Equador, Finlândia, Hungria, Índia, Malásia britânica, México, Índias holandesas, Nova Zelândia, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, cujo comércio internacional dependia de peso de uns poucos produtos primários. Em suma, tornou a Depressão global no sentido literal.

Um pouco além o renomado historiador fala das conseqüências sociais advindas da grande depressão³⁵:

... Para aqueles que, por definição, não tinham controle ou acesso aos meios de produção (a menos que pudessem voltar para uma família camponesa no interior), ou seja, os homens e mulheres contratados por salários, a conseqüência básica da Depressão foi o desemprego em escala inimaginável e sem precedentes, e por mais tempo do que qualquer um já experimentara. No pior período da Depressão (1932-33), 22% a 23% da força de trabalho britânica belga, 24% da sueca, 27% da americana, 29% da austríaca, 31% da norueguesa, 32% da dinamarquesa e nada menos que 44% da alemã não tinha emprego. E, o que é igualmente relevante, mesmo a recuperação após 1933 não reduziu o desemprego médio da década de 1930 abaixo de 16% a 17% na Grã Bretanha e Suécia ou 20% no resto da Escandinávia. O único Estado ocidental que conseguiu eliminar o desemprego foi a Alemanha nazista entre 1933 e 1938. Não houvera nada semelhante a esta catástrofe econômica na vida dos trabalhadores até onde qualquer um pudesse lembrar.

³⁴ HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**, p. 96.

³⁵ Idem, p. 97.

O que tornava a situação mais dramática era que a previdência pública na forma de seguro social, inclusive auxílio desemprego, ou não existia como nos EUA, ou, pelos padrões de fins do século XX era parca, sobretudo para os desempregados a longo prazo.

As transformações econômicas e sociais advindas deste período compreendido entre a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa e o *Crash* da bolsa, fizeram com que o Estado passasse a proporcionar aos seus cidadãos um conjunto de serviços (sociais) até então inexistentes, tais como, direito à saúde, à educação, direito à proteção salarial, etc., caracterizando uma fase que Capella³⁶ chama de “fase de inovação e experimentação social”. É preciso lembrar que a Revolução de outubro que fundou a União Soviética criou uma grande expectativa para os movimentos operários e para os oprimidos do mundo inteiro que viam neste movimento uma possibilidade real de tomada e consolidação do poder. De outra parte, era instalada na Alemanha a República de Weimar que contrapunha-se ao modelo revolucionário soviético através da concessão de subsídios sociais, transformando-se no que mais tarde ficou conhecido como “laboratório” onde se implementaram algumas medidas do Estado Social. Com o fracasso da República de Weimar que, devido à delicada situação econômica da Alemanha após a Primeira Guerra, não conseguiu cumprir com seus compromissos assistenciais, instalou-se o campo propício de tomada de poder pela direita radical e para a implementação do regime nazista que iria desaguar na Segunda Guerra Mundial.

É importante destacarmos que, com o fracasso do liberalismo e com a ascensão do comunismo, as classes privilegiadas tinham que encontrar uma fórmula segura que ao mesmo tempo freasse a revolução operária e desse uma resposta às classes menos favorecidas, oferecendo-lhes alguns subsídios sociais, mais tarde transformados em direitos constitucionais de segunda geração, para aplacar os efeitos da grave crise econômica que se instalou mundo afora e para preservar-se. E é justamente para implementar estes direitos de segunda geração, mas principalmente, por ser a “única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades sociais”, como bem refere Pereira e Silva³⁷, é que surge a figura do Estado de Bem-Estar Social, que garante aos cidadãos um mínimo de renda, alimentação, saúde, habitação, etc., não mais como meros subsídios da caridade e sim como verdadeiros “direitos” que podem ser exigíveis a

³⁶ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado.

qualquer tempo porque, em sua grande maioria, encontram-se dispostos nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Esta nova concepção de Estado como prestador de serviços sociais veio substituir uma concepção puramente assistencial por um complexo sistema de direitos e garantias sociais, substituindo a idéia da providência divina pela certeza da providência estatal, com o que Rosanvallon³⁸ acaba por dizer “...aos acasos da caridade e da providência, sucedem-se a regularidade do Estado”.

Os modelos que mais se aproximaram da noção de Estado Social podem ser buscados no *New Deal* implementado por Roosevelt a partir de seu primeiro governo nos Estados Unidos, quando lançou um ousado programa que previa a intensificação das obras públicas, a regulamentação das horas de trabalho, a instituição do salário mínimo, o sistema de seguros sociais, dentre outros.

Também não podemos olvidar a influência da declaração das quatro liberdades proclamadas pelo presidente Roosevelt em 06 de janeiro de 1941 e que são reproduzidas por Bobbio³⁹ quando afirma que:

Para que o homem se liberte da necessidade, é preciso uma intervenção do Estado para proteger o trabalho, dar trabalho a quem não tem, prover as aposentadorias aos idosos, as pensões por invalidez” e a seguir “desenvolver a possibilidade de obter tratamentos médicos adequados”. Na conclusão, enfim: “Não se trata de almejar uma distante idade do ouro. É uma base específica para um tipo de mundo que podemos alcançar na nossa época e na nossa geração.

Esta declaração terá grande importância principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial quando servirá, juntamente com a teoria de Keynes⁴⁰, como justificativa para a introdução dos direitos sociais nas novas constituições do pós-guerra. Outros exemplos que se aproximam do chamado Estado Social (Welfare State) podem ser buscados na Inglaterra e na França. Na Inglaterra quando da apresentação do primeiro relatório “Beveridge”, ainda em plena vigência da Segunda Grande Guerra em 1942 e previa providências do governo

³⁷ PEREIRA e SILVA, Reinaldo. **O mercado de trabalho humano**. São Paulo: LTr, 1998, p. 45.

³⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**, p. 22.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 506.

⁴⁰ Aqui nos referimos especificamente a famosa obra **Teoria geral de emprego, juro e dinheiro** de J. M. Keynes que pregava a necessidade de uma teoria econômica alternativa à economia de livre mercado.

britânico no campo da saúde, da segurança social e da educação a fim de garantir direitos iguais a todos os cidadãos independentemente de sua renda ou condição social.

Essa mudança é de vital importância pois traz consigo uma perspectiva diferente, ou seja, aquilo que antes era tido como uma mera “caridade” oferecida pelo Estado passa a ser um direito do cidadão e, como tal, exigível. Já na França esta proteção do Estado ficará latente quando da Libertação onde é criada a Previdência Social que visará trazer “segurança” a população, após um longo período de guerra e de ocupação nazista.

Tendo por base os exemplos expendidos podemos dizer com Streck e Bolzan de Morais⁴¹:

Pode-se, então, dizer que a transformação no viés intervencionista do estado Moderno Liberal o faz assumir responsabilidades organizativas e diretivas do conjunto da economia do País, em vez de simplesmente exercer poderes gerais de legislação e polícia, próprias do perfil do Estado Mínimo, como era até então conhecido.

Em virtude disso, pode-se dizer que o Estado do Bem-Estar Social constitui uma experiência concreta da total disciplina pública da economia, assumido como modelo de futuros objetivos autoritários da política econômica e ao mesmo tempo cria hábitos e métodos dirigistas dificilmente anuláveis.

No entanto, toda a capacidade intervencionista e assistencial do Estado de Bem-Estar Social será amplamente questionada a partir da década de 70 quando as despesas com a saúde pública e com o setor social deste modelo de Estado começam a crescer muito mais rápido que as receitas, criando um imenso problema de financiamento que ainda paira sob os ditos estados industrializados. Esta crise vivida pelo Estado Social é muito bem apanhada por Calera⁴² quando esse cunha a expressão “*no corren buenos vientos para el Estado*” e especialmente quando afirma que:

En cualquier caso, parece evidente que ese Estado intervencionista (Estado social y de bienestar) no tiene buena prensa desde hace ya bastante años y las críticas le han llovido desde todos los sectores ideológicos. La crisis esta servida. En lo que sigue quiero exponer algunos aspectos de esta crisis centrada en la recuperación de la sociedad civil que se produce a partir de una serie de críticas, conservadoras y progresistas, contra ese Estado. Estas referencias a la crisis del Estado son simplemente un pretexto para proponer, en lá última parte, una {refundación} del Estado.

⁴¹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 65.

⁴² CALERA, Nicolás María López. **Yo, el Estado**, p. 13.

O Estado Social determina um novo-ser-no-mundo para a Administração Pública, um novo horizonte de sentido. A Administração Pública advinda do Estado Social surge, em contraponto à Administração Pública do Estado Liberal, baseada na ação concreta, ao invés da razão abstrata, na desconcentração em oposição à autoridade, na colaboração (coordenação) ao invés da hierarquia e do ato regulamentar em oposição ao ato administrativo do Estado Liberal. Assim, no Estado Social, o Direito passa a ter uma função promotora estando no Poder Executivo o ponto de tensão nas relações entre Estado e Sociedade.

Como o modelo de administração pública patrimonialista mostrou-se incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares, já que o capitalismo exigia a separação entre Estado e mercado, tornou-se necessário criar um novo modelo de administração pública que respondesse aos anseios da sociedade, principalmente no que se referia à separação entre público e privado, entre administrador público e o político. Surge então, no século XIX, o modelo de administração pública burocrática baseada, principalmente nas idéias de Max Weber que vislumbrou nesse modelo a maneira de reduzir as incertezas das decisões administrativas e assim, aumentar a previsibilidade das decisões dos administradores.

O modelo aduzido por Weber, ao contrário da conotação pejorativa que hoje lhe é atribuída, representou um significativo avanço sobre a forma patrimonialista até então vigente. O modelo burocrático de administração pública permitiu que fossem criadas condições para a expansão do capitalismo do princípio do século passado na medida em que criou condições para uma expansão qualitativa e quantitativa das funções da administração pública.

Com os encargos assumidos pelo Estado Providência, era fundamental haver um ente que fosse capaz de implementar os direitos sociais conquistados a duras penas, como bem refere Torres⁴³ quando afirma que:

... a conquista dos direitos sociais exigiu uma total reformulação que implicou um intenso aumento do escopo da atuação da administração pública, que passa a atender às crescentes demandas de políticas públicas de inclusão social.

Assim, o modelo burocrático weberiano deve ser entendido como consequência e condição do desenvolvimento de uma ordem racional-legal que o sistema capitalista exigia.

O já citado Marcelo Douglas de Figueiredo Torres⁴⁴ resume as principais características do modelo da seguinte forma:

Impessoalidade: existência de regras abstratas e universalistas aplicáveis a todos os cidadãos, com regras previstas também para a grande maioria das situações cotidianas das relações sociais. Essas regras vinculam potencialmente o detentor do poder, o aparelho administrativo e os governados, indistintamente. Essa característica é de fundamental importância para a democratização das relações políticas e sociais, principalmente em um país como o Brasil onde as relações pessoais usualmente buscam sobrepor-se aos ordenamentos legal e institucional (...);

Hierarquia: toda organização burocrática se estrutura de modo hierárquico, o que não quer dizer que todas se organizam com a mesma intensidade hierárquica. Por mais esforços que se façam, tanto na iniciativa privada quanto na administração pública, no sentido de flexibilizar e delegar autoridade, ainda persiste uma estrutura bastante verticalizada nos processos de tomada de decisão. As relações de autoridade são parte de uma cultura comportamental amplamente arraigada e observada no mundo corporativo. Quanto à administração pública é ainda mais forte, haja vista que a estrutura do setor público é extremamente hierarquizada, convergindo, no limite, para as decisões do presidente da República, no caso do Executivo federal.

Regras rígidas: no modelo burocrático, as funções administrativas são exercidas de modo continuado, com procedimentos definidos e repetitivos, com base em um conjunto de regras rigidamente formuladas, escritas ou não, com pretensões universalistas e abstratas. No caso da administração pública, o estabelecimento de tais regras é em especial intenso, uma vez que praticamente toda ação do administrador/servidor público está prevista, de forma meticulosa, em uma vasta legislação. De modo geral, os atos administrativos discricionários, que permitem ao administrador optar por essa ou aquela alternativa, são relativamente menos numerosos na administração pública. Em regra, a maior parte dos atos é vinculada, ou seja, não permite um juízo de valor pelo servidor, que não tem autonomia para analisar a conveniência ou necessidade do ato, que está todo estipulado e previsto na legislação.

Especialização: o poder e as tarefas dentro de uma burocracia são distribuídos de acordo com os conhecimentos técnicos e as aptidões profissionais que são exigidos para o desempenho de determinada atividade. Essa característica acentuou-se em demasia nas últimas décadas, uma vez que a produção científica se torna cada vez mais compartimentada. A vertiginosa produção de conhecimento e tecnologia do mundo moderno, aliada à necessidade de se encontrarem soluções cada vez mais técnicas e complexas tem contribuído para acentuar este aspecto fundamental dentro do modelo burocrático. (...)

Continuidade e controle: dentro de um modelo burocrático, a produção de bens e serviços é continuada, possibilitada por um corpo administrativo qualificado e permanente. Há, supostamente um caráter democrático na estruturação desses corpos administrativos, quer pelo recrutamento universalista, quer pela valorização técnica e profissional através de concursos ou pela titulação. É claro que esse aspecto é especialmente importante em comparação com o recrutamento patrimonial, marcadamente nepotista e clientelista. Além disso, toda a enorme produção de bens e serviços está ancorada em complexos, sofisticados e rígidos mecanismos de controle, que possibilitam o gerenciamento das gigantescas corporações modernas, quer no setor público, quer na iniciativa privada.

⁴³ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**, p. 27.

⁴⁴ Idem, p. 19.

Não resta qualquer dúvida que o modelo de administração pública burocrática representa um significativo avanço em relação ao modelo patrimonialista até então vigente, ou como bem refere Bresser Pereira⁴⁵ ao lecionar que:

A reforma burocrática foi um grande avanço ao romper com o patrimonialismo e estabelecer as bases para o surgimento da administração profissional. Foi uma verdadeira reforma porque se antepôs à administração patrimonialista e criou as instituições necessárias à racionalização burocrática e, mais especificamente, ao surgimento de uma burocracia profissional.

Entretanto, podemos dizer que o conceito de burocracia encontra forte crítica no que diz respeito a suas características de oligarquização e caráter antidemocrático. A profissionalização e a especialização dos serviços públicos burocráticos, quando não acompanhados por um amplo processo de acompanhamento dos cidadãos ou de aprofundamento da democracia, tende a criar uma elite dirigente distanciada das bases, que acaba por engessar a administração pública criando uma paralisia da máquina administrativa e contribuindo sobremaneira para o recrudescimento da corrupção.

No Brasil, conforme já dissemos alhures, o Estado que permanecia refém de uma elite agrária patrimonialista vai experimentar uma profunda mudança com o advento da Revolução de outubro de 1930. O País passa a vivenciar um processo de urbanização e industrialização havendo um rearranjo político do Estado para buscar as “promessas não cumpridas da modernidade”⁴⁶, que passam a ser exigidas pela burguesia ascendente que não admitia a hipótese de não ver contemplados seus pleitos. Sendo assim, o governo provisório comandado por Getúlio Vargas, que assumiu o poder com a revolução de outubro, irá implementar uma reformulação completa do Estado brasileiro através de um amplo processo de modernização social e industrial, que resultou na incorporação ao Estado de parte da classe trabalhadora, de setores médios urbanos e da incipiente burguesia nacional, marcando o início de um novo pacto social no País.

É de se destacar que esta nova fase do Estado brasileiro não pode ser comparada com a dos países que passaram efetivamente pelas etapas do Estado Social. O Estado brasileiro advindo da era Vargas aproxima-se de um verdadeiro “assistencialismo” tendo em vista o

⁴⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 21.

⁴⁶ Expressão cunhada por Lênio Luiz Streck em seu *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*.

caráter autoritário de sua implementação. Por isso concordamos plenamente com Streck⁴⁷ quando esse afirma:

É evidente, pois, que em países como o Brasil em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda a política social deve ser o Estado.

No que tange à Administração Pública brasileira, a era Vargas trouxe uma série de transformações que tentaram ampliar o acesso ao Estado pela população, bem como livrar a Administração dos traços patrimonialistas de que ainda era refém.

Com isto, em 1936 foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil e que, posteriormente irá originar o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), órgão este criado no intuito de promover a estruturação de uma máquina administrativa montada nos termos do modelo burocrático weberiano baseado nos princípios do mérito do ato administrativo, da centralização, da separação entre público e privado, da hierarquia, da impessoalidade, etc. Nesta linha de análise é relevante trazer à colação o dizer de Torres⁴⁸ quando afirma que:

É importante destacar também que é exatamente no primeiro movimento modernizador da administração pública que se inicia o estabelecimento de um padrão duplo, que marca a ação do Estado brasileiro até nossos dias. Os altos escalões passam a ser organizados e estruturados de acordo com os bons paradigmas do modelo burocrático weberiano que ora se instalava no Brasil, recebendo treinamento, formação profissional, bons salários e garantias legais. Assim, os servidores do Itamarati e dos altos escalões de alguns órgãos destacavam-se, pela qualificação e profissionalismo, entre os demais burocratas da América Latina. Por outro lado, e para a infelicidade dos brasileiros pobres e dependentes da ação estatal, a burocracia interna, que cuidava das políticas públicas das áreas de saúde, educação e segurança pública, sofria com as mais deletérias e ineficientes práticas clientelistas e patrimonialistas.

No Brasil, tanto o modelo de Estado Social como o de administração pública burocrática ainda pendem de implementação ou como bem afirma Rogério Gesta Leal⁴⁹

... em nosso sentir, nunca existiu no Brasil um Estado-Providência, mas tão-somente equívocos de comportamento privatista do Estado enquanto instituição jurídica e pública, servindo a interesses setoriais vinculados a elites hegemonicamente dominantes (banqueiros, industriais, grandes corporações).

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 26.

⁴⁸ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**, p. 148.

⁴⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

Enquanto isso, o Estado permanece sendo administrado através de práticas que ignoram os princípios mais elementares como o da impessoalidade, publicidade, especialização, etc., e continua tendo o patrimonialismo como cultura política da administração, como bem detectou Faoro⁵⁰.

1.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para adentrarmos na análise do que chamamos de Estado Democrático de Direito, é preciso ter presente que a noção de “Estado de Direito” já era conhecida desde os primórdios do Estado Liberal como nos mostram alguns de seus elementos conceituais, como o “princípio da legalidade, o princípio da separação de poderes e o princípio da reserva legal”, que até hoje encontram-se na base de sustentação do Estado.

No entanto, a associação da noção de Estado de Direito com Estado Democrático foi encontrar sua primeira fundamentação na Constituição da então República Federal da Alemanha que, por sua vez, serviu de inspiração para que constasse nas Constituições Espanhola e Portuguesa, sendo esta, a musa inspiradora da nossa Carta Constitucional de 1988 onde se encontra legitimado no artigo 1º.

O Estado Democrático de Direito é a síntese entre o Estado Liberal e o Estado Social, ele surge apto a corrigir as dificuldades enfrentadas pelo Estado Social. Por isto a ação proposta para o Estado é uma ação transformadora, baseada nos princípios democráticos e na participação popular o que levou José Afonso da Silva⁵¹ a caracterizá-lo da seguinte forma:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

⁵⁰ FAORO, Raimundo, *apud* TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123.

Já Manuel García-Pelayo⁵² ao se referir ao Estado Democrático de Direito, entende que:

Teniendo en cuenta todas estas modificaciones de la estructura normativa, podemos llegar a la conclusión que Estado social de Derecho significa un Estado sujeto a la ley legitimamente establecida con arreglo al texto y a la praxis constitucionales cõn indiferencia de su carácter formal o material, abstracto o concreto, constitutivo o activo, y la cual, en todo caso, no puede colidir cõn los preceptos sociales establecidos por la Constitución o reconocidos por la praxis constitucional como normatización de unos valores por y para los cuales se constituye el Estado social y que, por tanto, fundamentan su legalidad.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito ocorre um sensível deslocamento nas esferas de poder estatal. Nesse contexto, parece não restar dúvida de que o Direito passa a assumir um papel de destaque, ao seu papel de ordenação e promoção, agregase a função de instrumento de transformação da realidade social, o que levou Lênio Streck⁵³ a afirmar que:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais.

Assim, no Estado Democrático de Direito a função do Direito é uma função transformadora havendo um deslocamento do ponto de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, o que leva novamente Streck⁵⁴ a afirmar que

... em face das profundas alterações ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra.

⁵² GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporaneo**, p. 64.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**, p. 39.

⁵⁴ Cfe. Idem. “O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 170.

No que tange à Administração Pública, como o Estado Democrático de Direito busca a transformação do “*status quo*”, ele apresenta-se propício para o acontecimento da viragem hermenêutica, o que levou Leonel Ohlweiler⁵⁵ a lecionar que

... neste novo modelo há um plus em relação ao papel da própria Administração Pública, pois deverá desempenhar um papel transformador da realidade e toda a gama de limites e prerrogativas públicas será desvelada a partir deste modo-de-ser, buscando o desenvolvimento dos cidadãos nos planos social econômico e cultural.

