

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO OBJETIVO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

HUMAN DIGNITY AS AN OBJECTIVE OF ADMINISTRATIVE ACTIVITY

Eliana Franco Neme¹
Marcos de Lima Porta²

Submissão em 04/05/2021
Aceite em 25/07/2024

RESUMO

A evolução do constitucionalismo brasileiro lançou seus efeitos para toda a teoria administrativa, a compreensão da Constituição como um sistema de princípios e regras evidencia que o papel do administrador ao dar cumprimento aos comandos constitucionais deve necessariamente levar em consideração os objetivos e princípios do texto maior. O regime de incertezas que vigorou durante o período de exceção disciplinado pela Constituição de 1967 e com a Emenda de 1969 foi deixado para o passado juntamente com o texto constitucional antecedente. A Constituição de 1988 trouxe um pensamento bem distinto de sua antecessora, e a ideia de uma vida digna para todos os brasileiros, desde logo inserida como princípio da república, se fez acompanhar de uma mudança de paradigma em relação à importância. O Supremo Tribunal Federal como interprete final da Constituição já reconhece que para a concretização dos anseios do constituinte é necessário que se compreenda que a única interpretação possível para as atividades do Estado, e especificamente como objeto deste trabalho, para a atividade administrativa do Estado, é aquela que consagra a sistemática constitucional de efetivação dos direitos humanos fundamentais, estabelecidos como princípios, elencados exaustivamente no texto, e percebidos por meio dos tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Dignidade da Pessoa Humana. Administração Pública. Atividade administrativa.

ABSTRACT

The evolution of Brazilian constitutionalism has had its effects on the entire administrative theory, the understanding of the Constitution as a system of principles and rules shows that the role of the administrator in complying with constitutional commands must necessarily take into account the objectives and principles of the larger text. The regime of uncertainties that prevailed during the exception period governed by the 1967 Constitution and the 1969 Amendment was left to the past along with the previous constitutional text. The 1988 Constitution brought a very different thought from its predecessors, and the idea of a dignified life for all Brazilians, immediately inserted as a principle of the republic, was accompanied by a paradigm shift in relation to importance. The Supreme Federal Court, as the final interpreter of the Constitution, already recognizes that for the fulfillment of the constituent's wishes it is necessary to understand that the only possible interpretation for the activities of the State, and specifically as the object of this work, for the administrative activity of the State, is the one that enshrines the constitutional system for the implementation of fundamental human rights, established as principles, listed exhaustively in the text, and perceived through the human rights treaties signed by Brazil.

Keywords: Constitutionalism. Dignity of human person. Public administration. Administrative activity.

¹ Mestre e Doutora em Direito Constitucional. Professora Associada da Universidade de São Paulo - USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na área de Direito Público com ênfase em direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Professora do Centro Universitário de Bauru, no Centro de Pós Graduação em Direito, Cursos de Mestrado e Doutorado incluí-dos na área de concentração: "Sistema Constitucional de Garantia de Direitos". Tem experiência na área de Direito, especialmente em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito, constitucional, constituição federal, constituição e Brasil, direitos humanos em júi-zo, direitos humanos nas cortes internacionais, tribunais internacionais e jurisprudência internacional. Trabalha atualmente com o sistema constitucional de proteção das minorias, com a proteção da intimidade, e com a Proteção dos Animais

² Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Magistrado Estadual.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição de 1988 já conta com mais de trinta anos de promulgação, e a verificação deste período histórico traz a inevitável constatação de que apesar de suas imperfeições, já contribuiu imensamente para o desenvolvimento e “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, assim como descrito em seu preâmbulo. Neste sentido, inúmeras alterações sociais e normativas foram construídas a partir da ideia de dignidade humana como fundamento da república. No campo da proteção das minorias tivemos várias decisões importantes, como o enfrentamento da questão da definição dos limites da liberdade de expressão, que impede atos de antissemitismo; a validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios para ingresso na universidade e a cargos públicos; a proteção dos quilombolas; a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil; a proteção das comunidades indígenas com demarcação de terras; o direito à alteração do nome social dos transgêneros, com ou sem cirurgia de redesignação de sexo; e a criminalização da homofobia.