No entanto, a Administração Pública surgida da Constituição de 1988 ainda apresenta noções arraigadas dos modelos burocrático e patrimonial que impedem o acontecer de um modelo democrático e comprometido com a participação do cidadão.

Neste sentido, é preciso termos em conta que não se resolvem os problemas da administração pública sob uma perspectiva ôntica, calcada no primado de que ao administrador público tudo é permitido.

A Constituição de 1988, de forma inovadora, assumiu uma enorme quantidade de atribuições sociais que exigem uma administração pública cada vez mais eficiente. Um exemplo vivo dessas inovações está na universalização e efetivação do concurso público como única via de acesso ao serviço público, medida fundamental em um país marcado pelo clientelismo, nepotismo e ascensão funcional baseada nas relações pessoais de cada profissional.

Não obstante, merece ser destacada a tentativa de reforma administrativa apresentada em novembro de 1995 pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso na forma de um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Este plano apresentava um amplo diagnóstico da burocracia e contemplava os objetivos a serem alcançados pelo governo e pela sociedade no sentido de dotar a administração pública de níveis mais altos de governabilidade. Nesse sentido é importante destacar a lição de Marcelo de Figueiredo Torres⁵⁶ que analisa o projeto de reforma administrativa apresentado:

Em linhas gerais, o plano diretor propõe a utilização no Brasil do modelo gerencial de administração pública, que já vinha sendo implementado e discutido em

⁵⁵ OHLWEILER, Leonel Pires. “Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica.” In: **Em Busca dos Direitos Perdidos**: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, p. 150.

⁵⁶ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**, p. 172 e ss.

várias partes do mundo. O entendimento mais comum é que o modelo burocrático – altamente processualístico, auto-referido, ineficiente, com os mecanismos de controle essencialmente centrados nos processos, rígido, caro e sem mecanismos de avaliação, tanto de gestão, quanto de servidores – já não é mais adequado para a administração dos Estados modernos. O modelo gerencial, pelo contrário, está voltado para o cliente/cidadão, faz controles por resultados, aposta na descentralização e na desconcentração da ação estatal, abriga vários institutos e instrumentos mais flexíveis de gestão, configurando uma administração pública mais compatível com as inovadoras técnicas de administração utilizadas pelas empresas.

A referência feita ao modelo de administração pública gerencial é necessária na medida em que ela representa um paradigma diferenciado dos modelos patrimonial e burocrático e também porque, pela primeira vez na história brasileira, foi proposta uma reforma administrativa em pleno funcionamento da democracia, propiciando um amplo e intenso debate em relação à estrutura do Estado.

É importante destacar que o modelo de administração pública gerencial apresentado pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira tomou como base o modelo surgido na Inglaterra, especificamente no ano de 1968 quando foi publicado nesse país o famoso relatório Fulton que via na postura dos gerentes do serviço público inglês um entrave à administração pública.

Posteriormente, com a eleição de Margareth Thatcher em 1979 esse modelo de administração pública ganha impulso oficial e passa a fazer parte da agenda política proposta pelos conservadores.

Esse modelo gerencial inglês traz para a administração pública os conceitos de , valorizações de funções gerenciais, controle de resultados, autonomia de gestão e responsabilidade individual na prestação de serviços públicos, bem como as noções de agências reguladoras e contratos de gestão.

Sobre este modelo de administração pública é importante destacar a lição de Bresser Pereira⁵⁷ quando esse faz uma síntese do novo modelo administrativo:

A reforma gerencial faz parte de um movimento mais amplo que é o da reforma do Estado. Nos anos 80, a preocupação fundamental da “primeira onda” de reformas foi promover o ajuste estrutural das economias em crise, particularmente aquelas altamente individualizadas em desenvolvimento, como o Brasil. Já nos anos 90, quando se percebe que esse reajuste não poderia , em termos realistas, levar ao Estado mínimo, temos a “segunda onda” de reformas. Enquanto na primeira onda o domínio da perspectiva econômica leva, em relação ao Estado, essencialmente à

⁵⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**, p. 22.

política de downsizing, a segunda onda de reformas tem caráter institucional. Agora o projeto fundamental é reconstruir o Estado, recuperando a sua governança. Haggard (1995), ao examinar a reforma do Estado na América Latina, enfatizou essa mudança de ênfase e de rumo. A “proposta social-democrata” de Bresser Pereira, Maraval e Przeworski (1993), a partir da análise que fizeram da crise do Estado, foi exatamente reconstruir institucionalmente o Estado.

A reforma gerencial de 1995 busca criar novas instituições legais e organizacionais que permitam que uma burocracia profissional e moderna tenha condições de gerir o Estado brasileiro. Esta reforma não subestima os elementos de patrimonialismo ou de clientelismo que ainda subsistem em nosso meio. Parte, entretanto, do pressuposto de que no final do século vinte, quando as técnicas de controle gerencial e democrático foram amplamente desenvolvidas, a melhor forma de combater o clientelismo é tornar-se gerencial; é dar autonomia a administrador público, valorizando-o por sua capacidade de tomar decisões, inclusive de caráter político, ao invés de submetê-lo a um controle burocrático vexatório.

Entretanto, entendemos que a administração pública nascida sob a égide do Estado Democrático de Direito deve avançar significativamente na concretização dos direitos fundamentais, especialmente, no que tange aos direitos sociais, que devem ser *des-velados* para que possam, enfim, atender ao cumprimento das promessas da modernidade. Neste ponto podemos dizer com Lênio Streck⁵⁸ que:

O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

No que tange a administração pública inserida no Estado Democrático de Direito é necessário ter presente que a relação da administração pública com os administrados e os demais entes jurídicos-administrativos, antes de ser o resultado de construções teóricas há de privilegiar-se como modo prático de ser-no-mundo, como bem afirma Ernildo Stein⁵⁹, ou seja, esta relação deve ser compreendida como um acontecer e não uma objetificação.

⁵⁸ Cfe. STRECK, Lênio Luiz. “O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, p. 193.

⁵⁹ STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a Diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 37.

2 OS DIREITOS SOCIAIS

2.1 BREVE HISTÓRICO

Ao adentrarmos neste breve esboço histórico a respeito dos direitos sociais é necessário alertarmos novamente que não buscaremos fazer historiografia, pois o mergulhar no universo histórico dos entes deve caracterizar-se pela construção de uma consciência histórica e não mera repetição teórica de um passado distante como sucessão harmônica de fatos, o que nos remete a lição de Gadamer⁶⁰ quando afirmou que:

... a verdadeira intenção do conhecimento histórico não é explicar um fenômeno concreto como caso particular de uma regra geral, mesmo que esta fosse subordinada aos desígnios puramente práticos de uma eventual previsão. Seu verdadeiro objetivo – mesmo utilizando-se de conhecimentos gerais – é antes compreender um fenômeno histórico em sua singularidade, em sua unicidade. O que interessa ao conhecimento histórico não é saber como os homens, os povos, os Estados se desenvolvem em geral mas, ao contrário, como este homem, este povo, este Estado veio a ser o que é; como todas essas coisas puderam acontecer e encontrar-se aí.

Sendo assim, como introdução a este breve histórico podemos dizer, com Bolzan de Morais⁶¹ que:

A institucionalização dos direitos sociais próprios ao Estado de Bem-Estar Social, oriunda do século XIX e agigantada durante o século em curso, significou a incorporação pelo Direito de conteúdos novos e, mais do que isto, de regras constituídas para angariar pretensões diversas daquelas já tradicionalmente identificadas com a ordem jurídica.

Os direitos sociais componentes da segunda geração dos direitos humanos, surgiram das profundas desigualdades originadas pelo liberalismo e pelo Estado Liberal e vieram a servir como instrumentos à consolidação da democracia dos sistemas econômico e social da sociedade capitalista. Seguindo nessa linha, podemos dizer que os direitos sociais são direitos nascidos como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal. Dai a resistência que provocam no seio dos defensores do liberalismo por serem considerados como uma ameaça à “propriedade” e ao “contrato” que, juntamente com a liberdade, a eficácia e a

⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 23.

⁶¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 181.

equidade, formam a base de sustentação do Estado Liberal e da sociedade capitalista⁶², conforme referimos alhures. Neste ponto vale lembrar a lição de Rosanvallon⁶³ quando menciona os defensores do liberalismo, para quem:

as desigualdades são compreendidas como resultado da liberdade ou mais exatamente do uso diferente que os indivíduos escolhem fazer de sua liberdade. Provêm do fato de indivíduos poderem decidir trabalhar menos ou correrem menos riscos que outros, por exemplo. Estas desigualdades são, portanto, justas. Traduzem diferenças livremente desejadas e não injustiças sofridas. Não há, pois, motivos para corrigi-las ou combatê-las.

No entanto, os direitos sociais só adquiriram dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-los. Esta disciplinação teve início com o advento da Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, com a famosa Constituição da Primeira República alemã de 1919 conhecida popularmente como a “Constituição de Weimar”. Neste ponto chamamos a atenção para o fato de que a famosa Constituição de 1919 gerou tamanhos efeitos na doutrina constitucional alemã do pós-guerra que esta optou por não incorporar na sua ordem constitucional nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais, isto porque, os doutrinadores alemães enxergaram a Carta Constitucional de Weimar como um modelo de Constituição fracassada que contribuiu sobremaneira para a radicalização política da Alemanha nos anos 20 e, sobretudo para a ascensão e tomada do poder pelos nazistas em 1933. Neste sentido bem refere Andreas Krell⁶⁴ quando afirma que:

Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre os direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora (exceção feita ao direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade, art. 6º, IV, da Lei Fundamental)”.

É preciso entender que a não inclusão dos direitos sociais na Constituição alemã de 1949 não significa uma recusa em admiti-los, mas apenas que o conceito de Estado Social (art

⁶² Ver neste sentido NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

⁶³ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**, p. 68.

⁶⁴ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p. 46.

20 da Lei Fundamental) já traz em si uma “norma-fim”, fixando de maneira obrigatória as funções e tarefas deste modelo de Estado⁶⁵.

Fizemos questão de abordar as conseqüências advindas da Constituição de Weimar no tocante aos direitos sociais porque alguns operadores do direito brasileiros fazem questão de usar o exemplo da Constituição alemã de 1949 para reforçar a sua argumentação de que os direitos sociais não deveriam estar no texto constitucional brasileiro. São os mesmos operadores do direito que bem traduzem o pensamento da dogmática jurídica tradicional que, conforme já referimos, ainda trabalha sob a ótica da separação de sujeito-objeto, fato-norma, ser-ente e, fazendo isso, volta a incidir na tentação metafísica do encobrimento do ser dos direitos sociais, trabalhando com sentidos universais à espera, pairando no ar, prontos para serem acoplados aos entes do regime jurídico, transformando-se num verdadeiro “leito de procuro”⁶⁶ onde a norma aplica-se ao caso em qualquer hipótese, mesmo que tenhamos de “cortar-lhe os pés e as mãos” ou mesmo “esticá-los” até que caibam no seu respectivo leito.

Os direitos sociais também foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, art. 22) e passaram a integrar a maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais, embora, ainda hoje, sejam poucos os Estados que efetivamente protejam e concretizem esses direitos. Neste ponto destacamos que, mesmo os países onde o modelo de Estado de Bem-Estar-Social foi implementado, como França, Alemanha e Inglaterra, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, já estão revendo suas políticas sociais e econômicas e restringindo cada vez mais os direitos sociais, conforme refere Rosanvallon⁶⁷.

É importante ressaltar que a concretização dos direitos sociais teve seu grande impulso após o término da Segunda Guerra Mundial com a implementação, especialmente no continente europeu, dos chamados “Estados Sociais, Estados de Bem-Estar-Social ou Estado Providência”, conforme referimos quando da análise do tópico sobre Administração Pública e Estado Social.

No Brasil, a primeira menção aos direitos sociais deu-se no título sobre a ordem econômica e social da Constituição de 1934, onde se vislumbra uma clara influência da

⁶⁵ A respeito desse tema ver KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado, p. 49.

⁶⁶ Leito de Procuro – é a lenda grega segundo a qual procuro franqueava sua cama aos viajantes desde que a pessoa que nele se deitasse coubesse integralmente na cama, se fosse maior, se lhe cortava as pernas e os braços e se fosse menor se lhe esticava até chegar ao tamanho da cama.

⁶⁷ Ver ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**.

Constituição de Weimar, e continuou nas Constituições posteriores, sempre sob o título da **ordem econômica e social**, até o advento da Constituição de 1988 quando foram erigidos à categoria de direitos fundamentais com previsão expressa nos art 6º e seguintes da Constituição. Em relação a este deslocamento de eixo dos direitos sociais da ordem econômica para os direitos fundamentais é importante destacar a lição de André Copetti⁶⁸ quando afirma que:

Em contraste manifesto com todos os textos constitucionais anteriores, os quais encerravam uma certa harmonia valorativa e axiológica liberal-individualista, a Constituição Federal de 1988, indicou formalmente como de relevância constitucional uma série inédita de bens, até então jamais previstos como tal. Ilustrativamente, basta ver que diferentemente dos textos anteriores que contemplavam conjuntamente a ordem econômica e social em um só título, a atual Constituição separou estes dois aspectos em títulos diferentes. No título referente à ordem social especificamente está positivada a tutela a bens como a saúde, a previdência social a assistência social, a educação, a cultura, o desporto, a ciência, a tecnologia, a comunicação social, o meio ambiente, a família (já tutelada anteriormente), a criança, o adolescente e o idoso, além dos índios. Este complexo quadro corresponde a uma compreensão pluridimensional da sociedade e do Estado e, conseqüentemente, deve corresponder a uma compreensão pluridimensionada do Direito, dotada de atribuições tutelares individuais e coletivas, e com propriedades não mais neutras e restritas à solução jurídica de conflitos interindividuais mas ampliadas a intervenções econômicas, financeiras, educativas e assistenciais. Esse quadro de alta complexidade normativa interpelou inadvertidamente os juristas brasileiros, lançando-os em conflitos na atividade de formulação e aplicação da lei até então nunca imaginados.

Não obstante, continuamos insistindo que, apesar de transcorridos 18 anos da promulgação da Constituição Federal, os direitos sociais ainda permanecem como uma mera cartilha de intenções, a espera de serem concretizados.

2.2 FUNDAMENTOS

Antes de adentrarmos na análise dos fundamentos dos direitos sociais é preciso que façamos uma breve distinção entre a natureza dos direitos individuais e dos direitos sociais que, embora ambos estejam configurados na Constituição Federal de 1988 como **direitos fundamentais**, possuem algumas distinções que merecem ser brevemente abordadas já que servirão de base para muitas argumentações que exploraremos no transcorrer deste capítulo.

⁶⁸ COPETTI, André Leonardo. “Por uma (neo) filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito Brasileiro,” In: (Neo) Constitucionalismo, ontem, os códigos, hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004, p. 16-7.

Os direitos individuais como corolários do Estado Liberal de direito são direitos de natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado no que se refere à liberdade e autonomia pessoais dos indivíduos, ou seja, o Estado *deixa de agir* em nome do respeito à autonomia do cidadão. Como consequência desta abstenção do Estado podemos dizer por outro lado que os direitos individuais, também denominados pela doutrina como direitos de liberdade ou direitos de defesa, representam uma limitação ao poder estatal – *status negativus libertaris* -. Por fim, podemos dizer que os direitos individuais são direitos que visam proteger e preservar determinada posição, principalmente no que se refere à propriedade e à liberdade dos indivíduos, ou seja, são direitos que buscam a proteção da liberdade e igualdade abstratas, segundo se depreende da lição de Vicente Barretto⁶⁹, quando afirma:

Os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos, cuja consolidação pacífica só se aperfeiçoou no século XVIII, com as primeiras Declarações de Direitos – são direitos de resistência e oposição perante o Estado. Dotados de subjetividade, são faculdades ou atributos inerentes à pessoa, oponíveis ao Estado e, que ao delimitarem o espaço intransponível da autonomia individual, estabelecem os limites a serem observados pelo poder público. Representam historicamente a positivação da superação do absolutismo através do estabelecimento do estado liberal de direito, que se instituiu em função e para preservar direitos do indivíduo face ao Estado.

No que se refere aos direitos sociais, podemos dizer que estes visam uma atuação ativa do Estado consistente numa prestação de natureza fática. Sendo assim, buscam uma atitude positiva do Estado nas esferas econômica e social, ou seja, conforme preferem alguns doutrinadores, os direitos sociais exigem uma intervenção do Estado, tanto na economia quanto na sociedade – *status positivus libertatis* -. Sendo assim, os direitos sociais pressupõem que sejam criadas ou colocadas à disposição dos cidadãos as prestações que constituem seu objeto⁷⁰, ou seja, os direitos sociais encontram-se intimamente ligados a tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes.

⁶⁹ BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126.

⁷⁰ A respeito das distinções entre direitos individuais e direitos sociais ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 261.

As diferenças históricas entre direitos individuais e direitos sociais foram abordadas por Bobbio⁷¹ que também acresceu os direitos políticos dentro da categoria por ele denominada de “direitos do homem” e resumiu da seguinte forma:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e reservar para o indivíduo, ou para os grupos de particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, o quais – concebendo a liberdade na apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressa o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.

A relação entre direitos individuais e direitos sociais não passou despercebida para Bolzan de Moraes e André Copetti⁷² em artigo publicado no anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos quando afirmam:

No plano da concretização destas diferentes gerações de direitos, as consequências ficaram historicamente bem demarcadas. Enquanto à realização dos direitos individuais bastou um abstenção do Estado e de todos os demais membros da sociedade em relação ao titular, a realização dos direitos sociais encontrou uma série de dificuldades a mais, seja pela necessidade de realização de prestações positivas pelos próprios poderes públicos que demandavam a inversão de verbas e prestações públicas para tanto, seja pela própria inexistência de instrumentos jurídicos que permitissem a concretização dos direitos sociais com a mesma eficácia que um *habeas corpus* ou um mandado de segurança que permitiam a realização dos direitos individuais.

Feitas as devidas considerações sobre a natureza dos direitos individuais e sociais, passamos a fundamentar o que se entende por direitos sociais. Primeiramente, é preciso fazer nova menção ao ensinamento de Bobbio⁷³ que conceituava que:

Em oposição aos direitos individuais, por direitos sociais entende-se o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32-3.

⁷² MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo et al. “A jurisprudencialização da Constituição: A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002, p. 320.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos, p. 501.

O mesmo Bobbio⁷⁴ também cunhou a conhecida expressão de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los como o de protegê-los”, expressão esta que não fugiu à perspicaz observação de Vicente Barretto que a considerou como um truísmo⁷⁵.

Já Ingo Sarlet,⁷⁶ citando a lição de José Eduardo Faria, define os direitos sociais da seguinte forma:

... os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

Também Andreas Krell⁷⁷, em obra recentemente publicada, manifesta seu entendimento acerca dos direitos sociais quando afirma que:

Os Direitos Sociais não são direitos contra o Estado (de defesa), mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, a serem concretizadas, através de leis parlamentares, atos administrativos e da instituição real de serviços públicos. Em outras palavras: para realizar os Direitos Sociais, o poder estatal deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” que viabilizem o seu gozo efetivo.

Como se vê, tanto o conceito usado por Bobbio, como o de José Eduardo Faria ou mesmo o de Andreas Krell, revelam que ao tratarmos de direitos sociais não estamos tratando de “caridade ou mesmo doação” e sim de valores morais supremos que se encontram normatizados à espera de serem implementados pelo Estado, o que nos remete à lição de Vicente Paulo Barretto⁷⁸ quando afirma que:

Os direitos sociais –entendidos como igualdade material e exercício da liberdade real – exercem um novo paradigma, aqui proposto, posição e função, que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social, retirando-lhes o caráter de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral, assim, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 24.

⁷⁵ BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, p. 109.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 261.

⁷⁷ KRELL, Andreas J. In: BARRETTO, Vicente (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2006, p. 249.

⁷⁸ BARRETTO, Vicente Paulo. *Op. cit.*, p. 110.

Assim, a grande maioria das decisões políticas e mesmo jurídicas que envolvam o tema dos direitos sociais, ainda são tratadas dentro de uma visão e de uma linguagem liberal-individualista, construída historicamente com um caráter formalista, objetificante e metafísico, incapaz de fornecer elementos para que ocorra a concretização desses direitos, conforme demonstraremos quando analisarmos as decisões judiciais que envolvem a concretização dos direitos sociais, o que faremos no próximo capítulo.

Essas visões refletem claramente o predomínio de um tipo de “hermenêutica constitucional” (sic) que entra em conflito com o paradigma político e jurídico do Estado Democrático de Direito, o que nos leva a dizer novamente com Vicente Paulo Barreto⁷⁹ que:

... esse tipo de tipo de organização estatal, como argumenta com precisão Lênio Streck, pressupõe para sua plena realização uma hermenêutica peculiar, que supera a “hermenêutica constitucional” (a técnica própria e específica de interpretar a Constituição) tradicional, diferenciando-se em virtude de ser uma hermenêutica em que a Constituição é vista como “uma ferramenta que está a “disposição” do “intérprete”, sendo na linguagem heideggeriana um modo-de-ser-no-mundo do intérprete (Streck, 2002, 194-198).

Também dentro dessa modelo que enxerga os direitos sociais inseridos numa “*hermenêutica constitucional peculiar*” existem algumas posições doutrinárias que merecem ser analisadas até porque, representam, no nosso modo de ver, verdadeiras falácias teóricas sobre os direitos sociais, para usarmos a expressão cunhada por Vicente Barreto⁸⁰.

Essas posições doutrinárias que refutam os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, podem ser sistematizadas dentro do que chamamos de duas dimensões: 1) Dimensão Política: dentro dessa linha doutrinária encontram-se os argumentos de que os direitos sociais são direitos de segunda ordem, que são meras normas programáticas e que, portanto, dependem da atuação do legislador para serem concretizadas e transformadas em autênticos direitos subjetivos; 2) Dimensão econômica, dentro dessa visão temos que os direitos sociais, dada a sua dependência de recursos, possui um limite fático para sua implementação, surgindo, assim, a idéia de um limite **mínimo existencial** e de uma **reserva do possível** implementação dos direitos sociais, ambos, é claro, condicionados à possibilidade e disponibilidade econômica do Estado.

⁷⁹ BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado, p. 108.

⁸⁰ Idem, p. 113.

Chamamos a atenção para o fato de que usamos essa classificação entre dimensões política e econômica para melhor podermos abordar o tema, porque na verdade ambas são decorrentes de uma mesma corrente doutrinária ligada basicamente à doutrina constitucional americana que entende que os direitos sociais representam uma grande ameaça à governabilidade do país e, portanto, devem ser pura e simplesmente suprimidos da Constituição, entendimento, aliás, bem próprio de uma visão liberal-individualista, alheia ao contexto social e que, no Brasil, encontra guarida na visão expressada por Torres⁸¹, que classifica os direitos sociais da seguinte forma:

Os direitos sociais estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de policy, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público, que é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.

Apresentada a base teórica que fundamenta tanto a dimensão política como a econômica das correntes doutrinárias críticas aos direitos sociais, passaremos a abordar mais especificamente essas dimensões.

2.2.1 Dimensão política

Dentro dessa dimensão está a corrente doutrinária que prega que os direitos sociais divergem dos direitos civis e políticos por terem caráter programático e o texto constitucional, ao proclamá-los e regulamentá-los, só fez reforçar a sua dependência de uma legislação infraconstitucional que os regulamente. Sendo assim, os direitos sociais não podem ter a força de direitos públicos subjetivos, podem tão somente ser considerados como direitos públicos negativos, o que levou José Eduardo Faria⁸² a afirmar que:

Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias fundamentais desenvolvidos pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os “direitos sociais” não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos. Como não são *self-executing* nem muito menos fruíveis ou exeqüíveis individualmente,

⁸¹ TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era do direitos.” In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 278.

⁸² FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 272.

esses direitos têm sua efetividade dependente de um *welfare commitment*. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos.

Ocorre que, mesmo se adotarmos, para efeitos de argumentação, a base doutrinária que sustenta que os direitos sociais necessitam de atividade legislativa posterior, veremos que a grande maioria dos direitos sociais continuam a espera de regulamentação, mesmo tendo passado 18 anos da promulgação da Constituição Federal o que mereceu um comentário de Ingo Sarlet⁸³:

A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância - já referida - de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende de disponibilidade dos meios, bem como - em muitos casos - da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.

Sendo assim, o que está ocorrendo é uma verdadeira omissão tanto do legislador como do administrador público que, segundo entendemos, pode e deve ser suprida pelo poder judiciário, conforme abordaremos no capítulo seguinte quando falarmos sobre a omissão do administrador público na concretização dos direitos sociais.

O verdadeiro pano de fundo da argumentação de exigência de concretização legislativa para os direitos sociais está no fato de que, para essa corrente doutrinária os direitos sociais são normas programáticas e, portanto, desprovidas de eficácia jurídica, sendo necessária a atuação do legislador para serem concretizadas e somente a partir de sua concretização legislativa é que os direitos sociais estariam aptos a serem considerados como verdadeiros direitos subjetivos prontos para gerar ao seu titular uma pretensão deduzível em juízo.

Vale ressaltar que não desconhecemos o fato de que muitas das normas constitucionais que outorgam os direitos sociais requerem uma atividade legislativa para sua

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 270.

concretização, mas também não podemos concluir que todos os direitos sociais carecem de preceptividade.

A resposta a essa corrente doutrinária pode ser encontrada na notável lição de Canotilho⁸⁴ que sintetizou e apontou a solução da seguinte forma:

A argumentação a favor da tese dos direitos como simples direitos legais assenta fundamentalmente no seguinte:

1. As directivas, normas ou programas constitucionais que reconhecem, directa ou indirectamente, direitos a prestações, não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente accionável (direito subjectivo público).

2. Só quando o legislador concretiza essas directivas, fundamentado em poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjectivos.

3. Logo, os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária.

A pré-compreensão, aqui defendida, de lei fundamental, a teoria dos direitos fundamentais subjacente à Constituição Portuguesa, a compreensão do bloco constitucional dirigente ou determinante, apontam para que se considerem incorrectas quer as premissas quer a conclusão do silogismo anterior.

Quanto a (1): os direitos subjectivos públicos, sociais, económicos e culturais, são independentes, quanto à sua irredutível dimensão subjectiva, das imposições constitucionais e da concretização legislativa.

Quanto a (2): os direitos subjectivos públicos sociais económicos e culturais, mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não direitos a prestações derivados da lei.

Quanto a (3): os direitos subjectivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados (embora não judicialmente) contra as omissões inconstitucionais do legislador. A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador (caso em que, como se viu, existe omissão constitucional em sentido estrito)".

Ainda dentro da dimensão política da análise dos direitos sociais, outra linha argumentativa que procura justificar a exclusão desses direitos da categoria dos direitos fundamentais é a que sustenta que os direitos sociais são categorias jurídicas de segunda ordem já que não participaram do momento fundador do estado de direito que foi estruturado

⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 370-1.

para assegurar os direitos civis e políticos que, por sua vez, têm por cerne o direito de propriedade que deita suas raízes na lição de Locke⁸⁵ quando este afirma que:

Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se é senhor absoluta da sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, porque abrirá ele mão dessa liberdade, porque abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta a invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todo o homem igual a ele e na maior parte pouco observadores da equidade e da justiça, a fruição da propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito arriscada. Estas circunstâncias obrigando-no a abandonar uma condição que embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de “propriedade”.

O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é preservação da propriedade.

O contraponto imediato a essa visão expressada por Ricardo Lobo Torres é feito por Andreas Krell⁸⁶ que, com muita propriedade, afirma:

Pensando bem, o condicionamento da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da “redistribuição (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente”.

Parece-nos cristalino dizer que aos direitos sociais a ordem jurídica confere uma posição privilegiada, em sede constitucional, até mesmo porque o tratamento jurídico a eles dispensado, o seu marcante significado político e sua forte funcionalidade social justificam a sua inserção num texto constitucional que, antes de tudo, possibilita a convivência política e mantém em constante tensão dialética Direito e Poder. No entanto, estes direitos, normativamente disciplinados, são repelidos por uma realidade fática que insiste em negar-lhes condições de eficácia.

É freqüente a utilização de recursos que impedem a concretização das normas de direitos sociais, a exemplo das dimensões política e econômica já citadas e que são compostas

⁸⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 82.

⁸⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado, p. 54.

pela teoria da reserva do possível, do mínimo existencial, das normas constitucionais programáticas ou ainda mediante a justificação do alto grau de exclusão política a partir da edição de normas cuja concretização é impossível sob pena de ser decretada a falência do Estado (sic).

Outra vertente que surge da análise da dimensão política que impede o *acontecer* dos direitos sociais, é a (ir)responsabilidade do Poder Judiciário que deveria ser o catalizador da concretização desses direitos, mas prefere se manter preso à dogmática jurídica nacional de matriz analítica que se revela limitada politicamente e incapaz de pensar uma complexidade social mais ampla segundo a lição de Leonel Severo Rocha⁸⁷, conforme veremos no capítulo posterior.

A concretização dos direitos sociais não é consequência automática de sua mera previsão normativa, mas reflete um resultado complexo de processos pluriarticulados de interpretação, realizados por numerosos participantes da esfera pública e privada. Dessa forma, mesmo após a entrada em vigor do texto constitucional é necessária uma atividade por parte da sociedade como um todo no sentido de realizar, na prática, a sua função social, tal como acima definida.

Assim, dada a sua natureza prestacional, os direitos sociais obrigam (exigem) do Estado a intervenção positiva na criação de condições dignas para o acesso a educação, saúde, habitação, emprego, etc. Se a Administração Pública não consegue ultrapassar esta barreira cumpre ao Poder Judiciário, na condição de partícipe da arena política, fazê-lo, conforme se depreende da magistral lição de Lênio Streck⁸⁸ quando afirma que:

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização dos países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem, à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.

⁸⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003, p. 98.

⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 148.

Um exemplo vivo de como as instâncias judiciais lidam com conceitos dogmatizados como o vetusto conceito de Separação de Poderes que levou Andreas Krell⁸⁹ a afirmar que:

... torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação de Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação dos velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

O próprio Ministro Eros Roberto Grau do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – contra a emenda constitucional n: 45, que trata da Reforma do Judiciário, assim manifestou seu entendimento sobre Separação de Poderes:

A separação dos poderes, como observei em texto de doutrina, constitui um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal, coroado na afirmação, inscrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.

Trata-se de uma idéia dominante; ainda hoje a doutrina da separação dos poderes mostra-se dominante, enunciada como “lei eterna”.

2.2.2 Dimensão Econômica

Dentro da dimensão econômica encontramos outros exemplos da dificuldade de concretização dos direitos sociais que são expressados através dos famosos “princípio da reserva do possível” e do “mínimo existencial”, conceitos que também contestam o caráter universal dos direitos sociais e a sua própria fundamentação enquanto direitos fundamentais. Sendo assim, optamos por analisar um pouco mais detalhadamente estes conceitos por se entender que neles estão representadas duas das grandes falácias acerca desses direitos que rondam a doutrina constitucional nacional.

⁸⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado, p. 91.

a) A reserva do possível

O princípio da reserva do possível nasceu especialmente com o advento da Constituição da República Federativa da Alemanha de 1949 e teve por objetivo, conforme elucidada Barretto⁹⁰

... evitar a todo custo que se repetissem as condições sociais e econômicas que serviram de caldo de cultura para o surgimento de projetos políticos, como o nazismo que, em nome da correção da crise social, provocou o sacrifício das liberdades públicas e individuais da nação alemã.

Como se vê, o surgimento do princípio da reserva do possível tinha um fim específico de evitar que os direitos sociais servissem novamente como plataforma de governos populistas que acabariam por levar novamente ao caos uma nação já destruída pela guerra.

No entanto, no Brasil, este princípio já chegou pronto e acabado e, como de resto, pronto para ser usado pela dogmática tradicional que tem verdadeira paixão por estes conceitos que já chegam objetificados e não precisam de qualquer discussão para serem postos em prática sem ao menos se saber o que se está analisando. Nesse sentido novamente vale-se da lição de Andrés Krell⁹¹:

É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes.

O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. E elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito.⁹² Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada como verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

⁹⁰ BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, p. 115.

⁹¹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado, p. 51.

⁹² *Apud.* CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

Com isto o princípio da reserva do possível deixa nítido que a realização dos direitos sociais depende de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada a incapacidade financeira do Estado, deste não se poderá exigir a imediata concretização dos direitos sociais, é o que se depreende da lição de Ingo Sarlet⁹³ quando este afirma:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e (redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. (...) Esta característica dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica.

Neste ponto não podemos deixar de mencionar o triste contraste vivido por um país como o Brasil, onde um governo que foi eleito com a disposição de ser o catalizador da implementação dos direitos sociais, continua a usufruir do mesmo discurso da “indisponibilidade econômica” para efetivar a concretização dos direitos sociais, inobstante estar economizando 4,66% do PIB para alcançar a meta de superávit primário imposta pelo Fundo Monetário Internacional (FMI)⁹⁴.

Seguindo a mesma esteira, o governo do Estado do Rio Grande do Sul deixa de aplicar os 12% do orçamento em saúde conforme prevê a Constituição Estadual, para aplicar

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 262.

⁹⁴ O jornal Folha de São Paulo na edição do dia 24/05/2006, seção Dinheiro faz a seguinte referência: No primeiro quadrimestre do ano ficou em R\$ 29,608 bilhões, o equivalente a 4,66% do PIB (Produto Interno Bruto). A meta de superávit primário como um todo --incluindo estatais e governos regionais-- é de 4,25%.'Ressalta-se que o resultado acumulado apresentou melhora em relação a março, passando de 3,12% para 4,66% do PIB, em linha com a meta de 4,25% do PIB estabelecida para o setor público consolidado', diz a nota do Tesouro. No mesmo período do ano passado, o superávit --que é o esforço para o pagamento de juros-- do governo central era equivalente a 5,03% do PIB.O Tesouro contribuiu para o resultado acumulado do ano com um superávit de R\$ 42,063 bilhões. O do BC foi de apenas R\$ 52,5 milhões. Juntos, foram suficientes para compensar o déficit da Previdência, de R\$ 12,507 bilhões. Neste ano, o governo central decidiu fazer um esforço fiscal extra para se precaver de um possível gasto maior por parte dos Estados e municípios, que tendem a acelerar os gastos em anos eleitorais. No ano passado, o governo central e as estatais tinham como meta um superávit de 3,15% do PIB. Neste ano, foi elevado para 3,35% do PIB, já prevendo que os Estados e municípios --que no ano passado fizeram uma economia equivalente a 1,1% do PIB-- façam um esforço menor neste ano.

6,10%⁹⁵ do orçamento, tudo isso sob a tutela do Tribunal de Contas do Estado (TCE) que admite a tese de que a limitação de recursos representa um limite fático à efetivação dos direitos sociais⁹⁶.

Como se vê, condicionar a concretização dos direitos sociais à existência de “sobras do orçamento” significa reduzir sua eficácia a zero, uma vez que, se nem mesmo quando o legislador constituinte fixou recursos orçamentários vinculados, como é o caso da verba orçamentária da saúde, esta disposição é cumprida, o que não dizer então de condicionar os direitos sociais à existência de “caixas cheios”.

Essa argumentação de que o custo dos direitos sociais supera os recursos orçamentários e, portanto, deveriam estar sob a proteção da “reserva do possível”, é fortemente combatida por Vicente Barretto⁹⁷ ao lecionar que:

Outro argumento falacioso refere-se ao custo dos direitos sociais. Chamada também da falácia da “reserva do possível”, representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo. Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. Portanto, a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais.

⁹⁵ Dados obtidos no Relatório e Parecer Prévio sobre as contas do Governador do Estado que no item 4.4, p. 33, faz a seguinte referência: **4.4- Aplicação em Ações e Serviços Públicos de Saúde – ASPS** - A Emenda Constitucional Federal nº 29, de 13-09-2000, estabeleceu a base de cálculo e os recursos mínimos a serem aplicados pelo Estado nas Ações e Serviços Públicos de Saúde. A fonte de recursos para aplicação em ASPS é a mesma da MDE, sendo portanto a RLIT formada pelos impostos e transferências já mencionados, a qual somou R\$ 9,175 bilhões. A citada Emenda dispõe, ainda, que o percentual a ser atingido, até o exercício financeiro de 2004, é de no mínimo 12%, reduzindo a diferença. As Despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde são aquelas elencadas pelo Conselho Nacional de Saúde, as quais devem ser de responsabilidade específica do setor de saúde e possuir acesso universal, igualitário e gratuito. **APLICAÇÕES EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE – ASPS 2004 EM R\$ MIL - GRUPO DE DESPESA TOTAL:** 01 – Pessoal e Encargos Sociais 225.235; 03 – Outras Despesas Correntes 309.514; 04 – Investimentos 2.215; 05 – Inversões Financeiras 22.976; **TOTAL 559.940** - 34 - O Estado aplicou em ASPS R\$ 559,940 milhões, representando 6,10% da RLIT - Receita Líquida de Impostos e Transferências, que somou R\$ 9,175 bilhões. Por outro lado, a Emenda Constitucional Estadual n.º 25/99 determina a aplicação em ASPS de 10% da Receita Tributária Líquida, ou seja, sobre uma base menor, uma vez que esta exclui as transferências federais. A Receita Tributária Líquida (RTL) alcançou, no exercício de 2004, a cifra de R\$ 8,532 bilhões, e a aplicação em ASPS representou 6,56% dessa receita. Assim, foram comentadas as principais vinculações constitucionais, existindo outras previstas pela Constituição Estadual, porém de menor expressão, mas também contempladas com uma fatia dos recursos públicos, as quais passamos a descrever brevemente.

⁹⁶ Sobre este tema ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 263 e ss.

⁹⁷ BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, p. 121.

O próprio STF já emitiu sinais, embora incipientes, sobre a aplicabilidade indistinta do princípio da **reserva do possível** quando julgou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 MC/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Com igual propriedade e com não menos agudez, Marcos Maselli Gouvêa⁹⁸ traça um excelente panorama sobre a aplicação da *reserva do possível*, especialmente em países de modernidade tardia que ainda esperam o *acontecer* dos direitos sociais. Diz este autor que:

Sente-se mais de perto o óbice representado pela reserva do possível, justamente, em países como o Brasil, onde a maioria da população carente, seria destinatária por excelência dos direitos prestacionais. É nos países pobres que a questão da alocação de recursos traduz-se, efetivamente, numa escolha dramática, em que deliberar a realização de uma determinada despesa, contemplando certo projeto, importa reduzir ou suprimir os recursos necessários para outra atividade. Estas escolhas dramáticas, envolvendo uma deliberação de prioridades que, em princípio não comportaria critério objetivo, deveriam incumbir às autoridades eleitas.

No Estado contemporâneo, o fórum onde se travam as discussões acerca da alocação de recursos públicos é o orçamento público. (...) Atenta a isto, a doutrina refratária aos direitos prestacionais aventou, em adição à reserva do possível fática, a reserva do possível jurídica. Mesmo que o Estado disponha, materialmente, dos recursos necessários a um determinado direito prestacional, e ainda que eventual dispêndio destes recursos não obstaculize o atendimento a outro interesse fundamental, não disporia o Judiciário de instrumentos jurídicos para, em última análise, determinar, por via oblíqua, uma reformulação do orçamento, documento formalmente legislativo para cuja confecção devem se somar, por determinação constitucional os esforços do Executivo e do Legislativo.

Em suma, os defensores da reserva do possível, não satisfeitos em colocarem os direitos sociais na condição de meros dependentes da disposição orçamentária ainda buscam obstaculizar o trabalho do judiciário ao negar-lhe a disposição para concretizar os direitos sociais sob o manto do vetusto princípio da Separação dos Poderes, fato aliás, já abordado anteriormente quando citamos as manifestações de Andreas Krell e Eros Roberto Grau.

⁹⁸ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

2.2.3 Mínimo existencial

A teoria do mínimo existencial surgida na esteira do princípio da reserva do possível atribui aos direitos sociais um caráter subsidiário em relação aos direitos civis e políticos. Assim, seriam direitos de “segunda ordem” que poderiam ser implementados por responderem a demandas sociais e econômicas conjunturais. Com isto o Estado deveria garantir “condições mínimas de dignidade” que seriam alvos prioritários de seu orçamento. Apenas depois de atingidas estas “condições mínimas de dignidade” é que se poderia discutir, relativamente aos recursos remanescente do orçamento, em que outros projetos se deverá investir.

O ardoroso defensor desta teoria Ricardo Lobo Torres⁹⁹ chega a afirmar que:

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações positivas.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos do Homem e nas imunidades e privilégios do cidadão.

A restrição dos direitos sociais ao mínimo existencial também encontra eco nos escritos de José Guilherme Merquior que restringe a garantia dos direitos sociais ao mínimo existencial sem lhe atribuir a eficácia dos direitos de liberdade¹⁰⁰.

Em recente obra Ricardo Lobo Torres¹⁰¹ amplia suas justificativas sobre a redução dos direitos sociais ao padrão mínimo existencial, afirmando que:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos de liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia desses últimos sequer na sua dimensão mínima.

⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era do direitos.” In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 262.

¹⁰⁰ Ver MERQUIOR, José Guilherme. **A natureza do processo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 102.