Por outro lado, a própria administração pública sofreu o impacto das mudanças trazidas pelo texto de 1988 com importantes conquistas no campo da proteção da moralidade administrativa, validação da “Lei da Ficha Limpa”, restrições ao financiamento eleitoral e vedação do nepotismo, entre outras. Entretanto ainda há alguma dificuldade na compreensão de que os princípios constitucionais fundamentais devem servir como vetor para a definição (como regra geral) de todo comportamento estatal, e não apenas daqueles comportamentos que estão relacionados às equações que envolvem direitos humanos ou questões atinentes à moralidade administrativa. Por este viés, a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político, enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil devem irradiar seus efeitos para todas as relações protagonizadas pelo Estado brasileiro, em especial as que sejam pelo Estado articuladas por intermédio da sua função administrativa, assim entendida como sendo uma atividade do Estado ou de quem lhe faça às vezes, que tem como objeto dar fiel execução à lei, de maneira, como regra, concreta, direta e imediata.

Nesta lógica a Constituição de 1988 fez o reconhecimento topográfico das relações de relevância das normas constitucionais, consagrando os princípios e direitos fundamentais logo na abertura do texto, como uma apresentação à compreensão inexorável e necessária de seu conteúdo restante. Por aí reformulou a perspectiva em que as relações entre o indivíduo e a

administração devem ser observadas, deixando evidente o protagonismo dos direitos do homem e a ideia de uma vida humana digna norteando o agir do Estado.

Este registro aparentemente antagônico em que se contrapõe a máquina administrativa estatal fulcrada na premissa da supremacia do interesse público, e a estrutura constitucional dos direitos fundamentais, cujo objetivo principal é a efetivação do conteúdo necessário para a vida individual e coletiva, está alinhado pela sistêmica de interpretação principiológica rigorosamente unida, e ao reconhecimento da vida digna para todos, de um bem comum: a atividade fim do Estado.

Por outro lado, esta configuração do Estado de Democrático de Direito traz uma outra consequência: impõe ao Estado a tarefa de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³, o que veio desde sempre descrito como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Este trabalho tenta condensar esse raciocínio, apresentando algumas considerações sobre os princípios constitucionais gerais como fundamento da atividade administrativa, e os princípios constitucionais administrativos como vetores para a proteção dos direitos fundamentais. Por fim, o que se pretende é o encadeamento destas duas variáveis interpretativas sob o manto de um texto que representa uma nova realidade, uma nova postura do indivíduo em relação ao Estado e deste em relação ao indivíduo, de maneira igualmente importante, reposicionando-os no cenário jurídico atual.

2. A ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A construção de qualquer raciocínio em que seja fundamentado na observação dos princípios, e em especial dos princípios constitucionais deve partir da premissa de que a compreensão da nossa Constituição como um sistema aberto de princípios e regras pressupõe a existência de uma metódica constitucional que objetive a concretização destes princípios e regras.

Esta metódica constitucional estruturante voltada para a concretização dos valores consagrados no texto assenta-se na ideia de que para que este desiderato se realize não há que se falar em realização judicial do direito, mas na análise da estrutura normativa constitucional

³ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 3º incisos I a IV.

a partir de um conjunto normativo estabelecido por um poder constituinte legítimo em consonância com uma dogmática jurídica que abarque três atividades básicas: i) descrição do direito existente; ii) verificação conceitual e sistemática deste direito; e iii) apresentação de propostas para o enfrentamento dos casos difíceis.

Por aí reconhecemos a ideia de que o conjunto normativo constitucional contempla a ideia de princípios e normas que estabelecem as diretrizes para toda atividade dos poderes do Estado. Estes princípios fundamentais integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, “que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”⁴. Neste ponto é destaque a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o alicerce para o comportamento da administração pública, em especial, no ponto de tangência com os administrados, não porque os demais princípios ou comportamentos estatais sejam menos relevantes, mas porque é justamente no encontro entre o Estado administrador com o administrado que se verificam as situações mais conflituosas, derivadas de um aparente desequilíbrio de forças e interesses que colocam sob destaque e tensão o frágil equilíbrio entre os fatores reais de poder.

Esta dinâmica só pode ser verdadeiramente percebida se inserida na nova realidade que a Constituição de 1988 trouxe para a administração pública. O movimento de redemocratização do Estado brasileiro deflagrado por intermédio de uma série de acontecimentos e que culminou na promulgação da Constituição de 1988 trouxe, assim, uma percepção normativa diferente da que existia sob o modelo da Constituição de 1967, até então vigente. O Estado agora deixa de ser fim em si mesmo para ser meio, e encontra no princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana o vértice para o comportamento de toda sua atividade.