¹⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. In: BARRETTO, Vicente (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2006, p. 245.

Nessa mesma linha Marcos Maselli Gouvêa¹⁰² conceitua o mínimo existencial da seguinte forma:

Consiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um status axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.

É preciso que fique claro que para os defensores desta teoria que a admissão de “mínimo existencial” não significa admitir a existência dos direitos sociais como direitos fundamentais, ao contrário, para esses doutrinadores o direito a um padrão mínimo existencial está ligado aos direitos liberais, especialmente ao direito de liberdade, é um direito às condições de liberdade e exhibe, portanto, *status positivus libertatis*. Sendo assim, é necessário que existam as mínimas condições de sobrevivência para que o homem possa melhor usufruir de seu direito a liberdade, ou como bem afirma Ricardo Lobo Torres¹⁰³:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder a quem de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Como se vê, também esta teoria depende das condições econômicas do Estado muito embora continue a apregoar que existe uma impossibilidade objetiva (orçamento) que impede a concretização dos direitos sociais.

A questão que surge após conhecermos a teoria do “mínimo existencial” é o que se entende por condições mínimas de dignidade da pessoa humana? Será que são três refeições por dia, um banho e um cobertor ou será que estas condições variam conforme as vicissitudes de cada ser humano? Ou será que o padrão mínimo existencial foi atingido pelo “Fome Zero” (sic)?

¹⁰² GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais, p. 257.

¹⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era do direitos.” In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 263.

O mesmo Ricardo Lobo Torres¹⁰⁴ nos dá uma pista sobre como se efetiva o mínimo existencial:

O *status positivus libertatis* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas e privadas, que muitas vezes se compensam com imunidade. A entrega de bens públicos (roupa, remédios, alimentos, etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite, etc.), independentemente de qualquer pagamento, é outra modalidade de tutela do mínimo existencial.

Como se vê, mesmo com o esforço doutrinário despendido por Ricardo Lobo Torres, permanece sem resposta a indagação sobre em que medida o valor da liberdade se realiza através de condições específicas, como bem refere Vicente Barretto¹⁰⁵.

Para finalizarmos este capítulo e após termos discorrido sobre os entraves doutrinários e práticos que impedem o *acontecer* dos direitos sociais, resta-nos retornar a lição de Vicente Barreto¹⁰⁶ que encerra de maneira indelével a polêmica acerca dos direitos sociais:

Os direitos sociais derivam, em última análise, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de uma linha de eticidade. Assim, constata-se que não há distinção de grau entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos são elementos de um bem maior: a dignidade da pessoa humana, que tem duas faces, conectadas sobretudo, por sua fundamentação ética, universal, comum: a liberdade e a igualdade. É por essa razão que a eliminação das desigualdades continua sendo uma tarefa irrenunciável – em primeiro lugar, por razões de coerência entre um suposto ideal de igualdade e a própria idéia de democracia; em segundo lugar pela constatação de igual dignidade das pessoas, apesar das desigualdades físicas e psicológicas. Essa igualdade material é que irá garantir a cada indivíduo o gozo de renda mínima, moradia digna, emprego, assistência sanitária, educação fundamental e apoio em tempos de dificuldade.

Não obstante, é preciso compreender, e esta parece-nos a grande dificuldade do ordenamento jurídico e político vigentes, que a Constituição de 1988 ao trazer a idéia de Estado Democrático de Direito impôs a ocorrência de um novo paradigma onde os direitos sociais tornaram-se direitos fundamentais mantendo uma relação de igualdade com os direitos individuais. E é justamente neste ponto de equiparação entre direitos individuais e sociais que

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era do direitos.” In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 264.

¹⁰⁵ BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, p. 116.

¹⁰⁶ Idem, p. 131.

reside a grande dificuldade de implementação dos direitos sociais, na medida em que, o ordenamento jurídico e político não conseguem vislumbrar o novo ou, enxergam o *novo com olhos do velho*¹⁰⁷, ou seja, tratam da questão dos direitos sociais como se ainda estivéssemos sob a égide de um Estado Liberal e não sob a de um Estado Democrático de Direito.

¹⁰⁷ Expressão cunhada por STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A IDÉIA DE CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Para podermos falar deste tópico é necessário que estabeleçamos algumas *pré-compreensões* do que entendemos por Administração Pública Dirigente e Compromissária.

A primeira *pré-compreensão* que devemos estabelecer é a de que não se pode falar em Administração pública dirigente e compromissária fora da noção de Estado Democrático de Direito, já que, este modelo de administração pública é também uma forma de implementação do Estado Democrático de Direito.

Somente dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito é que a Administração pública pode ultrapassar o modelo patrimonialista, burocrático (formalista) e objetificante, calcado na visão dualista de sujeito-objeto, para um modo-de-ser gerencial, democrático e participativo de matriz hermenêutico fenomenológica (relação sujeito-sujeito), e é dentro deste novo paradigma que se dá verdadeira viragem hermenêutica e o acontecer da Constituição tendo como pressuposto a concretização dos direitos sociais.

Outra *pré-compreensão* que devemos estabelecer é sobre o que se entende por Constituição Dirigente e Compromissária, matriz teórica de onde deriva o conceito de Administração Pública Dirigente e Compromissária.

A expressão “constituição dirigente” foi inicialmente cunhada por Peter Lerche¹⁰⁸ que a utilizou no sentido de “*afirmar a força actuante do direito constitucional*” como bem refere Canotilho¹⁰⁹.

A idéia de constituição dirigente é o de uma constituição que defina fins e objetivos para o Estado e para a sociedade. Este entendimento surgiu e ganhou força principalmente com as Constituições da Espanha e de Portugal que serviram de modelo para a Constituição brasileira de 1988, todas elas promulgadas após um longo período ditatorial e, por isso,

¹⁰⁸ A respeito do tema ver: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito, p. 114.

¹⁰⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 27.

inovadoras no sentido de apresentar um novo modelo de Estado, o que nos leva a afirmar com Lênio Streck¹¹⁰ que:

Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.

É preciso que tenhamos presente que o contexto histórico pós-ditatorial onde surgiram as Constituições de Portugal e Espanha contribui sobremaneira para o seu modo de ser dirigente e compromissário.

A Constituição Portuguesa de 1976 com características políticas acentuadamente socialistas e com conteúdo jurídico excessivamente programático provocou uma enorme reação por parte dos constitucionalistas mais conservadores que passaram a sustentar a

existência, no texto de abril de 1976, de duas Constituições – uma liberal e democrática e outra dirigente e autoritária – antinômicas, incompatíveis, impossíveis de reconduzir à unidade, não suscetíveis de uma aplicação jurídica integrada e, portanto, destinada ao não cumprimento e, no fundo, a uma ruptura inevitável

Como bem afirma Néviton Guedes¹¹¹, essa posição conservadora adotada no final dos anos setenta exigiu um enorme esforço de um grupo de então jovens constitucionalistas, dentre os quais Canotilho e Vital Moreira, que tiveram a missão de demonstrar a unidade da Constituição Portuguesa e

alcançar instrumentos teóricos e dogmáticos constitucionalmente idôneos a uma adequada concretização e ao cumprimento da nova Constituição Portuguesa¹¹².

É dentro deste contexto que surge a obra de Canotilho “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” primeiramente como tese de doutoramento e depois na forma de

¹¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito, p. 101.

¹¹¹ GUEDES, Néviton. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 04.

¹¹² Idem, p. 05.

obra jurídica que buscou dar sustentação ao debate acerca do entendimento sobre constituição dirigente ou como bem aponta o mestre português na introdução de sua obra¹¹³:

O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.

Nesta mesma obra que se tornou um verdadeiro “clássico” dentro do constitucionalismo moderno é que vamos encontrar a definição conceitual sobre constituição dirigente quando o mestre português afirma¹¹⁴:

... a constituição dirigente é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática.

Com as inovações teóricas trazidas por Canotilho passou-se a entender a Constituição dirigente como sendo aquela que contém orientações para a atuação futura dos órgãos do Estado, que estabelece programas e imposições de atuação futura para os órgãos estatais. Também passou-se a ter um entendimento diverso sobre as normas programáticas – determinações dos fins do Estado ou definição das tarefas estatais segundo o entendimento de Canotilho¹¹⁵ – que passaram a ser entendidas como as normas que não se dirigem ao indivíduo, mas sim aos órgãos estatais, exigindo destes um agir em prol do desenvolvimento do Estado, como esclarece, com propriedade, Lênio Streck¹¹⁶, ao dizer que:

Com efeito, em sua primeira fase (década de 80, a partir de obras como Constituinte Dirigente e Vinculação do Legislador), que aqui se pode denominar de Canotilho I, o professor coimbrano chegou a afirmar que já não se podia falar de normas (textos jurídicos) programáticas e, portanto, as assim denominadas “normas programáticas” não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, etc., juridicamente desprovidas de qualquer vinculariedade, e, sim, que às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Nesse sentido, afirmava o mestre português que a positividade jurídico-constitucional das assim denominadas normas programáticas significa, fundamentalmente, o seguinte: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos

¹¹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 11.

¹¹⁴ *Idem*, p. 224.

¹¹⁵ *Idem*, p. 315.

¹¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito, p. 115.

concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.

Neste sentido, podemos dizer que a idéia de Constituição dirigente correspondeu a um novo paradigma já que se aproximou de um plano em que a realidade se assume como tarefa tendente a transformação do mundo ambiente que limita os cidadãos, ou como bem referiu o mestre português¹¹⁷:

A teoria da Constituição dirigente procurou associar o recorte categorial de tipos de normas constitucionais – normas-fim, normas-tarefa, imposições constitucionais – a uma teoria das tarefas do Estado.

Não podemos deixar de mencionar que este entendimento acerca da idéia de constituição dirigente vem sendo revisto pelo mestre português, o que levou Lênio Streck, com perspicácia mordaz, a afirmar a existência de Canotilho I e Canotilho II, o primeiro comprometido com as diretrizes da constituição dirigente e o segundo o que está a rever suas posições e que foram expressadas no prefácio à 2ª edição da “clássica” obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*¹¹⁸.

Neste prefácio Canotilho coloca em dúvida a força dirigente da constituição para promover, por si só, as mudanças necessárias suprir as promessas não cumpridas da modernidade e chega mesmo a defender que:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias¹¹⁹.

Nesta sua nova fase o mestre português busca fundamentar os fenômenos constitucionais no chamado *constitucionalismo moralmente reflexivo*, explicitado quando afirma¹²⁰:

¹¹⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. XIII.

¹¹⁸ Tamanha foi a celeuma gerada em torno do referido prefácio que gerou a obra de COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, onde, através de teleconferência, o mestre português tentou dirimir as dúvidas suscitadas por juristas brasileiros.

¹¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. XXIX.

¹²⁰ Idem, p. XXII.

Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, através de outras fórmulas que permitam completar o projecto da modernidade – onde ele não se realizou – nas condições complexas de pós-modernidade. Nesta perspectiva, certas formas já apontadas de <<eficácia reflexiva>> ou de <<direcção indireta>> – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais, abrindo o caminho para acções e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim das contas, o projecto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos <<quatro contratos globais>>. Referimo-nos ao contrato para as <<necessidades globais>> – remover as desigualdades – o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas – contrato democrático – democracia como governo global, e o contrato do planeta terra – desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção. Os contratos acabados de assinalar não impedem, como é obvio a continuação da materialização da política com base em normas constitucionais programáticas.

O novo posicionamento adotado pelo insigne mestre português também mereceu críticas de Eros Grau expressadas quando este afirma¹²¹:

A alusão do CANOTILHO (2001:XX-XXIII) ao constitucionalismo moralmente reflexivo através da mudança da direcção para a contratualização merece também detida atenção.

Temo que a lei dirigente não possa ceder lugar ao contrato sem sacrifício da própria democracia, eis que a isso acabam conduzindo “desconstitucionalização” e “desregulamentação”.

A adesão ao constitucionalismo moralmente reflexivo implica a recusa da exposição hegeliana sobre o Estado – tema que adiante tocarei – alentando-se sobre a indevida superposição de neoliberalismo e globalização. É absolutamente nítido, ao menos para mim, ser, a globalização, um fenómeno histórico resultante da revolução da informática, da microeletrônica e das telecomunicações, ao passo que o neoliberalismo é uma ideologia. O fato dessa ser a ideologia hegemônica não basta – ou não deveria bastar – para sufocar a consciência crítica dos que insistem no hábito, é verdade que fora de moda, da reflexão...

É necessário insistirmos ademais, em que a constituição dirigente não substitui a política; ao contrário, a constituição dirigente nada mais faz do que sujeitar política a fundamentação constitucional (BERCOVICI 1999:40). Nisso, a força da ideologia constitucionalmente adotada, com vinculação das políticas públicas a ela (COMPARATO 1997 e BUCCI 2001:239 e ss).

¹²¹ GRAU, Eros Roberto. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Conforme se viu, o ilustre constitucionalista português, em sua nova fase – Canotilho II - sofre nítida influência das teses advindas das teorias sistêmicas de matriz luhmaniana que resultam numa visão procedimentalista da Constituição.

No entanto, para vislumbrarmos o acontecer da administração pública dirigente e compromissária voltada para a implementação dos direitos sociais é necessário que se tenha uma visão substancialista¹²² da Constituição, onde o judiciário exerce o papel de elemento transformador da realidade, na medida em que supre as omissões administrativas que insistem em tratar a administração pública dentro de uma visão metodológica e metafísica com conceitos prontos e entificados, que traduzem uma *pré-compreensão* objetivista e formalista, conforme veremos no tópico que aborda a jurisprudencialização e a concretização dos direitos sociais.

Parece claro que não podemos analisar o novo posicionamento adotado por Canotilho deslocado de seu ambiente já que o ente compreendedor do Estado português não é o mesmo do Estado brasileiro, e o homem só se conhece em determinada época, inserido em uma determinada história, e hoje a história é outra, como bem refere Leonel Ohlweiler¹²³. Da época em que foi publicada pela primeira vez a obra de Canotilho, o mundo apresentava-se de uma maneira, sobretudo em Portugal, nos anos subseqüentes à Revolução de 25 de abril de 1974. No entanto, quando da publicação da 2ª edição da referida obra e do seu famoso prefácio – 2001 – vimos Portugal se inserir na Comunidade Européia, a sua democracia se consolidar e também a Constituição de 1976 sofrer várias reformas que lhe subtraíram o conteúdo absolutamente socializante, bem como, observamos o avanço da globalização sobre o mundo de forma avassaladora, com o rompimento de conceitos até então inflexíveis como o de soberania nacional que hoje encontra-se bastante diluído em seu significado¹²⁴.

Portanto, o novo posicionamento do mestre português parece-nos adequado para a sua época e seu contexto, o que não quer dizer que deva ser adotado pura e simplesmente como defendem os inimigos da constituição dirigente. Não podemos esquecer que estamos inseridos num país que sequer alcançou os benefícios do Estado Social e, portanto, ainda está

¹²² Sobre o embate substancialismo x procedimentalismo ver STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do direito, p. 147 e ss.

¹²³ OHLWEILER, Leonel Pires. “Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica.” In: **Em Busca dos Direitos Perdidos**: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito, p. 152.

¹²⁴ Sobre o conceito de soberania ver MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**.

a espera das promessas não cumpridas da modernidade, daí porque, defendermos, com Lênio Streck¹²⁵, a necessidade de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia quando este afirma:

Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito.

A idéia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição.

Parece evidente, assim, que, quando se fala em Constituição dirigente, não se está – e nem poderia – a sustentar o normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas.

3.2 O SENTIDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA: POR UMA TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ADEQUADA AOS PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

Feitas as considerações a respeito da Constituição dirigente resta-nos trazer o entendimento do que se vislumbra por Administração Pública Dirigente e Compromissária.

A Constituição brasileira de 1988 ao instituir o modelo do Estado Democrático de Direito produziu profundas transformações no modo-de-ser da funcionalização da administração pública. Como a Administração Pública é classicamente definida como sendo o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo¹²⁶, o seu modelo tem de ser condizente com os paradigmas de Estado e Sociedade propostos pela Constituição.

¹²⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito, p. 135.

¹²⁶ Segundo lição de MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 61.

Como conseqüência do *standart* de Estado Democrático de Direito, podemos dizer que surge a noção de Administração Pública dirigente e compromissária como instância concretizadora do bem comum. É o tipo de administração caracterizada por uma permanente atividade construtiva por parte do administrador que deve ser entendido como um sujeito hermenêutico apto a produzir sentidos jurídicos axiologicamente desvelados no âmbito da democracia. O regime deste novo modelo de Administração Pública passa a ser entendido dentro de valores e princípios constitucionais, elementos indispensáveis para que se tenha uma compreensão não-dogmatista, capaz de considerar a dimensão histórica e social de seu tempo.

É dentro do modelo de Administração Pública dirigente e compromissária, na parcela que toca ao Poder Executivo realizar o Estado Democrático de Direito, que vai se dar o *acontecer* dos direitos sociais, já que a Constituição possibilita ao administrador criar as condições de possibilidade para implementar esses direitos, uma vez que o constitucionalismo é entendido como vivência constitucional e não como uma junção de enunciados a serem aplicados ao mundo da vida.

Sendo assim, o sentido de administração pública dirigente e compromissária que buscamos é aquela que está inserida dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito e que busca a construção das possibilidades para o resgate das promessas não cumpridas da modernidade.

Do caminho até aqui traçado em busca do acontecer de uma administração pública dirigente e compromissária que possa suprir as omissões causadas pelo *sentido comum teórico* dos entes administrativos, no que tange à implementação dos direitos sociais, podemos dizer que a filosofia hermenêutica (fenomenologia) permeada por conceitos elaborados na viragem lingüística, quando a linguagem deixa de ser um terceiro e passa a integrar o sujeito, é um dos caminhos que podem criar condições de possibilidade para este *desvelamento*, o que nos leva a dizer com Leonel Ohlweiler¹²⁷ que:

... esta forma diferenciada de estruturar a atividade da Administração Pública e o papel do Poder Judiciário ao controlar a materialização das políticas públicas do Estado Democrático, exige a superação da linguagem tradicional do Direito Administrativo, marcadamente metafísica. Por tal razão, cada vez mais, faz-se

¹²⁷ OHLWEILER, Leonel Pires. “Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica.” In: **Em Busca dos Direitos Perdidos**: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito, p. 154.

mister construir outros referenciais teóricos para a significação da atividade administrativa e a relação com os direitos fundamentais.

Com a fenomenologia hermenêutica a noção de compreensão¹²⁸ assume a condição de totalidade, incluindo aí as noções de tradição, historicidade e círculo hermenêutico e se contrapõe às metodologias tradicionais ainda presas ao paradigma metafísico¹²⁹ o que levou Lênio Streck¹³⁰ a professar a seguinte passagem:

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a **compreensão** é entendida como estrutura ontológica do *DASEIN* (ser-aí ou pre-sença) onde o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma propriedade do ser, mas sim, o próprio ser.

Com isto podemos trabalhar com uma nova perspectiva para a Administração Pública construindo uma verdadeira *Teoria da Administração Pública Adequada aos Países de Modernidade Tardia*¹³¹ que teria como grande desafio construir as suas vivências sem cair na tentação metafísica da objetificação.

Esta teoria, fundada na fenomenologia hermenêutica, caracteriza-se por resguardar as vicissitudes históricas de cada Estado, para não cair na tentação de ser uma teoria suprema

¹²⁸ Sobre a compreensão do ser Heidegger afirma: “A questão sobre o sentido do ser só é possível quando *se dá* uma compreensão do ser. A compreensão de ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos pré-sença. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, maior a segurança do alcance da caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2005, parte I, p. 266. Também sobre compreensão Stein esclarece que: “Compreender não é um modo de conhecer, é um modo de ser. Não se trata de um método que leva à compreensão. Heidegger substitui a epistemologia da interpretação pela ontologia da compreensão. O homem já sempre compreende o ser. A existência é compreensão do ser. Mas o estar exposto no ser já é sempre compreensão da própria vida, de suas possibilidades. A fenomenologia será a descrição desse homem concreto em sua estrutura global. A fenomenologia será analítica existencial. Desse modo abre-se o lugar em que se revela o ser, que já sempre se manifesta na pré-compreensão. A fenomenologia é hermenêutica enquanto ontologia da compreensão. Encontra-se fenomenologia-vida-ser. Cf. STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdPUCRS: 2002, p. 45.

¹²⁹ Metafísica aqui empregada no sentido heideggeriano do ocultamento do ser. Para uma melhor compreensão ver STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito, p. 5, nota de rodapé n: 3.

¹³⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 186.