O texto de 1988, alardeado como cidadão justamente por ser produto de uma Assembleia Nacional Constituinte, com parlamentares eleitos com este propósito⁵ e pela possibilidade de participação popular⁶ substituiu o modelo anterior em que a administração pública funcionava como o palco para o protagonismo estatal. Agora, a pretensão é que se possa perceber pela interpretação do texto as intenções do constituinte em fomentar o verdadeiro equilíbrio entre os

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. p. 708.

⁵ Sabemos que a Constituinte de 1986 – 1988 foi integrada também por Senadores da República que já se encontravam eleitos por ocasião de sua abertura. Foram 26 (vinte e seis) em 1986 e 487 (quatrocentos e oitenta e sete) Deputados Federais.

⁶ O regimento aprovado pelos constituintes propiciou vários meios e momentos diferentes de participação da sociedade, com destaque para as emendas populares, a serem apresentadas ao primeiro esboço da nova Constituição. Para serem aceitas, as emendas deveriam ser propostas por três entidades e apresentar assinaturas de 30 mil eleitores. Disponível em https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional. Acesso em 04 mai. 2021.

poderes do Estado, que existe em última análise para viabilizar os valores nele próprio inseridos e garantidos para todos os que aqui estão sob sua proteção. A dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o extenso catálogo de direitos fundamentais, o sistema constitucional de garantias de direitos e a majoração do espectro de proteção contra as inconstitucionalidades evidenciam a preocupação principal do texto com o “homem” e não com o Estado.

Por este raciocínio superamos a ideia da lei como fundamento e destino da atividade administrativa e passamos a encontrar no próprio texto constitucional o sistema de princípios e regras que irá direcionar todo comportamento estatal⁷. Assim, a constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da administração pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição⁸.

Por este viés a administração pública passa a ser também instrumento para que o administrado possa auferir seus direitos fundamentais. Ela funciona não apenas como facilitador para a efetivação dos direitos estabelecidos pela Constituição, mas, também como o primeiro garantidor do cumprimento das pretensões do texto de 1988. Nesta nova ótica é justamente a estrutura administrativa do Estado que faz a mediação entre as pretensões da sociedade e as limitações estatais que esbarram em problemas culturais, sociais, estruturais e econômicos, entre outros.

Sobre essa dinâmica e a tensão entre os comandos constitucionais e as limitações estatais, explica José Joaquim Gomes Canotilho que a expressa consagração constitucional de direitos econômicos, sociais e culturais não implica, de forma automática, um modelo em que a normatização seja uniforme, uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos. Alguns direitos são verdadeiros direitos *self-executing* e outros são direitos a prestações, que pressupõem a atividade mediadora dos poderes públicos.⁹

Essas colocações fundamentam o ponto principal do nosso raciocínio, a Constituição de 1988 impõe uma nova postura para a interpretação das normas administrativas, muito mais direcionada ao prestígio dos direitos fundamentais. O texto de 1988 deixa claro que a razão deste Estado é a busca, promoção, implementação e garantia das prerrogativas inerentes aos

⁷ Sobre o assunto ler BINEBOJM, Gustavo. Administração Pública Democrática e efetivação dos direitos fundamentais.

⁸ BINEBOJM, Gustavo. p. 17

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. p. 554.

seres humanos e consagradas extensivamente na Constituição, e determina o comportamento da administração, que deve sempre agir precipuamente com este objetivo.

Isso porque o propósito de ser deste Estado é a busca, promoção, implementação e garantia aos direitos fundamentais. Ainda que existam outros personagens nesta dinâmica, é o Estado a figura central da equação que tem como princípio a vida digna para todos os brasileiros.

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito¹⁰.

Neste raciocínio parece que a única conclusão possível é a que considera o direito administrativo como conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias a realização dos direitos fundamentais e a organização e funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho¹¹.

Esta compreensão da administração como responsável pela efetivação dos direitos fundamentais no Brasil reproduz ainda o pensamento sistêmico de proteção aos direitos humanos nos sistemas internacionais. Esclarece Celso Lafer¹² que por esta perspectiva, no plano jurídico os direitos humanos representam, significam uma passagem do dever do súdito para o direito do cidadão, uma inversão da figura deontológica originária.

Esta ótica em que se compreende a emancipação do indivíduo que passa de objeto na manutenção do “*status quo*” do Estado para objeto de cuidado do Estado, altera o eixo central do Estado saindo dos deveres do súdito determinadas pelo soberano, para os direitos do cidadão assegurados pela Constituição. Tal modificação representa a legitimação plena da perspectiva dos governados e promove uma domesticação da perspectiva dos governantes. Contém e limita, conseqüentemente, o realismo da razão do Estado, pois o governo é democraticamente para o indivíduo e não o indivíduo para o governo. Daí uma atenuação do dualismo entre a ética dos resultados das atividades políticas de governantes-soberanos e a ética dos princípios. Isto

¹⁰ SILVA, Joé Afonso da. Revista de Direito Administrativo 212. p. 89-94

¹¹ CLEVE. Clemerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In Jurisdição constitucional e direitos Fundamentais. p. 388

¹² LAFER, Celso. A soberania e os Direitos Humanos. In. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451995000100006&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 04 mai. 2021.

permite identificar um terreno comum entre a ética e a política, que podem se colocar numa relação de convergência e complementaridade, mediante a associação de três grandes temas: no plano interno, democracia e direitos humanos; no plano internacional, a paz¹³. Pois, são as Declarações de Direitos Humanos que criam, no dizer de Hannah Arendt, o direito do indivíduo a ter direitos, pois partem do pressuposto de que a pessoa humana tem uma dignidade e uma singularidade que não se dissolve no todo da boa gestão da comunidade política.

Nesse contexto, o texto de 1988 disciplinou em capítulo próprio os direitos fundamentais e os dividiu em 05 (cinco) grupos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade. Direitos políticos e partidos políticos. Nem por isso deixou de regulamentar direitos fundamentais em outras situações, assim como fez em relação à saúde, educação, família e meio ambiente.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos¹⁴.

E mais, no artigo 5º em que especifica os direitos individuais e coletivos o constituinte reafirmando que suas pretensões nas relações internacionais seja norteadas pela preservação dos direitos humanos¹⁵, elucida que o rol dos direitos individuais e coletivos não é taxativo e mais, informa que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁶. Ou seja: o Brasil também se compromete na ordem internacional com a preservação dos direitos humanos e, com a obediência aos tratados internacionais sobre o tema¹⁷.

¹³ LAFER, Celso. A soberania e os Direitos Humanos. In. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451995000100006&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 04/05/2021

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60

¹⁵ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos;

¹⁶ Artigo 5º § 2º.

¹⁷ Os principais textos acordados pelo Brasil após o período de redemocratização são: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro

A emancipação dos direitos fundamentais consagrada pelo texto de 1988 pode ser retratada não apenas pela sua posição topográfica que sinaliza inequivocamente a prioridade que o constituinte lhes conferiu, mas também pelo extenso rol descritivo destes direitos, individualmente petrificados e amparados pela ideia de dignidade humana erigida como fundamento da república brasileira. Neste sentido é importante perceber que a ideia dimensional ou geracional dos direitos fundamentais não é estanque, refletindo na construção do Estado como um todo, e na maneira como opera a administração pública.

Portanto, a nova ideologia plasmada na ordem constitucional, fundada na norma matriz dignidade da pessoa humana, engendrou uma nova administração pública e, como consequência, também estabeleceu uma nova maneira desta de como proceder.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA VIDA DIGNA

A ascensão do Estado Democrático de Direito trouxe consequências também na ideia de Administração Pública que deixa de ser percebida como um fim em si mesma e passa a compor a ideia de uma atividade estatal voltada a satisfação dos interesses coletivos, e determinada por uma ideia de vida digna. Por aí se compreende que pensar em “interesse público” como direcionador do comportamento dos órgãos da Administração Pública está muito especialmente ligado à noção de que o Estado existe para o administrado, e não o contrário.

Se a Constituição reposicionou o papel da Administração Pública, tratou logo de estabelecer princípios gerenciadores da sua atividade administrativa: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, e a eficiência¹⁸, insculpidos no artigo 37¹⁹. Tais

de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, também em 27 de janeiro de 2004; e o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007. Podemos incluir, após 2007, a Convenção das Nações Unidas para a Proteção do Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em 25 de agosto de 2009.