¹³¹ Utilizamos esta expressão no sentido de prestar duas homenagens, a primeira a Lênio Streck que cunhou a expressão *teoria da constituição dirigente aplicada aos países de modernidade tardia*, em seu artigo: “A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia.” In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, ABDConst, n. 2, 2002 e a segunda a Leonel Ohlweiler que cunhou a expressão *teoria do direito administrativo constitucionalmente adequada para países de modernidade tardia* em seu artigo “Teoria versus Prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do direito administrativo).” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 3, 2005.

que pode ser adaptada a todas as situações. Com isto a teoria da Administração Pública adequada aos países de modernidade tardia está baseada no binômio democracia-direitos fundamentais, visando a vinculação do administrador aos ditames da materialidade da Constituição, uma vez que, conforme já referimos, em países de modernidade tardia como o Brasil, nem os preceitos positivados na Constituição são cumpridos pela Administração Pública, bastando, para tanto, ver o caso da aplicação da verba orçamentária prevista para a saúde conforme referimos alhures quando da abordagem dos direitos sociais as folhas 58.

Cumpre destacar que todos os princípios norteadores do modelo de Administração Pública dirigente e compromissária encontram-se previstos em capítulo próprio na Constituição Federal de 1988, arts. 37 e seguintes, o que levou Allegretti¹³² a expressar muito bem as conseqüências deste fenômeno ao lecionar que:

... o pressuposto de que o caráter democrático de um Estado, assim declarado na Constituição, deverá influir sobre a configuração da Administração e esta, por sua vez, incidirá positiva ou negativamente sobre o caráter democrático do ordenamento; os princípios da democracia não podem limitar-se a reger a função legislativa e a jurisdicional, mas devem informar também a função administrativa; inexistente democracia sem democracia da Administração, ao se implementar a nova Constituição, ao se estabelecer novo nível de liberdade é de relevo considerar a Administração como fator fundamental de inovação.

Portanto, é preciso que o administrador público passe a habitar a Constituição, sendo que habitar é *cuidar e cuidar*¹³³, heideggerianamente falando, como existencial do *Dasein*, é possibilitar que a Constituição seja ela mesma, conforme bem assevera Leonel Ohlweiler¹³⁴.

¹³² ALLEGRETTI *apud* MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 164.

¹³³ Acerca da noção de cuidado (cura) é importante trazer à colação a alegoria usada por Heidegger para encenar a definição do estar-aí como cuidado: “Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou uma parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que havia criado, aproxima-se Júpiter. O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar seu nome a sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que ela tinha-lhe oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para juiz. Saturno pronunciou-lhes a seguinte sentença, aparentemente justa: Tu Júpiter, porque deste o espírito, receberás na sua morte o espírito; tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o Cuidado possuí-la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se *homo* já que é feita de *humus*”. HEIDEGGER *apud* STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 98.

¹³⁴ OHLWEILER, Leonel Pires. “Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica.” In: **Em Busca dos Direitos Perdidos: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito**, p. 164.

Pelo que aqui foi exposto, resta-nos perguntar, parafraseando Gilberto Bercovici, qual é o motivo de tamanha sanha para reformar e desfigurar a Administração Pública? E a resposta é simples: apesar de todos os problemas, a Administração Pública, tal como foi proposta na Constituição de 1988, é um instrumento capaz de promover a transformação social¹³⁵.

3.3 AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS E O CONTROLE JURISDICIONAL: A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Dentro do contexto de crise do Estado e da Administração Pública até aqui expostos, cumpre adentrarmos na omissão da administração pública em implementar os direitos sociais e também o papel do Poder Judiciário enquanto fator impeditivo do *des-velamento* desses direitos.

No entanto, para realizarmos a discussão sobre as causas que levam à não implementação dos direitos sociais é preciso entender o tipo de administração pública em que estamos inseridos.

Esta colocação se faz necessária na medida em que ainda lidamos com uma administração pública que trabalha com a objetificação dos entes administrativos fazendo com que seus operadores caiam na inautenticidade marcada por um modo-de-ser liberal-individualista. Esta compreensão inautêntica fica evidenciada quando nos deparamos com conceitos prontos e acabados – mérito do ato administrativo, separação de poderes, presunção de legitimidade, reserva do possível – que impedem o acontecer da Constituição e tornam controversa, para não dizer impossível, a implementação dos direitos sociais, o que, aliás, só vem confirmar a profecia de Bobbio¹³⁶ ao afirmar que: “... dos direitos sociais fala-se muito pouco e cada vez menos”.

Com isto, se Administração Pública não consegue ultrapassar o modo-de-ser liberal-individualista e apega-se a objetivismos e tecnicismos para não concretizar os direitos sociais,

¹³⁵ BERCOVICI, Gilberto. “Dilemas da Concretização da Constituição de 1988.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004, p. 102.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos, p. 500.

está caracterizada a omissão administrativa como bem refere Marcos Gouvêa¹³⁷ ao afirmar que:

Mais recentemente, percebeu-se que a omissão estatal poderia ser tão nefasta quanto a prática de atos comissivos ilegítimos. Seguindo o exemplo de outros países, no Brasil acrescentou-se, ao complexo de instrumentos protetivos ao cidadão tradicionalmente disciplinados nas constituições anteriores, meios processuais destinados a corrigir as omissões estatais: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Originariamente de pouca valia prática, em função da interpretação conservadora que lhe foi atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, hoje o mandado de injunção começa a ter aplicação significativa no controle das omissões legislativas.

Assim, cumpre ao Poder Judiciário, através da fenomenologia hermenêutica, ultrapassar esta pré-compreensão inautêntica através da suspensão dos pré-juízos, denunciando-os, trazendo-os à luz, a fim de que não se repitam quotidianamente. No entanto, as construções teóricas advindas do já citado modelo liberal-individualista são incapazes de lidar com as novas exigências impostas pelo Estado Democrático de Direito, já que são calcadas na objetificação dos entes jurídicos administrativos e assim, impedem o *acontecer* dos direitos sociais.

Um exemplo destas construções teóricas calcadas no modelo liberal-individualista que não conseguem ultrapassar a barreira da relação sujeito-objeto, e, portanto, ainda trabalham com a entificação dos fenômenos jurídicos, é o modo como nossos Tribunais vêm trabalhando com a concretização dos direitos sociais, deixando de aplicá-los, na maioria das vezes, em nome de conceitos prontos e acabados como “mérito do ato administrativo”, princípio da legalidade ou mesmo o “princípio da separação de poderes”.

A idéia dogmática sobre o “princípio da legalidade” constitui-se numa demonstração cabal do que acabamos de expor, pois grande parte dos operadores do direito ainda trabalha (esconde-se) com a noção abstrata do princípio da legalidade para aplicá-lo como verdade nos casos concretos, como demonstram as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, todas elas tomadas no sentido de que os direitos sociais não são auto-aplicáveis, sendo necessária uma lei que os recepcione para que possam gerar efeitos no mundo jurídico:

¹³⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais, p. 3.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. VIGILANTE. RISCO DE VIDA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. O administrador público está adstrito ao princípio constitucional da legalidade. 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. A lei municipal n: 1.763/77, assegura a percepção de gratificação por risco de vida no percentual de 20% dos vencimentos do servidor. Sentença de procedência mantida. (Reexame necessário n: 70007177926, Terceira Câmara Cível. TJRS. Relator Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/10/2003)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. O Administrador público está adstrito, dentre outros, ao princípio constitucional 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 ao quais não está legalmente vinculado. Apelação não provida. (Apelação Cível n: 70007978216, Quarta Câmara Cível. TJRS. Relator Wellington Pacheco de Barros, julgado em 24/03/2004)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. HORAS EXTRAS. A ausência de regulamentação do adicional de insalubridade pela lei local, impossibilita o deferimento da gratificação, face ao princípio da legalidade que rege a Administração Pública. Os direitos sociais previstos no art. 7º e incisos da CF/88, não se estendem todos aos direitos dos servidores públicos, de acordo com o disposto na novel redação do § 3º do art. 39 da mesma Carta, trazida pela EC nº 19/98. Horas extras não autorizadas, que justificam a improcedência do pedido. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70012780250, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 07/12/2005)

EMENTA: Apelação Cível. Mandado De Segurança. Servidor Público. Horas Extras. Incorporação Nos Vencimentos. Direito Adquirido. Descabimento. O Administrador Público Está Adstrito, Dentre Outros, Ao Princípio 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. Apelação Desprovida. (Apelação Cível Nº 70013679675, Terceira Câmara Cível, Tribunal De Justiça Do Rs, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado Em 23/03/2006)

É de se destacar que fizemos absoluta questão de trazer apenas quatro decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que envolvem os “direitos sociais e o princípio da legalidade” quando na verdade elas são centenas, todas elas refletindo o mesmo modo de ser. Também chamamos a atenção que as ementas aqui trazidas, embora de diferentes épocas, com relatores diferentes e órgãos julgadores também distintos, refletem que o “Princípio da Legalidade” possui para a dogmática tradicional um enunciado capaz de

retratar sua essência, sendo que os julgadores são inseridos num processo de significação, não se dando conta de que não se começa chegando ao ente “Princípio da Legalidade” por via do enunciado e das múltiplas relações postas por este enunciado, mas na medida em que habitar junto ao ente “Princípio da Legalidade” e somente a partir deste habitar junto ao ente é que ele poderá ser objeto do enunciado, conforme bem ensina o filósofo da floresta negra¹³⁸.

A mesma construção fenomenológica pode ser aplicada quando se trata do “Princípio da Separação dos Poderes” que também traz consigo toda a carga ideológica do pensamento liberal individualista que acabou por objetificar excessivamente esse princípio, fazendo com que os operadores do Direito desconheçam o caráter unitário da atividade estatal, conforme demonstra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar uma ação civil pública ingressada pelo Ministério Público, objetivando providências administrativas para a realização das medidas previstas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9394/96 – dentre as quais inclusão educacional de jovens da zona rural, apresentação de projetos de recenseamento escolar, etc. O Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso interposto pela Administração Pública proferiu a seguinte decisão:

EMENTA: Agravo de instrumento. Ministério público. Ação civil pública. Obrigação de fazer imposta ao Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Matéria exclusivamente administrativa, não tendo o judiciário ingerência neste ponto. Obrigação de fazer, que importa em atos de administração, substituindo os critérios de oportunidade e conveniência do ato discricionário administrativo. afronta ao Princípio Da Separação dos Poderes. Não compete ao Judiciário a fixação de prioridades no desenvolvimento de atividades afetas à administração. Inexistência de norma legal substantiva, que obrigue ou vede a prática de determinado ato à administração. Eventual responsabilização por perdas e danos, se da omissão resultar prejuízo. Precedentes jurisprudenciais. Posição Doutrinária. Agravo Provido. (Agravo de Instrumento nº 70004995767, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 18/12/2002).

Entretanto, a carga ideológica que norteia a decisão acima referida não é obra exclusiva do Tribunal gaúcho, ela também se apresenta no Supremo Tribunal Federal, conforme relata Flávia Piovesan¹³⁹:

Contudo, constatam-se, ainda, decisões que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afastam a justiciabilidade do direito à saúde. A respeito, cite-se decisão proferida no RE 259508 AgR/RS, em que se discutia a aplicação de lei estadual do Estado do Rio

¹³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Introducción a la filosofía**. Madrid: Ediciones Catedra, 1999, p. 76.

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v 1, n. 4, 2006, p. 118.

Grande do Sul, que previa distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e portadores do HIV/AIDS, mediante acordo entre Estado e Município de Porto Alegre. O STF entendeu que não lhe cabia examinar a efetivação do acordo, na medida em que não lhe cabe controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender chamada da população na área da saúde, sob a justificativa de que seria ofensa ao princípio da separação de poderes.

É de se ressaltar que não estamos advogando a supressão do Princípio da Separação dos Poderes e nem relegando a segundo plano a sua importância dentro do contexto histórico mundial como garantidor do normal desenvolvimento das funções estatais. O que estamos defendendo é que, dentro do Estado Democrático de Direito e de uma Administração Pública Dirigente e Compromissária, não há que se falar em “Separação de Poderes” e sim em convergência funcional entre os poderes como bem referido por Troper¹⁴⁰ quando leciona que:

A separação de poderes é um dos princípios mais estáveis que podemos encontrar no constitucionalismo herdado da Ilustração, pois ele, originariamente, foi visualizados como um mecanismo indispensável para a proteção da liberdade individual. Mas, atualmente, ele não pode ser mais visto somente por esta perspectiva negativa: hoje, devido às mutações sofridas nas finalidades e conteúdos dos Estados, as relações entre os poderes está cada vez mais complexa. Assim podemos dizer que o conceito “separação de poderes” pode amparar conteúdos muito diferentes. O Poder Legislativo já não é mais a máxima expressão da “vontade geral”, uma vez que, do pós-guerra até a atualidade, o Executivo e, principalmente, o Judiciário (Justiça Constitucional) passaram a exercer forte influência.

A visão acerca da relativização do princípio da separação de poderes encontra eco nos ensinamentos de José Luis Bolzan de Moraes, André Copetti¹⁴¹ e outros, quando afirmam:

Diante da profunda alteração do paradigma de Estado, sociedade, direito e democracia ocorridos com a promulgação da Constituição de 1988, e especialmente diante da não concretização da proposta social constitucionalizada, a atitude verdadeiramente democrática a ser adotada, por ora, consiste numa relativização estrutural e funcional de nossas instituições e poderes. Nesse sentido é que deve ser entendido o posicionamento de Enterría e Troper quando advogam a relativização do princípio da separação dos poderes como técnica operativa para garantir a efetivação dos valores éticos constitucionalizados.

¹⁴⁰ TROPFER, Michel *apud* MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo et al. “A jurisprudencialização da Constituição: A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**, p. 309-10.

¹⁴¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo et al. “A jurisprudencialização da Constituição: A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**, p. 338.

Não obstante, dentro da fenomenologia hermenêutica, não há como compreender o princípio da separação de poderes de forma abstrata, partindo-se da concepção de que a verdade está no enunciado, quando se sabe que a verdade, dentro da visão fenomenológica, está no próprio existir e que a existência se dá por meio do *Dasein*.

O caráter abstrato com que é tratado o princípio da separação dos poderes pelo senso comum teórico dos juristas é percebido mesmo em decisões que favorecem a concretização dos direitos sociais, como é o caso do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que relativiza a aplicação da separação dos poderes em nome do princípio da dignidade da pessoa humana:

EMENTA: SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. COMPETÊNCIA COMUM ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. União, Estados e Municípios são partes legítimas para figurarem no pólo passivo de demanda que versa sobre serviços de saúde pública (art. 23, II, da CF). EXAURIMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. ART. 5º, XXXV, DA CARTA MAGNA. Em face do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), resta desnecessário o exaurimento da via administrativa, mormente quando em questão os direitos à vida e à saúde. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. As doutrinas de resistência à justiciabilidade dos direitos sociais da afronta ao princípio da separação dos poderes, inexistência de previsão orçamentária e reserva do possível não têm lugar quando em pauta direito fundamental que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e insere-se no padrão hermenêutico do mínimo existencial, como o direito à saúde, salvo situação excepcional não verificada no caso concreto. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO IMPORTADA. POSSIBILIDADE. São inoponíveis restrições à importação de medicação quando outra similar não pode ser ministrada à infante que dela necessita, inclusive porque o Poder Público deve fornecer o tratamento mais adequado e eficaz à população necessitada. MULTA DIÁRIA. FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. Inviável a fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, vez que a fixação de penalidade em caso de descumprimento da medida deferida somente acarretará maiores desfalques ao erário, gerando prejuízos aos contribuintes e à sociedade como um todo. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO, PROVIDO EM PARTE O APELO INTERPOSTO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMADA PARCIALMENTE A SENTENÇA, POR MAIORIA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70010981355, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 15/06/2005)

Chamamos a atenção que a referida ementa, embora tenha contribuído para a concretização do direito social à saúde, está muito mais fundamentada nos valores da vida e da dignidade da pessoa humana, de cariz liberal, e ligados aos direitos individuais de primeira geração, do que nos direitos sociais propriamente ditos. Isso não quer dizer que desprezamos

esse tipo de fundamentação, apenas entendemos que os direitos sociais possuem força concretizadora suficiente para fundamentar qualquer decisão que os envolva.

O mesmo tipo de fundamentação foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de caso envolvendo fornecimento de medicamentos e acesso à assistência médico-hospitalar, segundo o relato de Flávia Piovesan¹⁴²:

Reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, a pessoas portadoras do vírus HIV e a pessoas portadoras de outras doenças graves.

A título exemplificativo, destaca-se decisão do STF no RE 271286-AgR/RS, na qual afirmou o direito à saúde como “conseqüência constitucional indissociável do direito à vida”. A decisão adicionou que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível”, cabendo ao Estado formular e implementar políticas que visem a garantir a todos, inclusive aos portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Ressaltou que o “poder público não pode transformar norma programática em promessa constitucional inseqüente”. Neste sentido, a distribuição gratuita de medicamentos permitiria “conferir efetividade aos preceitos constitucionais, representando um gesto relevante e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua essencial dignidade¹⁴³”.

O Supremo Tribunal Federal, muito embora venha revendo seus posicionamentos quanto à auto-aplicabilidade dos direitos sociais, segundo veremos no próximo item, de há muito vinha demonstrando preocupação ao enfrentar o tema dos direitos sociais, conforme pode ser demonstrado no acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello – Anexo I -, onde este coloca com propriedade todas as questões pertinentes ao tema, mas, ao final, por uma questão processual incidental, deixa de enfrentá-lo, mesmo assim optamos por trazer a referida decisão para demonstrar que não passa despercebido pela Corte Suprema o tema da concretização dos direitos sociais, apenas, por um modo de ser calcado em uma visão mais procedimentalista da Constituição, não são *desvelados* no seu ser.

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 116.

¹⁴³ Flávia Piovesan também aponta outras decisões do STF tomadas neste sentido: RE 23235, AI 232469, RE 236200, AI 236644, AI 238328-AgR, RE 247900, dentre outros.

4 O CONTRIBUTO DA LINGUAGEM E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A FORMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRIGENTE E COMPROMISSÁRIA – UMA FORMA DE ABRIR CLAREIRAS RUMO AO ACONTECER DOS DIREITOS SOCIAIS.

4.1 A LINGUAGEM ENQUANTO PRINCÍPIO UNITÁRIO DA RACIONALIDADE

Dentre os pontos analisados neste trabalho, mesmo correndo o risco de sermos prolixos, é imperioso abordar a linguagem e o seu papel na construção de um novo modo-de-ser-no-mundo, como refere Oliveira¹⁴⁴, ao dizer que “nosso ser-no-mundo é, portanto, sempre lingüisticamente mediado, de tal maneira que é por meio da linguagem que ocorre a manifestação dos entes a nós”.

Sendo assim, este estudo da linguagem também se justifica enquanto princípio da hermenêutica filosófica, como condição e efetivação.

A importância da linguagem ganhou uma dimensão tal que Ernildo Stein¹⁴⁵ chega a afirmar:

... podemos dizer que o ser humano não tem nenhum outro princípio de racionalidade que lhe permite pensar o todo. Nem qualquer um dos elementos que os gregos apresentavam, nem a idéia de Platão, nem a substância de Aristóteles, nem o Deus da Idade Média, nem as formas puras de Kant, nem o eu, sujeito absoluto de Hegel, nada permite ser um princípio de racionalidade ao qual se referem todas as racionalidades das ciências, se em primeiro lugar não está pressuposto este elemento da racionalidade. Este, por exemplo, segundo Tugendhat, é o único elemento de racionalidade: Ser capaz de produzir enunciados assertóricos predicativos. Ter condições e possibilidades de ...trazer consigo o *como*, ser sustentado pelo *algo como algo*.

Assim, abordaremos as significações teóricas que perfazem a relação entre a linguagem e a filosofia. No entanto, a fim de evitar o risco de se fazer uma historiografia da linguagem, com uma mera repetição teórica do passado, optamos por trazer a lição de Luiz Rohden¹⁴⁶ que traça uma excelente síntese sobre a história da linguagem quando diz que:

A fim de situar a centralidade da linguagem na e enquanto hermenêutica, lembramos que a primeira carrega em seu bojo duas orientações básicas. Uma

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 206.

¹⁴⁵ STEIN, Ernildo. **Aproximações hermenêuticas**. Porto Alegre: EdPUCRS, 1996, p. 16.

¹⁴⁶ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002, p. 222-3.

remonta ao *Crátilo* de Platão e aos escritos lógicos de Aristóteles, onde a linguagem é reduzida a um sistema convencional de sinais, usado para designar conteúdos já pensados. A procura de uma unidade da linguagem e da expressão implica sua redução à mera *forma* representável, paradigmaticamente, pelo *Tractatus* de Wittgenstein. Sua função é designar objetos, olvidando-se sua dimensão de totalidade viva do acontecer lingüístico enquanto instauradora de sentido.

Outra concepção de linguagem, irredutível à lógica, à gramática, à semântica, ao *logos apofântico*, procura compreender o “acontecimento da linguagem em sua unidade e originalidade (Hamann, Herder, W. Von Humboldt). Este último é um dos fundadores da lingüística científica moderna e desenvolveu a concepção de linguagem como “acepção de mundo”, a quem Gadamer deve muito no tocante à sua concepção de linguagem.

Em Wittgenstein encontramos sinais de superação da concepção filosófica da linguagem enquanto mera designadora de objetos. No *Tractatus* ele defendera de forma extremada “uma teoria atomística dos sinais, segunda a qual a linguagem imita a forma lógica das realidades”, enquanto nas *Investigações filosóficas* afirmou ser insuficiente a função da “designação”, porque as palavras não designam em primeiro lugar algo teórico e unívoco, para então serem usadas nessa acepção, mas, ao contrário, são primeiro empregadas na vida cotidiana, constituindo esse emprego sua significação.

4.1.2 A viragem lingüística e as consequências hermenêuticas – da epistemologia à fenomenologia

O aspecto mais importante da viragem lingüística não foi o fato de que os problemas filosóficos são problemas lingüísticos, senão o enfoque segundo a qual a linguagem começou a ser considerada a partir da tradição filosófica e da influência que a linguagem exerceu sobre elas. Daí a sua transformação de viragem lingüística em uma verdadeira viragem pragmática.

Assim, na medida em que passamos a não acreditar na possibilidade de que o mundo possa ser identificado com independência da linguagem, começamos a perceber que os diversos campos da filosofia que antes eram determinados a partir do mundo natural, poderiam ser multiplicados ao infinito através da finitude humana.

A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta, é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem.

A viragem lingüística do pensamento filosófico do século XX vai se centralizar justamente na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem a linguagem. Trata-se de uma concepção em que é necessário ter a consciência de que não podemos falar

do mundo a não ser falando de linguagem. O mundo é tido como linguagem. O próprio pensar movimenta-se nela. Logo, o homem só fala a partir e na linguagem, e o ser-no-mundo é sempre mediado por elas, responsável pela própria manifestação do ente a nós.

A reviravolta lingüística provoca o deslocamento da relação superada entre sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito. Essa superação ocorre com a ontologia fundamental. Com ela decreta-se a morte da idéia de subjetividade como instauradora da condição de ser-no-mundo do sujeito. Com a ontologia fundamental o que morre é o sujeito que se coloca como fundamento do mundo.

A linguagem se revela como vinculação do homem com o evento do ser. O homem é, enquanto manifestação do ser, e isto só acontece enquanto linguagem.

Com a ontologia heideggeriana, a linguagem aparece como ponto fundamental, pois o nosso acesso aos objetos só se dá pela linguagem como bem lembra Ernildo Stein¹⁴⁷. Mas não chegamos aos objetos apenas e tão somente, e sim sob um determinado ponto de vista, na medida em que só compreendemos algo como algo como bem lembra Lênio Streck¹⁴⁸ ao referir que:

Sem a palavra, sem a linguagem não há existência. Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas.

O Dasein tem linguagem e por isto tem mundo. Chegamos ao mundo e aos objetos enquanto alguma coisa que estes objetos são e não como objetos puros. Chegamos ao algo enquanto algo.¹⁴⁹

Com isso, podemos dizer que a filosofia hermenêutica surge permeada de conceitos elaborados na viragem lingüística, quando a linguagem deixa de ser compreendida como instrumento, assumindo-se como dimensão constitutiva do ser, o que levou Heidegger¹⁵⁰ a afirmar que:

A linguagem é a casa do ser e o homem é o seu pastor.

¹⁴⁷ STEIN, Ernildo. **Aproximações hermenêuticas**.

¹⁴⁸ Cfe. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**, p. 193.

¹⁴⁹ STRECK utiliza com propriedade o exemplo de Heidegger *in* a pergunta sobre a coisa: “Quando vemos pela primeira vez um fuzil, não é preciso ver primeiro que é uma arma, uma vez que isto já sabemos de antemão e temos necessariamente que sabê-lo, caso contrário não poderíamos de nenhuma forma reconhecer o fuzil como tal. Na medida em que sabemos previamente o que é uma arma, e somente desta forma, o fuzil que temos diante nos resulta visível no que ele é”. Cfe. STRECK, Lênio Luiz. *Op. cit.*, p. 193.

¹⁵⁰ HEIDEGGER *apud* LOPARIC, Zeljko. **Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 29.

Com Heidegger, o mundo é tido como linguagem, o que nos leva a trazer a passagem de Loparic¹⁵¹ sobre a importância da linguagem para o filósofo alemão:

Destruída a Floresta Negra pela intrusão decorrente da técnica, Heidegger perdeu o lugar em que pudesse se abrigar, viver e escrever. Onde é que ele buscou refúgio? Na palavra. Aconteceu com ele algo parecido com o que se deu com Fernando Pessoa quando, tendo reconhecido sua incapacidade de entrar no mundo real, chegou a dizer: “A minha pátria é a língua portuguesa”. Após constatar a ruína dos espaços que lhe eram familiares, Heidegger passou a buscar na linguagem a “casa do ser”, na esperança, talvez insensata, de que pelo menos nesse lugar de todos os lugares, ele pudesse descobrir como morar.

Também Gianni Vattimo¹⁵² resume de forma inequívoca a importância da linguagem no pensamento de Martin Heidegger ao afirmar que:

De maneira que a linguagem é a sede, o lugar do acontecer do ser como abrir-se das aberturas históricas em que está lançado o *Dasein*, e Heidegger concebe a estrutura do *Ereignis* de acordo com o modelo da relação do homem com a linguagem. Por um lado, como se diz também na conferência sobre Hölderlin, é a linguagem <<que rege o nosso estar-aí>>; dependemos dela: <<A linguagem não é um instrumento que está à nossa disposição, mas é um evento que dispõe da suprema possibilidade do ser do homem>>. Mas, por outro lado, precisamente o mesmo escrito retoma de Hölderlin a caracterização do homem como *Gespräch*, como um diálogo. A palavra que <<nomeia os deuses>> é sempre resposta ao apelo dos deuses.

Sendo assim, podemos afirmar que o próprio pensar movimenta-se na linguagem, portanto, o homem só fala a partir e na linguagem, e o ser-no-mundo é sempre mediado por ela, responsável pela própria manifestação do ente entre nós.

4.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Pelo que foi apresentado no transcorrer deste trabalho, parece-nos claro que há pouca (nenhuma) disposição política para implementação dos direitos sociais por Administração Pública e, por isso, existe a necessidade premente de uma atuação mais promissora por parte do Poder Judiciário que pode, através da jurisdição constitucional, buscar a implementação desses direitos.

¹⁵¹ LOPARIC, Zeljko. **Heidegger**, p. 30

¹⁵² VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 131-2.

Nunca é demais recordarmos que o atual modelo de Administração Pública que vivenciamos ainda encontra-se calcada no paradigma liberal-individualista-patrimonialista do Estado Liberal e, com isso, sofre, conforme já mencionamos, da chamada baixa constitucionalidade¹⁵³. Daí então, a necessidade de uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário via jurisdição constitucional.

Para ilustrar o modo de ser do modelo de administração pública que há pouco referimos, basta lembrarmos que o atual Governo Federal, eleito com a pecha de “democrático e popular”, não economizou esforços nas suas verbas publicitárias conforme refere o jornalista Fernando Rodrigues¹⁵⁴. Enquanto isso, a regulamentação da Emenda Constitucional n: 29 que define a aplicação orçamentária mínima na área da saúde – União (10%), Estados (12%) e Municípios (15%), paira no Congresso Nacional, a espera da “boa vontade do Governo Federal” que não despende o menor esforço para colocá-la em votação, conforme bem lembrou a Presidente da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul em artigo recente¹⁵⁵.

A justificativa para uma atuação mais efetiva por parte do Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito pode ser encontrada nas palavras de Lênio Streck¹⁵⁶ quando afirma:

A democracia social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes ditatoriais/autoritários, trazem à luz Constituições cujo texto positiva os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa da legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, *confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral*, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram

¹⁵³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito.

¹⁵⁴ RODRIGUES, Fernando. *Blog pessoal*. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em: 24 jun. 2006, refere: “É excelente o debate a respeito do volume de publicidade estatal existente no Brasil. O deputado Alberto Goldman (PSDB-SP) divulgou uma lista com gastos de estatais federais em propaganda. No ano passado, essas empresas torraram R\$ 1,4 bilhão em campanhas publicitárias, segundo dados obtidos pelo tucano. “Isso foge a qualquer critério de razoabilidade”, reagiu o presidenciável do PSDB, Geraldo Alckmin. Fica, porém, uma dúvida sobre a indignação seletiva de Alckmin. Em 2002, FHC fez uma maciça campanha em jornais, revistas, rádios e TVs sobre os oito anos do Plano Real (a propaganda do “oitão”, como ficou conhecida). A brincadeira foi paga por empresas estatais. Nesse caso, pergunta-se: houve “critério de razoabilidade”?

¹⁵⁵ Cfe artigo de CEZAR, Denise Oliveira. “Saúde clama por 100% da CPMF”. In: **Zero-Hora**, Porto Alegre, 23 jun. 2006, p. 25.

¹⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Op. cit.*, p. 40.

tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.

Essa exigência de redefinição do papel do Poder Judiciário frente à não concretização dos direitos sociais por parte da Administração Pública também é motivo para a manifestação de Bolzan de Moraes e André Copetti¹⁵⁷, que afirmam:

A necessidade e urgência de concretização da parcela social do nosso modelo constitucionalizado de Estado Democrático de Direito impõe repensar as nossas necessidades democráticas, o que nos conduz a um compromisso de reconstruirmos, a partir de tipos ideais a serem contextualizados, uma nova concepção de democracia: a social, que ultrapassa o mero formalismo da democracia representativa, e reclama que todo ordenamento jurídico e todos os poderes públicos devem estar voltados à sua realização, a partir, em particular, da unidade do Estado. Algumas parcelas do ordenamento e da estrutura institucional devem contribuir mais do que outras. O Poder Judiciário, como guardião e realizador da Constituição, passa a ter suas atribuições significativamente ampliadas.

Nesta mesma linha, o professor italiano Angel Antonio Cervati¹⁵⁸, da Universidade “*La Sapienza*” de Roma, também professa seu entendimento acerca do papel dos juízes na concretização dos direitos fundamentais, mesmo falando sob o ponto de vista da Constituição italiana:

El mayor peligro puede ser la pérdida de la fuerza normativa de los derechos – cuando cuarenta años de Constitución republicana no han permitido una plena efectividad de los derechos – . Es necesario recurrir a todos los medios que propicien el amparo de los derechos; hay que dotar de competencia a los distintos tipos de Jueces para tutelar efectivamente los derechos; hay que establecer una instancia superior, que arbitre las tensiones asociadas al reconocimiento de derechos no fácilmente concordables. Es evidente la incompatibilidad entre pretensiones derivadas de derechos económicos (piénsese en los derechos de propiedad o de iniciativa privada) y derechos asociados al pleno desarrollo de la persona y a la dignidad humana. No podemos aceptar interpretaciones que devalúan la fuerza normativa de los derechos fundamentales asociados a un Estado pluralista, social y de derecho. La totalidad de intérpretes de la Constitución y en particular los órganos del Estado y demás poderes públicos deben comprometerse con la tutela de los derechos fundamentales.

¹⁵⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo et al. “A jurisprudencialização da Constituição: A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**, p. 327.

¹⁵⁸ CERVATI, Angel Antonio. In: PINA, Antonio Lopez (org). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1991, p. 74.

O fenômeno acima citado também tem se manifestado nas jurisdições constitucionais da Europa, havendo a prevalência de uma Constituição necessitada de permanente atualização por parte do Tribunal Constitucional, bem como o debate sobre a insuficiência dos métodos formais da hermenêutica jurídica para a apreciação das questões atinentes à inconstitucionalidade das leis, como bem refere José de Acosta Sánchez¹⁵⁹ quando expressa que:

en suma, en Europa se ha desarrollado en menos de medio siglo el bisecular fenómeno de la judicialización del Derecho supremo. Junto a las Constituciones, surge un Derecho Constitucional que es material por su modo de creación, forma de operar y teleología garantista, conjunto de normas constitucionales en definitiva, no emanadas de ninguna de las dos únicas fuentes formalmente legitimadas para crearlas, el poder constituyente y el poder de reforma constitucional.

Pelo que foi exposto podemos dizer que, para chegarmos a uma Administração Pública Dirigente e Compromissária, é necessário que tenhamos uma visão substancialista da Constituição, onde o Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, exerce o papel de elemento transformador da realidade na medida em que supre as omissões administrativas que insistem em tratar a administração pública dentro de uma visão metafísica, usando, conforme explicitamos no capítulo anterior, conceitos prontos e acabados – entificados – que traduzem uma pré-compreensão objetivista e formalista, calcada na visão dualista (sujeito-objeto).

De outra parte, é fundamental que haja por parte dos lidadores do direito uma mudança de postura, passando a adotar a matriz hermenêutico-lingüística que então terá de ser compreendida como condição essencial do direito na sua relação com a sociedade. Só assim a solução para a crise se apresentará com um potencial de constante revisão e ajustamento, como bem refere Ernildo Stein¹⁶⁰.

Assim, parece-nos claro que a Constituição deve ser compreendida como modo-de-ser-no-mundo e o Poder Judiciário, frente à omissão da administração pública em implementar os direitos sociais, deve assumir a implementação desses direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

¹⁵⁹ SÁNCHEZ, José Acosta. “Transformaciones de la Constitución em el Siglo XX.” In: **Revista de Estudios Políticos**, n. 100, 1998, p. 62

¹⁶⁰ STEIN, Ernildo. **Aproximações hermenêuticas**.

Para tanto, entendemos que a hermenêutica jurídica possui um papel fundamental, como referencial teórico, na busca de soluções para suprir as omissões da Administração Pública, conforme se depreende das seguintes palavras de Lênio Streck¹⁶¹:

A hermenêutica, entendida como ontologia fundamental, é esse novo modelo de conhecimento fundado pela idéia de ser-no-mundo que nos remete a uma abertura, que é, enquanto ser-em (in Sein), condição de possibilidade de qualquer conhecimento. Isso, expresso pela metáfora da clareira na floresta, é de fundamental importância para a tarefa a que me propus ao desenvolver estas reflexões que se pretendem críticas sobre o Direito e a dogmática jurídica. Dito de um modo mais simples, assim como a clareira é condição de possibilidade para tornar visível a floresta (que a cerca), o sentido comum teórico (habitus dogmaticus, que cerca e encobre o Direito) somente pode ser tornado visível a partir de um discurso que o des-oculte, que o des-cubra e que o denuncie.

Um instituto jurídico importante para possibilitar o *acontecer* dos direitos sociais e que foi instituído pelo constituinte de 1988 foi o mandado de injunção que, por longo tempo, foi redefinido e tornado ineficaz pela visão da dogmática jurídica tradicional, capitaneada pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que entendia não caber ao Poder Judiciário a prerrogativa de, “no caso concreto, na ausência de norma regulamentadora, atribuir o direito ao cidadão impetrante, elaborando a norma *tout court*”, como bem refere Lênio Streck¹⁶².

No entanto, para surpresa da comunidade jurídica brasileira, o mesmo Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no dia 07/06/2006 decidiu que se o Congresso não cumprir seu papel de legislar, o tribunal o fará, quando o direito previsto na Constituição não puder ser exercido por omissão dos parlamentares ou do presidente da República.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal deu um passo importante para a efetiva aplicação do Mandado de Injunção, tal como previsto na Constituição de 1988, mas desprezado até então.

Com o Mandado de Injunção, o Poder Judiciário determina que o Poder Legislativo legisle sobre dispositivos da Constituição que não podem ser aplicados por falta de regulamentação. Até agora, o dispositivo tinha efeito declaratório apenas. Com a nova posição, assume caráter mandamental.

¹⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 285.

¹⁶² Idem, p. 36.

O novo entendimento se manifestou com o voto do Ministro Gilmar Mendes. Para o Ministro, se o Legislativo não cumpre seu papel de regulamentar a lei, cabe ao Supremo interferir e fazer o direito do cidadão valer mesmo assim. No caso em questão, o que se discute é o direito de greve dos servidores públicos. Para o Ministro, se não há lei que regulamente esse direito, devem valer as mesmas regras que se aplicam para os trabalhadores do setor privado.

O passo dado pelo Ministro acompanha o entendimento do Ministro Celso de Mello em matéria similar. Ao julgar quebras de sigilos determinadas por Comissões Parlamentares de Inquéritos, o Ministro concordou com a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo sempre que este comete abusos, dando um novo dimensionamento no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio, até então intocável, da separação de poderes.

No seu voto o Ministro Gilmar Mendes chega mesmo a afirmar:

Este tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do Legislativo, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Poder.

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes contrariou o voto do relator, Ministro Maurício Corrêa, já aposentado. Para este, o Poder Judiciário não pode substituir o legislador. O entendimento do então Ministro Maurício Corrêa, se baseia na posição do Ministro Moreira Alves, também aposentado, considerado o porta-voz do conservadorismo no Supremo Tribunal Federal durante a transição para a democracia.

Desde a instituição do Mandado de Injunção na Constituição de 1988, o Ministro Moreira Alves sempre lutou para adiar e evitar sua aplicação, defendendo que o Judiciário não podia assumir o papel do Legislativo. Sendo assim, o que foi concebido — pelo menos no nome — para ser um mandado foi, durante quase 20 anos, apenas uma solicitação.

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes também se manifesta sobre este ponto quando se refere:

Comungo das preocupações quanto a não assunção pelo tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de 'omissão judicial.

Com o novo posicionamento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes esperamos que haja uma mudança na linha de entendimento do Supremo Tribunal sobre o mandado de injunção. O julgamento no Plenário do Supremo foi suspenso por pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, adiando uma decisão final sobre a matéria. Mas, a aceitação e o reconhecimento ostensivo da tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes indicam que uma nova era está nascendo nas relações entre os três poderes.

O Supremo Tribunal Federal julgou 03 (três) Mandados de Injunção sobre o direito de greve dos servidores. O primeiro foi ajuizado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo sendo relator o Ministro Maurício Corrêa, esta decisão havia sido suspensa por um pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Os outros dois Mandados de Injunção têm como relator o Ministro Eros Grau que, no mesmo dia da leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes - 07/06/2006, também manifestou o mesmo posicionamento.

Um dos Mandados de Injunção foi ajuizado pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba e o outro, pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará.

Outro instituto jurídico importante no jogo institucional entre os poderes e que permite ao Poder Judiciário dar eficácia a instrumentos processuais que não foram devidamente utilizados é a ação declaratória por omissão, prevista no artigo 102, parágrafo segundo, da CF/88 que ainda não foi devidamente aproveitada pelo Supremo Tribunal Federal, que ainda teima em não lançar mão da força executiva da sua sentença.

Não obstante, o mesmo Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo a necessidade da concretização dos direitos sociais e afastando o argumento fácil de “deficiência de caixa” empregado amiudemente pelos administradores públicos nacionais.

O julgamento do RE 411518/SP ilustra bem esta tomada de posição:

Conforme preceitua o artigo 208 inciso, IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.

Da mesma forma, a decisão proferida no julgamento do RE-AgR 463210, também demonstra a disposição de “interferência” do Poder Judiciário quando de trata de educação básica:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido.

É de se referir que existem outras tantas decisões tomadas no mesmo sentido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶³, todas elas envolvendo o direito social à educação básica e mais especificamente a pré-escola.

O que nos causa espécie é que a mesma Corte Suprema que acolhe e determina a concretização do direito à educação básica, dentro de uma visão substancialista do Poder Judiciário, é a mesma que nega peremptoriamente esta visão em um sem número de casos, conforme demonstramos no capítulo 03 deste trabalho.

Neste ponto, é de destacarmos a lição de Bolzan de Moraes e André Copetti¹⁶⁴ que encerra esta discussão sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais:

O atendimento das reivindicações sociais mediante a atuação do Poder Judiciário deve deitar suas bases sobre a consciência jurídica e política que os poderes devem ter para garantir a legitimidade de sua atuação. E ao mesmo tempo em que buscamos a manutenção de uma ordem estabelecida, até mesmo porque nela estão inseridos os direitos sociais constitucionalmente positivados, também não podemos admitir que justificativas formais da atuação dos poderes possam sobrepor-se à efetivação de conteúdos éticos-comunitários, que tenham como objetivo fundamental o estabelecimento de uma sociedade mais justa e solidária.

4.3 O “ABRIR DE UMA CLAREIRA” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA DO ACONTECER DOS DIREITOS SOCIAIS

Pelo que vimos até o momento neste trabalho, fica evidenciado que precisamos “abrir clareiras”, tanto na Administração Pública como no Poder Judiciário, em busca da

¹⁶³ No mesmo sentido: RE 398722/SP, RE 377957/SP, RE 411332, RE 352686/SP, AI 410646AgR, dentre outros.