¹⁸ Acrescentado pela Ementa Constitucional n.º 19 de 1998

¹⁹ Artigo 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

princípios são os parâmetros norteadores do comportamento estatal no exercício de sua função administrativa, e condicionado à implementação dos direitos fundamentais. A clássica, indeterminada e universalista função dos fins estatais como o bem comum, o ‘interesse público’, as necessidades públicas, concretizam-se na atualidade (em sua grande maioria) na satisfação dos direitos humanos e nas liberdades positivas da pessoa. Objetivo primordial das Administrações Públicas em nosso tempo deve ser precisamente a satisfação dos direitos e liberdades fundamentais, sendo missão do Direito Administrativo garantir efetivamente essa satisfação²⁰.

Para Gustavo Justino de Oliveira:

Uma vez engendradas as políticas públicas voltadas à promoção dos direitos fundamentais – sobretudo daqueles de caráter social –, é por intermédio do exercício da função administrativa que o Estado irá efetivar tal direito. Por isso, em última análise, essa efetivação ocorrerá por meio de uma ação administrativa. Os indivíduos e as organizações da sociedade civil têm o direito de pleitear, frente à Administração Pública, a efetivação dos direitos fundamentais. As correspondentes obrigações administrativas, destinadas a conferir respostas a tais reivindicações, encontram-se baseadas em competências e em procedimentos fixados em lei; decorrem de posturas que devem ser assumidas em virtude de diretrizes e de políticas públicas formuladas pelo Governo, tudo em atendimento aos valores fundamentais do Estado Brasileiro, previstos na Constituição de 1988²¹.

Não é possível se desligar da ideia de que a atividade legítima do Estado deve ser voltada à realização dos direitos estabelecidos pela Constituição, em especial os que delineiam as condições mínimas para uma vida digna. A atividade estatal e o comportamento administrativos são regulados pela lei em vinculação estrita, e deste modo, condicionam-se inexoravelmente aos preceitos constitucionais.

Esta vinculação se dá também em relação aos princípios administrativos estabelecidos pela Constituição federal, que não podem ou devem ser compreendidos ao arrepio da disciplina que protege a vida humana digna em todas as suas esferas existenciais. Ter um comportamento moralmente aceitável e em obediência à lei, que se concretiza de forma eficiente, pública e impessoal é o único dos caminhos em que é possível exercer a atividade administrativa e cumprir os comandos constitucionais.

Tal fundamento pode e deve interferir no posicionamento da Administração Pública, especialmente quando enfrentamos duas questões: a Discricionariedade administrativa e o Princípio da Supremacia do Interesse Público, pois nestes postulados, encontramos o fator de

²⁰ Ibidem, p. 70.

²¹ OLIVEIRA. Gustavo Justino. Administração Pública Democrática e efetivação dos direitos fundamentais. p. 681.

discriminação do comportamento estatal nas suas relações verticais, especialmente no que toca os direitos fundamentais.

Apesar de haver pelo menos duas correntes doutrinárias sobre o regime jurídico da discricionariedade administrativa, para este trabalho assumiremos a vertente doutrinária que admite a liberdade de escolha do administrador público tanto na hipótese como no caso concreto.

Em razão disso, Maria Sylvia Zanella di Pietro explica que por discricionariedade administrativa compreende-se o espaço de liberdade decisória concedida à Administração Pública na eleição entre os indiferentes jurídicos na atribuição concedida pela norma jurídica e de acordo com a formulação dos juízos de conveniência e oportunidade promovidos. Nesta ordem, compreende o mérito administrativo os juízos formulados pela Administração Pública acerca da conveniência, oportunidade, equidade e demais critérios utilizados na decisão administrativa que são definitivos e inquestionáveis perante o Poder Judiciário²². Trata-se, pois, de atividade de volição e não de interpretação. A volição começa quando termina a interpretação e aquela constitui atividade pública própria da administração pública quando do exercício da sua atividade administrativa.

O destaque fica para o registro de que a liberdade não se encontra desprovida de fiscalização, ao contrário, submete-se a todo conteúdo constitucional e em especial às normas atinentes aos direitos fundamentais²³. A existência da liberdade consagrada pela discricionariedade administrativa não autoriza, pois, que sejam invertidos os programas constitucionais, ou condicionados os direitos fundamentais aos auspícios do legislador.

Assim, existem situações em que a Constituição consagra de forma expressa os deveres necessários à concretização dos direitos fundamentais: como a saúde, a educação e a segurança pública. Nestes casos, condicionar sua promoção, condicionar a efetivação de tais direitos à discricionariedade administrativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas²⁴.

A discricionariedade administrativa, portanto, deve ser compreendida como sendo um instituto que implica opção de escolha por parte do administrador público quando ele se depara

²² A liberdade administrativa conferida por uma norma de direito não significa liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos, mas a providência do ato capaz de atingir a finalidade da lei que terá seu campo restrito as soluções possíveis de acordo com o caso concreto e adequadas conforme o dever de boa administração. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. p. 44-48.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Discricionariedade Administrativa*. p. 92.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. p. 37.

com mais de uma interpretação jurídica possível; além disso, esse proceder deve estar alinhado aos direitos fundamentais, sob pena de configuração de inconstitucionalidade.

O outro tema relevante diz respeito ao princípio da supremacia do interesse público sobre a autonomia privada, ou do interesse privado.

Por certo, a compreensão do regime jurídico de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade, e não aos particulares considerados em sua individualizada singularidade. No direito administrativo tal ocorre na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos por parte da Administração²⁵. Para assegurar a liberdade sujeita-se a Administração Pública à observância de leis, porém, são outorgados prerrogativas e privilégios que ao permitir a persecução do interesse público colocam a Administração Pública em posição de supremacia e de autoridade perante o particular²⁶.

A supremacia do interesse público sobre o interesse particular significa a supremacia do interesse coletivo sobre o interesse individual. Em seu agir, portanto o Estado administrador se comporta como superior, como aquele que irá decidir em nome dos interesses coletivos. Assim, forma-se uma verticalização na relação entre Administração Pública e administrado, que gera no conflito entre o interesse da coletividade e o direito do indivíduo a prevalência do primeiro sobre outros. Na aplicação do direito, cabe o julgador estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, porém, sem jamais perder de vista aquela supremacia²⁷.

Com regime próprio voltado à satisfação dos interesses de toda uma sociedade é de se compreender que não sejam inicialmente os interesses individualmente prestigiados a preocupação ou a mola propulsora do gerenciamento estatal. Por mais otimistas que possamos ser já sabemos que as necessidades humanas são ilimitadas e a estrutura administrativa e orçamentaria não o são, numa equação malthusiana de difícil solução.

Desse modo, a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, representa a superioridade do interesse coletivo sobre o interesse particular, que permite a restrição de direitos e confere a administração pública um complexo de prerrogativas voltadas à realização do seu imperativo constitucional, mas ainda assim esse interesse público se delimita pela legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e pela dignidade da pessoa

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. p. 52.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Discricionariedade Administrativa*. p. 61-62.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 49.

humana. Podemos dizer, portanto, que esse princípio implícito decorre de um ideário de Estado de Direito e que se trata de um “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”²⁸.

Por esta percepção, a antiga compreensão da supremacia do interesse público, desposada por modelos constitucionais anteriores não encontra mais sustentáculo. Humberto Bergmann Ávila explica que só a um primeiro olhar, contudo, é adequada a descrição desse “princípio de supremacia”. Apesar de o dito “princípio” ser descrito como um princípio fundamental do Direito Público, ele é explicado com duas características específicas. Primeiro, ele seria um “princípio jurídico” (ou norma-princípio), cuja função primordial seria regular as relações entre o Estado e o administrado.

Sua pressuposta validade e posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro permitiriam que ele fosse descoberto *a priori*, sem o prévio exame da sua referência ao ordenamento jurídico (axioma). Segundo ele não seria apenas um princípio, mas um princípio relacional: ele regularia a “supremacia” do interesse público sobre o particular, não relativamente ao funcionário público, que não pode representar senão o interesse público, mas com referência à »relação entre o Estado e o particular. O seu conteúdo normativo pressupõe, portanto, a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular no exercício da função administrativa, cuja solução deveria ser (em abstrato e em princípio) em favor do interesse público.²⁹

E continua o autor em relação à compreensão atual sobre o Princípio, ele, tal como vem sendo descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum. Bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não, o direcionamento dessa composição em favor do “interesse público”. A conclusão é que a organização constitucional brasileira permeada por uma profunda preocupação com o Estado Democrático de Direito e com a proteção da dignidade humana só autoriza a interpretação de normas e do comportamento administrativo alicerçada nestes valores. Para Ávila:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não pode, ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado.³⁰

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, p. 70.