¹⁶⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo et al. “A jurisprudencialização da Constituição: A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**, p. 343.

concretização dos direitos sociais, o que nos remete, de imediato, a lição de Lênio Streck¹⁶⁵, que, com propriedade, diz:

O substantivo “clareira” vem do verbo “clarear”. O adjetivo “claro” (*licht*) é a mesma palavra que “*leicht*” (leve), lembra-nos Heidegger. Daí que clarear algo significa tornar algo leve, livre e aberto, como, por exemplo, tornar a floresta, em um determinado lugar livre de árvores. A dimensão livre (e leve) que assim surge é a clareira (*die Lichtung*). Em linguagem heideggeriana, a clareira é **o aberto para tudo que se apresenta e ausenta**. É o clarear da clareira que institui a possibilidade de a floresta manifestar-se “como” floresta. E, como muito bem diz Heidegger, “*para além do que é, não longe disso mas anterior a isso existe ainda algo que acontece. No centro dos seres como um todo ocorre um espaço aberto. Há uma clareira, uma iluminação...Este centro aberto é...não rodeado pelo que é...; em vez disso, o próprio centro de iluminação engloba tudo que é...Apenas esta clareira garante e certifica aos seres humanos uma passagem para aqueles entes que não somos nós próprios, e acesso ao ser que nós somos.*”

A clareira é essa região na claridade da qual pode aparecer tudo o que é. A clareira (*Lichtung*) é essa abertura para a claridade essa “região livre”, desbastada, um terreno tornado livre, enfim, **um espaço desbravado**, liberto de suas árvores, que pode, agora, receber e reinviar a luz. A clareira é o espaço que possibilita(rá) olhar em volta. A clareira vem a ser, nesse sentido, a condição de possibilidade da própria floresta.

Estabelecer uma clareira no Direito; des-ocultar (novos) caminhos; descobrir as sendas (perdidas) de há muito encobertas pelo sentido comum teórico dos juristas (modo cotidiano e inautêntico de fazer-interpretar o Direito), que oculta (vela) a possibilidade de o jurista dizer o novo: **é este o objetivo desta obra**, atento ao alerta de que “**na floresta há caminhos que o mais das vezes, invadidos pela vegetação, terminam subitamente no não trilhado**”. Abrir uma clareira é, assim, propiciar a *aletheia* (a não ocultação, **o isto aí que foi arrancado da ocultação**) no campo jurídico.

*Aletheia*¹⁶⁶ (des-velamento) é, assim, a própria eclosão do ente no seu ser, onde o ser, o aparecer, faz sair da ocultação. Enquanto o ente (enquanto tal) é, coloca-se e se mantém no des-velamento, dirá o filósofo. Assim, é de fundamental importância compreender que a clareira só pode ser porque existe a floresta que a circunscreve, que a abriga e oculta todas as coisas em seu seio. Entretanto, e paradoxalmente, a floresta também necessita da luz da clareira **para que todas as coisas do seu interior possam ser iluminadas e ganhar presença**. Por isso, diz Heidegger, “a clareira não é apenas clareira da presença, mas clareira da presença que se oculta”.

A hermenêutica, entendida como ontologia fundamental é esse novo modelo de conhecimento fundado pela idéia do ser-no mundo **que nos remete a uma abertura**, que é, enquanto ser-em (*in sein*), condição de possibilidade de

¹⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 283-4.

¹⁶⁶ A respeito *Aletheia* é importante lembrar a lição de Loparic quando afirma: “*Aletheia*, termo grego comumente traduzido como “verdade”, é interpretado por Heidegger como desocultamento. Portanto, não como propriedade de juízos, mas como acontecer, contrariando um outro acontecer: o do ocultamento. Essa contrariedade não deve ser pensada dialeticamente, como uma oposição conceitual, mas acontecencialmente ou transicionalmente, como um ir e vir que deixa saber, mas que não se sabe ele próprio, que permaneceu desconhecido até mesmo aos pré-socráticos e que pode ainda ser pensado”. LOPARIC, Zeljko. **Heidegger**, p. 38.

qualquer conhecimento. Isso, expresso pela **metáfora da clareira** na floresta¹⁶⁷, é de fundamental importância para a tarefa a que me propus ao desenvolver estas reflexões que se pretendem críticas sobre o Direito e a dogmática jurídica. Dito de um modo mais simples, assim como a clareira é condição de possibilidade para **tornar visível a floresta (que a cerca), o sentido comum teórico (*habitus dogmaticus*, que cerca e encobre o Direito) somente pode ser tornado visível a partir de um discurso que o des-oculte, que o des-cubra e que o denuncie!**

Buscar “abrir clareiras” na Administração Pública e no Poder Judiciário significa desobstruir os caminhos trancados pelo modo de ser liberal-individualista-patrimonialista destes entes, ainda apegados a procedimentos e conceitos prontos e acabados que impedem a passagem de uma melhor compreensão dos direitos sociais. Esses conceitos e procedimentos que analisamos no capítulo anterior – não aplicabilidade dos percentuais constitucionais na área da saúde, princípio da legalidade, separação de poderes, etc. – continuam a impedir o acontecer dos direitos sociais na medida em que enxergam as normas constitucionais dentro de uma concepção entificada, onde o ser é abstraído objetivamente dos entes, como bem refere Ernildo Stein¹⁶⁸.

No entanto, a partir da concepção da nova ontologia do ser de Heidegger, podemos tornar possível a “abertura para a claridade” na Administração Pública e no Poder Judiciário para que ambos possibilitem a concretização dos direitos sociais.

Na ontologia heideggeriana a relação entre ser e ente passa a constituir-se como condição para ultrapassar o esquema sujeito-objeto.

Esta nova concepção passa a ser percebida na obra Carta sobre o Humanismo¹⁶⁹ onde aparece a expressão *erignen*, (acontecer, ocorrer), e que, em escritos posteriores irá originar a expressão *Ereignis*, (acontecimento, apropriação) apresentando-se esta última como fundamental para indicar a relação acima mencionada. Neste texto, pensar é, em última análise, pensar o ser, sendo que o pensar está referido ao ser como o que está referido ao *advento*.

¹⁶⁷ Acerca da “metáfora da clareira” há uma passagem de Hanna Arendt que merece ser mencionada: “Em alemão, a metáfora dos “caminhos florestais” exprime algo muito essencial, não só que, como sugere o termo alemão, a pessoa está engajada num “caminho que não leva a lugar nenhum”, do qual ela não se afasta, mas também que, como o lenhador, cujo assunto é a floresta, segue caminhos que ela mesma desbravou, e esse desbravamento faz parte do ofício tanto quanto a derrubada das árvores”. Cf. ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 224.

¹⁶⁸ STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 93.

¹⁶⁹ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães. 1987, p. 96 e ss.

Considerando esta relação (homem-ser), Heidegger diz que o homem é o primeiro que, aberto ao ser, deixa que este venha a ele com presença e tal chegada à presença necessita de uma abertura de uma clareira. Com efeito, o homem e ser estão entregues reciprocamente, havendo uma relação de co-pertença. Na medida em que o pensamento representativo, objetificador, desconsidera esta co-originariedade. Para Heidegger, é possível ingressar nesta mútua pertença por meio do *salto*, o chamado salto originário que se distanciando do fundamento metafísico salta em direção ao ser – fundamento sem fundo¹⁷⁰ – assumindo o pertencer ao ser.

O âmbito no qual homem e ser acontecem vai ser designado por *Ereignis* (acontecimento-apropriação), isto é, o que permite conceber a relação entre o homem e o ser como apropriação recíproca, na medida em que, conforme já referimos, o homem está ligado ao ser e este está ligado ao homem, aparecendo o ser como evento, o que levou Heidegger¹⁷¹ a referir que:

o acontecimento-apropriação é o âmbito dinâmico em que o homem e ser atingem unidos sua essência, conquistam seu historial, enquanto perdem aquelas determinações que lhes emprestou a metafísica.

Sendo assim, o *Ereignis*, possibilita a problematização daquilo sobre o qual o pensamento metafísico deixa de refletir, as aberturas históricas nas quais o ser se dá, o que nos leva a afirmar, com Vattimmo¹⁷² que:

Nos termos da época da metafísica, o ser só pode pensar-se como aquilo que se apropria do homem, remetendo-se a ele. Esta é uma tese que resume toda a trajetória efectuada por Heidegger desde *Ser e Tempo* até *Nietzsche e Carta sobre o Humanismo*. O que agora é acentuado, de maneira nova, com o termo *Uebereignen* é o facto de que não só o homem nunca existe sem o ser, mas também o ser nunca existe sem o homem.

Transferindo esta problemática para o âmbito de nosso trabalho, podemos dizer que *Ereignis* (acontecimento-apropriação) permite conceber ontologicamente a relação entre o intérprete e o ser da Constituição, assumindo especial relevância a jurisdição constitucional como *locos* privilegiado para este acontecer, na medida em que, um dos elementos

¹⁷⁰ Sobre estes conceitos: fundamento sem fundo, salto originário e outros da mesma cepa heideggeriana, consultar STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

¹⁷¹ HEIDEGGER, Martin. **O princípio da identidade**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 185.

¹⁷² VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**, p. 116.

determinantes do velamento do ser do ente direito social é fruto da objetificação predominante no pensar da Constituição pela dogmática jurídico-administrativa.

De qualquer maneira, é plenamente possível nos lançarmos no pensamento capaz de ultrapassar esta visão metafísica¹⁷³, no qual o labor da jurisdição constitucional com relação ao conjunto de limites e prerrogativas da Administração Pública se assume mais aberto e dialógico. No Brasil, conforme já referimos no item anterior, o Poder Judiciário pode mostrar-se como uma das instâncias possibilitadoras do *Ereignis* dos direitos sociais, como destaca Lênio Streck¹⁷⁴, quando afirma que:

Para essa (difícil e urgente) tarefa de des-ocultação, há de se buscar o acontecimento em que já sempre estamos apropriados (*Ereignen*) do Direito, conduzindo o discurso jurídico ao próprio Direito, **tornando-o visível!** Numa palavra: ***deixar e fazer ver o fenômeno do Direito: é esta a empreitada hermenêutica***, uma vez que, conforme Heidegger, o conceito de fenômeno implica sempre um duplo sentido: **o que de si não se manifesta é condição de possibilidade do que aparece e pode-ser-levado a mostrar-se.**

À evidência, a tarefa hermenêutica de tornar visível o próprio Direito pressupõe a possibilidade de (re)significá-lo, de dizê-lo. O ente *Direito* só é/será possível se existir o *ser*. É aí que a hermenêutica aqui proposta pretende construir condições (caminhos) para o *abrir-da-clareira*: é por ela que será possível levar o **ser desse ente a se manifestar como fenômeno**, sendo o *Dasein*¹⁷⁵ (ser-aí) o ser do ente (homem) que compreende esse ser, e onde o aí (Da) é o lugar em que o ser (*Sein*) **se mostra**, mas ao mesmo tempo tende (inexoravelmente) a ocultar-se **o que nos deve levar ao** (inquietante) **trabalho de des-ocultá-lo.**

A abertura dessa clareira no Direito tem como condição de possibilidade a **suspensão dos pré-juízos** (pré-compreensão dos juristas), isto porque, no campo jurídico, **esses pré-juízos estabelecem o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito**, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito). Nesse sentido, é preciso denunciar a dogmática jurídica, entendida a partir do sentido comum teórico, **é metafísica, porque o esquecimento** do ser do Direito.

¹⁷³ Neste ponto é preciso destacar a visão de VATTIMO a respeito do perigo da substituição da metafísica por um conceito mais “adequado” de ser, o que representaria um retorno ao erro metafísico. Assim VATTIMO afirma: “A relação com o ser é muito mais radical e profundamente constitutiva do próprio estar-aí do homem; a tal ponto que a superação da metafísica não se pode tratar de encontrar um novo conceito de ser, mas antes buscar-se primordialmente um novo modo de exercitar o próprio pensamento, pensamento que não se considera já, perante o ser, como elaboração de conceitos adequados, a saber, como verdadeiros no sentido de <<conformidade>> com o <<dado>>.”

¹⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 285.

¹⁷⁵ A expressão *Dasein* é freqüentemente traduzida por “pre-sença”, como é o caso da versão produzida no Brasil para Ser e Tempo ou mesmo existência como afirma Emanuel Carneiro Leão nas notas explicativas de Ser e Tempo, Petrópolis, Vozes, 2005, p. 309, onde esclarece: “pre-sença não é sinônimo de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade. É na pré-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história et. (Cf. HEIDEGGER, Martin. Entrevista concedida ao *Der Spiegel*. **Revista Tempo Brasileiro**, n. 50, jul.-set. 1977)”.

Como se vê, o “abrir clareiras” na Administração Pública e no Poder Judiciário rumo ao *acontecer* dos direitos sociais, exige sempre um contínuo processo de velamento/desvelamento, sendo este processo usado no sentido empregado pelo filósofo da floresta negra quando este escreve¹⁷⁶:

O velamento recusa o desvelamento à *alétheia*. Nem o admite até como *stéresis* (privação), mas conserva para a *alétheia* o que lhe é mais próprio, como propriedade. O velamento é, então pensado a partir da verdade como desvelamento, o não desvelamento e, desta maneira, a mais própria e mais autêntica não-verdade pertence à essência da verdade.

Assim, o caminho a ser traçado em busca do acontecer de uma administração pública dirigente e compromissária, que possa suprir as omissões causadas pelo *sentido comum teórico* dos entes administrativos no que tange à implementação dos direitos sociais, passa pela filosofia hermenêutica (fenomenologia) permeada por conceitos elaborados na viragem lingüística, quando a linguagem deixa de ser um terceiro e passa a integrar o sujeito, sendo um dos senderos que podem criar condições de possibilidade para este *desvelamento*.

¹⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. **Sobre a Essência da Verdade**. São Paulo: Abril Cultural. 1979. (Coleção Os Pensadores), p. 141.

CONCLUSÃO

Como forma de conclusão desta dissertação, podemos dizer que existe uma crise permeando a Administração Pública. Esta crise não vem de agora, ela reflete as transformações atravessadas ao longo do tempo e está representada pela mudança de paradigma porque atravessa a modernidade e que se reflete, logicamente, no Estado e na sociedade.

A Administração Pública, tal como hoje a concebemos, consolidou sua forma de “instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo¹⁷⁷”, a partir da Revolução Francesa e foi experimentando as transformações advindas dos modelos de Estado a que era submetida e respondendo com seus modelos às transformações propostas por cada tipo de Estado. Assim, quando surgiu o Estado Liberal na sua forma clássica, a Administração Pública experimentou o modelo patrimonialista para responder aos desejos da sociedade. Mais além, quando o Estado Liberal exauriu suas formas de soluções para os problemas da sociedade, surgiu o Estado Social, o que exigiu um novo modelo de Administração Pública que foi encontrado na forma burocrática de instrumentalizar a administração e suprir os anseios cada vez mais frequentes da sociedade que exigia mais e melhores serviços por parte dos administradores. Atualmente, temos o modelo de Estado Democrático de Direito. No entanto, esse modelo de Administração Pública, ainda está calcado no paradigma liberal-individualista-patrimonialista do Estado Liberal e com isso não consegue responder adequadamente aos pleitos da sociedade.

¹⁷⁷ Segundo clássica lição de MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 61

Um desses anseios da sociedade é a implementação dos Direitos Sociais, que encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988 mas não conseguem atingir sua plena concretização.

O motivo de a Administração Pública não conseguir dar respostas para questões como a concretização dos Direitos Sociais é justamente porque ela ainda se encontra refém do paradigma racionalista e, por isso, não consegue enxergar o *novum* representado pela Constituição Federal na sua forma dirigente e compromissária, conforme procuramos demonstrar no transcurso desta dissertação. É preciso que se diga que esta incapacidade de concretizar os Direitos Sociais não é uma particularidade da Administração Pública, mas, também, do Poder Judiciário que não consegue se dar conta que habita um novo tipo de Estado instituído pela Constituição, que é o Estado Democrático de Direito, e que, dentro deste novo modelo estatal, possui papel transformador, ordenador e instituidor das transformações sociais. E não se diga que é por falta de instrumentos adequados, porque até mesmo com isso o constituinte de 1988 se preocupou, ao dotar a Constituição de instrumentos capazes de impor transformações, como o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Instrumentos jurídicos que, felizmente, começam a ser verdadeiramente implementados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como é o caso do mandado de injunção.

Por isso, procuramos apontar que é necessário “abrir clareiras” rumo ao *acontecer* de uma Administração Pública dirigente e compromissária, verdadeiramente comprometida com a concretização dos direitos sociais. Este novo modelo administrativo deve se valer de uma Teoria da Administração Pública Adequada aos Países de Modernidade Tardia e ter como grande desafio construir as novas sendas sem cair na tentação metafísica da objetificação.

É claro que temos pleno entendimento que a simples troca de modelo administrativo ou mesmo a existência de normas constitucionais relativas aos direitos sociais não são suficientes para resolver a questão do papel da Administração Pública e do Poder Judiciário na implementação desses direitos fundamentais. Aliás, vale lembrar que a “Constituição cidadã” está por atingir sua maioria – 18 anos – de existência e mesmo assim os direitos sociais continuam a ser vistos como mera “carta de intenções”. Mas, mesmo correndo o risco de passarmos uma mensagem de ingenuidade, pensamos ser possível tentar alguma forma de mudança paradigmática através da fenomenologia hermenêutica, pois é inaceitável que num país de soluções precárias em matéria de assistência social, existam direitos fundamentais

sociais que são tratados como meras “normas programáticas” à espera de um eterno “salvador da pátria” que venha a implementá-los.

Por isso, entendemos que é primordial que ocorra a superação da filosofia da consciência, rompendo-se com os paradigmas metafísicos. Os administradores públicos e os operadores do direito devem, ao nosso ver, adotar uma postura de diálogo com a tradição democrática, a fim de que venham a ser desveladas novas possibilidades para que ocorra a concretização dos direitos sociais.

Para tanto, é necessária a superação da linguagem tradicional, marcadamente metafísica, uma vez que, tanto os entes administrativos quanto os jurídicos, não podem buscar construir uma nova forma de relação entre a Administração Pública e os Direitos Sociais fora do mundo da linguagem, pois o homem só é homem enquanto ser no mundo. Sendo assim, o homem desde sempre está num mundo significado hermeneuticamente, não sendo possível falar em significados *a priori*, sob pena de esquecermos a diferença ontológica entre ser e ente. A superação da linguagem tradicional por uma linguagem constitucionalizante é que poderá possibilitar a superação deste modo de ser inautêntico das práticas metafísicas do administrador e do operador do direito.

Não obstante, a compreensão faz com que possamos vislumbrar que não se chega aos objetos apenas, mas sim sob determinado ponto de vista, ou seja, chegamos ao algo como algo, e o acesso aos direitos sociais se dá com uma pré-compreensão e um problema a partir do qual são lançadas diversas interrogações.

Sendo assim, a compreensão do modo de ser da Administração Pública em relação aos direitos sociais não pode fugir do como se situa o *Dasein*.

O trabalho de interpretação começa sempre com conceitos prévios, porque interpretar é compreender e compreender é interpretar. Com isto, o agente administrativo ou o operador do direito, que quiser compreender um texto ou uma norma sobre os direitos sociais, deve realizar uma atividade de projetar sentidos lingüísticos, tomando a linguagem como condição de possibilidade para o acontecer desses direitos.

Não podemos esquecer que a compreensão de um texto exige sempre um projeto, e este projeto sempre está sujeito a uma revisão como resultado de um aprofundamento de sentido. No caso da compreensão dos direitos sociais o aplicador ou intérprete deve ter

presente que não deve simplesmente confirmar suas pré-compreensões, mas colocá-las em uma relação crítica com as possibilidades que contém o texto¹⁷⁸.

Por fim, resta dizer mais uma vez que, com o advento da Constituição de 1988, com seu viés dirigente e compromissário, e que trouxe consigo a noção de Estado Democrático de Direito, houve uma radical transformação nos ordenamentos políticos e jurídicos que continuam a proteger os direitos individuais, mas, também, devem ter cuidado com a proteção dos direitos sociais, erigidos, pela nova carta, à categoria de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Com isto, os administradores e os lidadores do direito devem se preocupar em proteger também os interesses representados pelos Direitos Sociais, na medida em que estes representam uma forma de justo equilíbrio na produção e distribuição de riquezas, bem como, uma forma de reinserção social das classes menos favorecidas.

Por isso advogamos a causa de “abrir clareiras” na Administração Pública e no Poder Judiciário rumo ao *acontecer* dos direitos sociais. Dessa maneira podemos desobstruir os caminhos trancados pelo modo de ser liberal-individualista-patrimonialista destes entes, ainda apegados a procedimentos e conceitos prontos e acabados que impedem a passagem da luz que representa os direitos sociais para a sociedade brasileira.