²⁹ AVILA. Humberto Bergmann. Repensando o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular. p. 99-127

³⁰ Idem.

Assim, a supremacia do interesse coletivo deve ser vista, não a partir de poder de império que sempre gozou a Administração Pública, mas na sua atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais que reordenam a persecução do interesse público.³¹

Em uma ordem constitucional, de acordo com a promoção dos direitos fundamentais, não se pode considerar uma hierarquia absoluta e em abstrato do interesse público sobre o privado, mas o reconhecimento da garantia dos direitos e garantias fundamentais, permitida sua excepcional restrição pelo interesse público desde que justificada.

Isto se deve, primeiro ao fato de que direito acima de tudo é relação de equilíbrio. Sua sutileza e sofisticação impedem a realização de interpretações rígidas e absolutas. Segundo, porque o texto de 1988 apesar de estabelecer *in abstrato* a ideia da supremacia do interesse público nas relações com os particulares, determina-se hermeneuticamente no sentido de que essa posição desaparece quando direitos fundamentais dos particulares estão ameaçados. A título de exemplo, a supremacia do interesse público submete-se ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF).

A propósito, João Antunes dos Santos Neto averba:

O exercício equilibrado da função pública que se imagina servir para poder realizar a liberdade pessoal de todos os cidadãos e que tem a dignidade do homem como paradigma é um dos pilares que sustenta o Estado Democrático e Social de Direito, razão pela qual não pode mais admitir a afirmação de que “a realização do interesse público é o princípio supremo o interesse jurídico”. Foram as bases deste postulado que justamente sustentaram o direito administrativo do autoritarismo ao sacrificar os valores inerentes à integridade do indivíduo, concepção que tinha o interesse público no escalão mais elevado da ordem jurídica, lugar que ora deve ser ocupado pelo princípio da dignidade da pessoa humana³².

Portanto, o princípio da supremacia do interesse público que decorre de um ideário de Estado Democrático de Direito, está contemplado implicitamente na Constituição de 1988, e deve ser compreendido sob a perspectiva dos direitos fundamentais estabelecidos, em especial, a dignidade da pessoa humana; deve, pois, alinhar-se, obedecê-los, indo ao seu encontro e não de encontro.

Registramos, por fim, três situações em que o Supremo Tribunal Federal, acatou a ideia de que a administração pública deve se vincular à ideia da dignidade humana para a realização de seus atos.

³¹ BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. p. 52-53.

³² O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo, p. 410.

O primeiro caso diz respeito ao direito subjetivo à nomeação em cargo público³³. Depois de inúmeras negativas à ideia de que o indivíduo teria direito ao cargo público disposto em concurso³⁴ surge a tese vencedora estruturada na ideia de que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à posse que vier a ser dada nos casos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. A recusa da administração em dar este provimento deve ser motivada, sob pena de violação da dignidade humana³⁵.

A segunda hipótese se reporta à vinculação entre dignidade humana, segurança jurídica, boa-fé e moralidade. A ementa do acórdão expressamente consigna que o princípio da segurança jurídica é “projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito”³⁶. Essa premissa, somada à da “lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa. Nos casos concretos, a “situação” a ser reconhecida foi o direito subjetivo do cidadão a ver a legalidade do ato de aposentadoria apreciada pelos Tribunais de Contas no prazo de cinco anos. Findo esse prazo, passa o cidadão a ter o direito subjetivo de exercitar o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos perante o Tribunal de Contas que aprecia a sua aposentação. Antes disso, não há esse direito, por tratar-se de relação administrativa interna entre Poderes, i.e., antes disso o TC pode apreciar o ato concessivo de aposentadoria sem dar ao agente público ciência do procedimento³⁷.

A terceira hipótese se reporta a apreciar a constitucionalidade da Lei Federal 8.899, de 1994³⁸, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas com deficiência comprovadamente carentes. No relatório a argumentação central aliou a ideia dos fins sociais do Estado que têm o seu fundamento da busca incessante da dignificação do ser humano, na igualação jurídica de todas as pessoas pela oferta igual de oportunidades na participação da vida social³⁹.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do constitucionalismo brasileiro lançou seus efeitos para toda a teoria administrativa, a compreensão da Constituição como um sistema de princípios e regras

³³ RE 227.480-7/RJ

³⁴ Ag. Reg. no AI 501.573-1/DF; RE 229.450; RE 190.264 entre outros.