¹⁷⁸ Para melhor entendimento, vale referir a lição de D’AGOSTINI que diz: compreendo sempre qualquer coisa que já conheço ou me é familiar; no ato em que formulo uma pergunta; prevejo qual poderá ser a resposta; no colóquio, já sei em grandes linhas aquilo que meu interlocutor poderá dizer-me. Não é isto talvez um paradoxo ou um erro (aquilo que a teoria da argumentação chama de *petitio principii*)? Segundo o ponto de vista hermenêutico, não: há uma *circularidade* natural do compreender, um proceder necessário do já compreendido ao compreendido, e vice-versa. Por exemplo (ver Heidegger, “L’origine dell’opera d’arte, in *Sentieri interrotti*, op. cit.: se eu me pergunto que coisa é uma obra de arte, importa-me, para responder, saber que coisa é a arte, mas como posso saber que coisa é a arte se não conheço suas obras? Essa circularidade, que, segundo a visão clássica do conhecimento (e segundo a própria lógica clássica), é somente um *limite* para o pensamento, na ótica da hermenêutica é uma oportunidade positiva (neste círculo, escreve Heidegger, “está toda a festa do pensamento, e sua força”): é o mesmo mecanismo pelo qual num texto conhecemos uma parte, quando temos uma visão do inteiro, e captamos o inteiro a partir do conhecimento das suas partes. Interpretar significa mover-se nessa circularidade, referindo o conhecimento das partes à compreensão do todo e vice-versa, referindo à nossa pré-compreensão das coisas a experiência efetiva e mensurando os limites da nossa pré-compreensão. D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002, p. 400.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubem; FRANCO, Denize; LOPES, Oscar. **História das Sociedades**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1989.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. “Dilemas da Concretização da Constituição de 1988.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

_____. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 1992.

CALERA, Nicolás María López. **Yo, el Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 2005.

CERVATI, Angel Antonio. In: PINA, Antonio Lopez (org). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1991.

CEZAR, Denise Oliveira. “Saúde clama por 100% da CPMF”. In: **Zero-Hora**, Porto Alegre, 23 jun. 2006, p. 25.

COPETTI, André Leonardo. “Por uma (neo) filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito Brasileiro,” In: (Neo) Constitucionalismo, ontem, os códigos, hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Revolucion Francesa y Administracion Contemporânea**. Madrid: Civitas, 1991.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1991.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GIANNINI, Máximo Severo. **Premisas Sociológicas e Historicas del Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUEDES, Néviton. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães. 1987.

_____. Entrevista concedida ao *Der Spiegel*. **Revista Tempo Brasileiro**, n. 50, jul.-set. 1977.

_____. **Introducción a la filosofía**. Madrid: Ediciones Catedra, 1999.

_____. **O princípio da identidade**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **Ser e Tempo**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Sobre a Essência da Verdade**. São Paulo: Abril Cultural. 1979. (Coleção Os Pensadores)

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

_____. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

_____. In: BARRETTO, Vicente (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOPARIC, Zeljko. **Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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

MERQUIOR, José Guilherme. **A natureza do processo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; COPETTI, André Leonardo et al. “A jurisprudencialização da Constituição: A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OHLWEILER, Leonel Pires. “Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica.” In: **Em Busca dos Direitos Perdidos: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

_____. “Teoria *versus* Prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do direito administrativo).” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 3, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática**. São Paulo: Loyola, 1996.

PEREIRA e SILVA, Reinaldo. **O mercado de trabalho humano**. São Paulo: LTr, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v 1, n. 4, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

RODRIGUES, Fernando. *Blog pessoal*. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em: 24 jun. 2006.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

SÁNCHEZ, José Acosta. “Transformaciones de la Constitución em el Siglo XX.” In: **Revista de Estudios Políticos**, n. 100, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, António Francisco de. **Fundamentos Históricos de Direito Administrativo**. Lisboa: Almedina, 1995.

STEIN, Ernildo. **Aproximações hermenêuticas**. Porto Alegre: EdPUCRS, 1996.

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. **Exercícios de fenomenologia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

_____. **História e Ideologia**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1999.

_____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdPUCRS: 2002.

_____. **Pensar é Pensar a Diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002.

_____. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. “A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia.” In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, ABDConst, n. 2, 2002.

_____. “O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era do direitos.” In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. In: BARRETTO, Vicente (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2006.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

OBRAS CONSULTADAS

AQUINO, Rubem; FRANCO, Denize; LOPES, Oscar. **História das Sociedades**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1989.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BARRETTO, Vicente Paulo. “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. “Dilemas da Concretização da Constituição de 1988.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

_____. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALERA, Nicolás María López. **Yo, el Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 2005.

CERVATI, Angel Antonio. In: PINA, Antonio Lopez (org). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1991.

CEZAR, Denise Oliveira. “Saúde clama por 100% da CPMF”. In: **Zero-Hora**, Porto Alegre, 23 jun. 2006, p. 25.

COPETTI, André Leonardo. “Por uma (neo) filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito Brasileiro,” In: (Neo) Constitucionalismo, ontem, os códigos, hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Revolucion Francesa y Administracion Contemporânea**. Madrid: Civitas, 1991.

FARIA, José Eduardo (org). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FURTADO, Celso. **Brasil**: A construção interrompida. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

_____. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1991.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. **Verdade e Método**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GIANNINI, Máximo Severo. **Premisas Sociológicas e Historicas del Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUEDES, Néviton. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães. 1987.

_____. Entrevista concedida ao *Der Spiegel*. **Revista Tempo Brasileiro**, n. 50, jul.-set. 1977.

_____. **Introducción a la filosofía**. Madrid: Ediciones Catedra, 1999.

_____. **O princípio da identidade**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **Ser e Tempo**. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Sobre a Essência da Verdade**. São Paulo: Abril Cultural. 1979. (Coleção Os Pensadores)

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

_____. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

_____. In: BARRETTO, Vicente (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOPARIC, Zeljko. **Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz. **La Agonía del Estado**. Madrid; Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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

MERQUIOR, José Guilherme. **A natureza do processo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____; COPETTI, André Leonardo et al. “A jurisprudencialização da Constituição: A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OHLWEILER, Leonel Pires. “Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica.” In: **Em Busca dos Direitos Perdidos: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

_____. “O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo.” In: **(Neo) Constitucionalismo, Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. “Teoria *versus* Prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do direito administrativo).” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 3, 2005.

_____. **Direito Administrativo em Perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática**. São Paulo: Loyola, 1996.

PEREIRA e SILVA, Reinaldo. **O mercado de trabalho humano**. São Paulo: LTr, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v 1, n. 4, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

RODRIGUES, Fernando. *Blog pessoal*. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em: 24 jun. 2006.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

SÁNCHEZ, José Acosta. “Transformaciones de la Constitución em el Siglo XX.” In: **Revista de Estudios Políticos**, n. 100, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.” In: **(Neo) Constitucionalismo, Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira.” In: **Em Busca dos Direitos Perdidos: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo. Cultrix: 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, António Francisco de. **Fundamentos Históricos de Direito Administrativo**. Lisboa: Almedina, 1995.

STEIN, Ernildo. **Aproximações hermenêuticas**. Porto Alegre: EdPUCRS, 1996.

_____. **Compreensão e finitude**. Ijuí: Unijuí, 2002.

_____. **Diferença e metafísica**. Porto Alegre: EdPUCRS, 2002.

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. **Exercícios de fenomenologia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

_____. **História e Ideologia**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1999.

_____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdPUCRS: 2002.

_____. **Pensar é Pensar a Diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002.

_____. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. “A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia.” In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, ABDConst, n. 2, 2002.

_____. “O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era do direitos.” In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. In: BARRETTO, Vicente (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2006.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ANEXO A

O voto do Ministro Celso de Mello foi proferido na seguinte forma:

ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível"
(Transcrições) ADPF 45 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA:
ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO
DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO
PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS,
QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.
DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER
RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.
CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL".
NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA
INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO
"MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES
POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO:
Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que,
emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente
renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003
(LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de
2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II
do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das
dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços
da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de
Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o
veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000,
que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e
serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que
por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo
após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso
Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua
integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma

norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59..... § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a

dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - 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, eis que, 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." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de

cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou

qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e

Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na

Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em conseqüência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator * decisão pendente de publicação

ANEXO B

O voto revelador do Ministro Gilmar Mendes foi proferido na seguinte forma:

MANDADO DE INJUNÇÃO 670-9

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

Trata-se de Mandado de Injunção no qual o impetrante postula o reconhecimento do direito de greve.

O Ministro Maurício Corrêa fixou no seu voto a seguinte orientação:

1. “A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o julgamento do mandado de injunção tem como finalidade verificar se há mora, ou não, da autoridade ou do Poder de que depende a elaboração de lei regulamentadora do Texto Constitucional, cuja lacuna torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas asseguradas pela Carta Federal.
2. Ocorre que não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito da competência prevista na Constituição. Também não lhe é facultado fixar prazo para que o Congresso Nacional aprove a respectiva proposição legislativa, nem anular sentença judicial, convalidando o mandado de injunção em tipo de recurso não previsto na legislação processual.
3. Quanto ao pedido formulado após a manifestação do Ministério Público Federal, para que seja reconhecida a eficácia da Lei Estadual 7311/02, anoto que não é possível atendê-lo, quer pela impropriedade do meio utilizado, quer pela vedação processual de se modificar a inicial depois de a autoridade coatora ter se pronunciado (CPC, artigo 264 - aplicação subsidiária).
4. Relativamente à lacuna da norma regulamentadora do dispositivo constitucional em questão, assinalo que pedido idêntico já foi apreciado por esta Corte, a qual reconheceu a ‘mora do Congresso Nacional quanto à elaboração da Lei Complementar a que se refere o art. 37, VII, da Constituição. Comunicação ao

Congresso Nacional e ao Presidente da República' (MI 438-GO, Néri da Silveira, DJ 16/06/95). No mesmo sentido, o MI 485-MT, de que fui relator, DJ 23/08/02.

Ante tais circunstâncias, conheço, em parte, do mandado de injunção, apenas para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da norma regulamentadora do artigo 37, VII, da Carta da República, devendo, quanto a este fato, ser oficiado ao órgão impetrado.”

O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro

Pedi vista dos autos para apreciar a questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e a evolução da interpretação que este Supremo Tribunal Federal lhe tem conferido.

Na sede do direito comparado, cabe salientar que, se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, comportam discussão sobre a existência ou não de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assinale-se que a Constituição de 1988 abriu possibilidades para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada "omissão do legislador". O art. 5º, LXXI, da Constituição, previu expressamente a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão.

Desse modo, reconhecida a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro de um prazo de 30 dias.

Deve-se admitir, portanto, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial, contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional deve ocorrer em duas etapas (Zweiaktverfahren).

Tecidas essas breves considerações, passemos à análise da jurisprudência desta Suprema Corte quanto ao writ of mandamus.

O Mandado de Injunção na jurisprudência do STF.

O Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem no Mandado de Injunção no 107-DF (Rel. Min. Moreira Alves), manifestou o seguinte entendimento:

E M E N T A: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5o, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator. (MI no 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21.09.1990)

Após esse leading case, todavia, esta Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção no 283 (DJ de 14.11.1991), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. Explicita a ementa do acórdão:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º - 'Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição' - vencido o prazo nela previsto, legítima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;

b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;

c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.11.1991)

No Mandado de Injunção no 232-RJ, da relatoria do Ministro Moreira Alves (DJ de 27.03.1992), o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a Lei referida no art. 195, § 7o, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Consta da ementa desse julgado:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7o. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7o, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (MI no 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.03.1992)

Ainda com essa mesma orientação, registre-se a ementa do acórdão proferido no Mandado de Injunção no 284, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão Ministro Celso de Mello (DJ de 26.06.1992):

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8º, (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIAO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' - 'WRIT' DEFERIDO.

- O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado 'ad causam', na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é

imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.

- No caso, 'ex vi' do § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo, reclamado pela norma constitucional transitória.

- Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo 'perigoso fascínio do absoluto' (Pe. JOSEPH COMBLIN, 'A Ideologia da Segurança Nacional - O Poder Militar na América Latina', p. 225, 3ª ed., 1980; trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em 'práxis' governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ('O Futuro da Democracia', 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como 'um modelo ideal do governo público em público'.

- O novo 'writ' constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções

político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

- Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.” (MI no 284, Rel. Min. Marco Aurelio, Red. para o acórdão Ministro Celso de Mello DJ de 26.06.1992)

Percebe-se, assim, que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada.

O Mandado de Injunção e o direito de greve na jurisprudência do STF.

Na espécie, discute-se o direito de greve dos servidores públicos civis.

Nesse particular, deve-se observar que, diferentemente das relativizações realizadas quanto ao decidido no Mandado de Injunção no 107-DF (DJ de 02.08.1991), nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, esta Corte ficou adstrita tão-somente à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica.

Como casos exemplificativos desse entendimento, enuncio os seguintes julgados:

1) Mandado de Injunção no 20-DF (Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996)-
EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA

PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (MI no 20-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.1996)

2) Mandado de Injunção no 485-MT (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 23.08.2002) – EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE

DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa. (MI no 485-MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 23.08.2002)

3) Mandado de Injunção no 585-TO (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002) – EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão. (MI no 585-TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002)

Conforme exposto, este Tribunal, nas diversas oportunidades em que se manifestou sobre a matéria, tem reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação.

Nessas ocasiões, entretanto, o Ministro Carlos Velloso destacava a necessidade de que, em hipóteses como a dos autos, se aplicasse, provisoriamente, aos servidores públicos a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral.

Registre-se, a propósito, trecho de seu voto no MI no 631-MS (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002):

Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve. (MI no 631-MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002)

Vê-se, assim, que, observados os parâmetros constitucionais quanto à atuação da Corte como eventual legislador positivo, o Ministro Carlos Velloso entendia ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado.

Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso, creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII).

Entretanto, avento essa possibilidade por fundamentos diversos, os quais passarei a desenvolver em breve exposição sobre o direito de greve no Brasil e no direito comparado.

O direito de greve dos servidores públicos no Caso de São Paulo.

O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou o caráter complementar da Lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam ao estado de omissão ou de inércia legislativa.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à greve dos servidores do judiciário do Estado de São Paulo e à greve dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.

Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece impelir uma intervenção mais decisiva desta Corte.

Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à matéria, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.

A esse respeito, em apêndice ao meu voto, elaborei documento comparativo da Lei no 7.783/1989 e o texto do Projeto de Lei no 6032/2002 (que “Disciplina o exercício do direito de greve dos servidores públicos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e a dos Municípios, previsto no art. 37, inciso VII da Constituição Federal e dá outras providências).

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar a bel prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento

legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

Uma boa síntese dessa questão no direito comparado é trazida por Rui Medeiros:

Qualquer referência ao Direito Comparado neste domínio não pode perder de vista que as diferentes concepções defendidas, mesmo quando apresentadas como solução para um problema identificado sob o mesmo *nomen iuris*, têm, por vezes, subjacentes diferentes modos de delimitação do próprio fenómeno em apreciação. Seja como for, feita a advertência, é possível verificar que os direitos italiano, alemão e austríaco apresentam três modos diferentes de solucionar o problema das sanções aplicáveis às leis que conferem direitos em violação do princípio da igualdade. As especificidades não residem, propriamente, na resposta à questão da admissibilidade, com carácter mais ou menos excepcional, das decisões modificativas, pois, em qualquer dos países, não se exclui liminarmente uma tal solução. O mesmo se passa, aliás, em Espanha, em França e nos Estados Unidos. As divergências situam-se a outro nível.

[Esclarece Rui Medeiros que] A diferença entre a lição alemã e o ensinamento italiano prende-se, antes de mais, com a delimitação dos casos em que são constitucionalmente admissíveis as decisões modificativas. Na verdade, além de o Bundesverfassungsgericht, ao contrário da Corte Costituzionale, rejeitar decisões modificativas quando a discriminação resulta do silêncio da lei, o Tribunal Constitucional italiano admite mais facilmente do que o Tribunal Constitucional Federal alemão a existência de valores constitucionais que postulem a modificação da lei. Mesmo um Autor, como VEZIO CRISAFULLI, que não se cansa de sublinhar que a legislação positiva criada pela Corte Costituzionale é uma legislação a rime obbligate [isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria], alude ao contraste entre a solução italiana e a solução alemã: o Bundesverfassungsgericht alemão, perante uma violação do princípio da igualdade resultante de um tratamento de favor concedido apenas a algumas das pessoas que se encontram num plano essencialmente igual, lança geralmente mão da simples declaração de incompatibilidade, pois entende que o poder legislativo dispõe de várias possibilidades de eliminação do vício e, entre outras opções, tanto pode estender a norma de favor aos até aí excluídos, como revogá-la para todos; pelo contrário, em situações deste género, a Corte italiana adopta uma sentença manipulativa, anulando a disposição nella parte in cui (ainda que implicitamente) exclui do benefício a categoria preterida, estendendo assim o tratamento mais favorável. (MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade, p. 461)

A propósito do papel das Cortes Constitucionais, anota Rui Medeiros:

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: <<a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um indirizzo político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as teses que pretendiam arrumar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais>> e o esbatimento, claro em Itália, dos limites à admissibilidade de decisões modificativas. (MEDEIROS, Rui. A decisão de Inconstitucionalidade, p. 493-4)

Esclarece ainda Rui Medeiros:

As considerações anteriores apontam no sentido da inadmissibilidade das decisões modificativas. Mas isso não significa que não possa haver excepções. Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juizes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa ex nihil, verificando-se tão-somente a extração de um quid iuris já presente – de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador – no ordenamento. Nesta perspectiva, o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que << não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador>>. <<O quid iuris adiectum, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (verba legis), está já presente, e in modo obbligante, no próprio sistema>>.

[Destaca Rui Medeiros que] Dois critérios são normalmente trazidos à colação para fundamentar este entendimento: o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória. O campo de aplicação das decisões modificativas restringe-se, nesta perspectiva, aos domínios em que a liberdade de conformação do legislador se reduz quase ao zero ou em que se pode afirmar que o legislador, caso tivesse previsto a inconstitucionalidade, teria alargado o âmbito de aplicação da lei. É certo que numerosos autores se socorrem ainda de um princípio geral de tratamento mais favorável. Mas, uma vez que um tal princípio se funda em normas ou princípios constitucionais (v.g. no princípio do Estado Social, no princípio da igualdade, na proibição de retrocesso social), o apelo ao princípio geral de tratamento mais favorável constitui no fundo uma simples modalidade do segundo critério referido. (MEDEIROS, Rui. A decisão de Inconstitucionalidade, p. 501)

Por fim, Rui Medeiros assevera que:

- É freqüente a aceitação das decisões modificativas nos casos em que o Tribunal completa um regime basicamente escolhido pelo legislador e de um modo que em princípio o legislador não desdenharia. Diz-se, para o efeito, que não há, aí, substituição da vontade ou da opção do legislador por outras substancialmente diversas. (p. 502)

- A admissibilidade das decisões modificativas impõe-se segundo outro critério, quando a modificação da lei operada pelo Tribunal Constitucional incorpora unicamente uma <<solução constitucionalmente obrigatória>>, pois nestes casos, o Tribunal Constitucional não exerce manifestamente uma função substancialmente criativa ex nihil. (p. 504)

Na espécie, revela-se evidente que, diante desse quadro de preocupante mora legislativa, não existe para o legislador alternativa quanto a decidir pela regulação ou não do tema.

É inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, caput c/c art. 37, VII), de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, §1º), de outro.

Tem-se, pois, a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.

A partir da experiência do direito alemão e das sentenças aditivas no direito italiano, denota-se que estamos diante de hipótese em que a omissão constitucional deve ser interpretada sob outro viés. Ou seja, é pertinente enfatizar que até mesmo a atuação omissiva

do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV).

Nesse particular, no âmbito da jurisprudência italiana das sentenças manipulativas, vale destacar o seguinte pensamento de Augusto Martín de La Vega:

Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera, es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes en el caso italiano: la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y ‘avocada’ a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia del Parlamento para dar una respuesta en el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional. (LA VEGA, Augusto Martín. La sentencia constitucional en Italia, p. 229-30)

A meu ver, tais condicionamentos político-institucionais permitem uma aproximação ao caso brasileiro da omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos.

O que se propõe, portanto, é uma mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.

Nos dizeres de Joaquín Brage Camazano:

La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de ‘legislador negativo’. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico ‘arsenal’ sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple ‘constitucionalidad / inconstitucionalidad’, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, ‘la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección’ de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, ‘certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo. [CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación Constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípica”)]

É certo, igualmente, que a solução alvitrada por essa posição não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

Nestes termos, considerada a omissão legislativa alegada na espécie, voto pelo conhecimento do Mandado de Injunção.

No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratarem de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/1989.

Creio que essa ressalva na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”.

Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, idêntica conformação legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem “em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (Lei nº 7.783/1989, Parágrafo único, art. 11).