³⁵ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601216> Acesso em 04/05/2021

³⁶ MS 25.116/DF e MS 28.720/DF

³⁷ <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21459703/mandado-de-seguranca-ms-28720-df-stf/inteiro-teor-110360799?ref=juris-tabs> Acesso em 02/02/2021

³⁸ ADIn 2.649-6/DF

³⁹ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em 04/05/2021

evidencia que o papel do administrador ao dar cumprimento aos comandos constitucionais deve necessariamente levar em consideração os objetivos e princípios do texto maior.

O regime de incertezas que vigorou durante o período de exceção disciplinado pela Constituição de 1967 e com a Emenda de 1969 foi deixado para o passado juntamente com o texto constitucional antecedente. A Constituição de 1988 trouxe um pensamento bem distinto de sua antecessora, e a ideia de uma vida digna para todos os brasileiros, desde logo inserida como princípio da república, se fez acompanhar de uma mudança de paradigma em relação à importância das coisas no Brasil. Ressalte-se um sistema constitucional consagrando a preocupação com a existência de um Estado voltado à satisfação das necessidades essenciais à vida digna de um homem, e não o homem como instrumento de manutenção do *status quo* estatal.

O Supremo Tribunal Federal como interprete final da Constituição já reconhece que para a concretização dos anseios do constituinte é necessário que se compreenda que a única interpretação possível para as atividades do Estado, e especificamente como objeto deste trabalho, para a atividade administrativa do Estado, é aquela que consagra a sistemática constitucional de efetivação dos direitos humanos fundamentais, estabelecidos como princípios, elencados exhaustivamente no texto, e percebidos por meio dos tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil.

Junte à esta interpretação sistêmica os valores elevados à categoria de princípios norteadores da atividade administrativa e à nova compreensão da ideia de supremacia de interesse público, moldada por um texto que direciona esta compreensão para uma única possibilidade: a ideia de bem comum. Tal situação exclui a aparência de antinomia nas necessidades estatais e na atividade estatal ao dar cumprimento às suas funções administrativas, pois um sistema de garantias de direitos, como é a Constituição de 1988, jamais os iria colocar interesses públicos e privados em posições antagônicas ou auto excludentes. A previsão da limitação está associada muito mais a ideia de integração e harmonia que fazem esses direitos serem todos aspectos de um pacto fundante comum que se beneficia com a realização dos direitos fundamentais, sejam eles de que categoria forem.

É evidente a preocupação que teve o constituinte em equacionar os interesses individuais e as necessidades coletivas, e também é bastante perceptível que esta construção interpretativa vem amadurecendo com o passar do tempo e a aceitação dos valores constitucionais. Já percorremos um longo caminho e nos distanciamos em passos largos das situações em que o protagonismo estatal e sua falta de parâmetros eram as molduras de

configuração dos direitos dos brasileiros. Há ainda muito a ser realizado e a atividade acadêmica neste sentido deve se estabelecer como um farol para que possamos nos distanciar cada vez mais dos vícios e equívocos que permeavam o comportamento da administração em tempos em que ela era fim em si mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AVILA, Humberto Bergmann Ávila. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 1999

_____. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros, 2º edição. São Paulo: 2003.

_____. Repensando o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular. In: O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em homenagem a RUY Ruben Ruschel, 199.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. Malheiros. São Paulo: 1992.

_____. Curso de Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Direitos Humanos e Democracia como Fundamentos de Legitimidade e Elementos Estruturantes da Dogmática Administrativa in BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco, Dicionário de Política. Volume 1 e 2, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 11ª edição, 1998.

CLEVE. Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In Jurisdição constitucional e direitos Fundamentais. Jose Adércio Leite Sampaio org. 2003

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DALLARI, Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concurso público na Administração Indireta. Revista de Direito Público, ano 23, nº 93, p. 129-132, jan.-mar., 1990.

_____. Parcerias na Administração Pública. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. Malheiros. São Paulo: 2007.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema de colisão de princípios in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. Anais do CONPEDI – Manaus. http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf Acesso em 04 maio 2021

PERRINI, Raquel Fernandes. Os Princípios Constitucionais implícitos. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT n.º 17, out/dez, 1.996.

SANTOS NETO, João Antunes dos. O Impacto dos Direitos Humanos fundamentais no Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.