

A CRISE E O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

JOÃO EMILIO DE ASSIS REIS¹.

¹Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense. Professor de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito Ambiental do Centro Universitário Adventista de São Paulo. Professor do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal.

RESUMO

O presente artigo é um ensaio teórico acerca da crise do direito administrativo e o seu processo de constitucionalização. Partindo da revisão histórica do surgimento do direito administrativo, busca contextualizar o surgimento de alguns dos seus principais institutos, cuja própria origem termina por gerar alguns dos principais problemas do direito administrativo contemporâneo, visto que algumas de suas premissas na sua feição tradicional no Estado Liberal podem se mostrar incompatíveis com o papel de centralidade no ordenamento dado aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Crise do Direito; Constitucionalização do Direito Administrativo; Direitos fundamentais.

THE CRISIS AND THE PROCESS OF CONSTITUTIONALIZATION OF BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW.

ABSTRACT

This article is a theoretical essay about the crisis of administrative law and its process of constitutionalization. From the historical review of the emergence of administrative law, it seeks to contextualize the emergence of some of its main institutes, whose very origin eventually generates some of the main problems of contemporary administrative law, since some of its premises in its traditional feature in the Liberal State can be incompatible with the role of centrality in the order given to fundamental rights by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Crisis of Law; Constitutionalisation of Administrative Law; Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo tem o seu surgimento na derrubada dos regimes absolutistas no fim do século XVIII, da necessidade de se controlar a autoridade estatal,

submetendo-se ela também a um regime de legalidade. O Estado, antes apenas emissor das normas jurídicas, passa a ser também seu destinatário. Da necessidade de continuar exercendo a atividade administrativa com a execução de serviços públicos por um lado, o que exige autoridade, e da necessidade de mecanismos de controle da atividade estatal por outro, vão se consolidando uma série de institutos, categorias e princípios jurídicos, próprios desse ramo do direito.

O que se observa, no entanto, é que o Direito Administrativo, em diversas situações, representou muito mais uma adaptação da máquina estatal e das instituições do antigo regime do que propriamente uma superação definitiva, enquanto que o que se via no Direito Constitucional era um progressivo alargamento do rol dos direitos e garantias fundamentais e dos seus mecanismos de proteção. Assim, é importante a compreensão das raízes históricas do direito administrativo e o seu processo de consolidação, para se entender a construção de suas instituições e, assim, buscar uma necessária adaptação ao direito constitucional, que detém não só uma supremacia formal, mas também material sobre todo o ordenamento jurídico, na medida em que significa as opções políticas fundamentais de nossa sociedade, através da constitucionalização do direito administrativo.

O presente trabalho busca, assim, analisar os fundamentos basilares do Direito Administrativo, partindo de suas origens históricas, buscando demonstrar a necessidade de sua releitura à luz da constituição, sob pena de perderem o próprio sentido, considerando-se o princípio democrático, a proteção da pessoa humana e a função instrumental do Estado.

Partindo de revisão bibliográfica, o presente trabalho analisa o surgimento dos principais fundamentos do desse ramo do Direito, buscando desmistificá-los, para demonstrar a necessidade de uma releitura desses institutos para sua adaptação ao sentido material da Constituição Federal, enquanto instrumento de realização de interesses da coletividade, mas também de proteção da pessoa humana enquanto indivíduo. Analisa, por fim, as repercussões da constitucionalização do Direito Administrativo.

2 ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS ORIGENS

A revisão histórica do nascimento do Direito Administrativo aqui apresentada não pretende de forma nenhuma assumir uma postura maniqueísta, de deslegitimar o Direito Administrativo; por outro lado, muito menos pretende manter uma visão ufana desse ramo do direito. Pretende-se apenas apontar sob uma perspectiva crítica as raízes de alguns problemas do Direito Administrativo contemporâneo, que surge da mesma relação dialética que permeia todo o Direito Público, uma tentativa de equilíbrio entre Autoridade e Liberdade que se dá num contexto de evoluções e involuções, de fluxos e refluxos.

Esse ramo do direito, como conhecemos no mundo ocidental, tem sua origem no fim do século XVIII, com a revolução intelectual que aconteceu naquele período. Enquanto que, no Direito Privado, é possível a reconstituição de raízes até o medievo ou ao mundo romano; no Direito Público, embora uma cuidadosa pesquisa histórica possa identificar em períodos anteriores instituições e categorias jurídicas próprias do Direito

Público, os paradigmas que o guiaram têm raízes assentadas nesse período, não se estendendo profundamente a períodos anteriores.

Essa revolução intelectual, no bojo da qual aconteceram as Revoluções Francesa e Americana, as guerras de libertação das nações latino-americanas, a unificação alemã e o *risorgimento* italiano, também produziu uma nova forma de pensamento sobre o direito, que teve importantes consequências para a administração e organização do sistema legal e para a estrutura da administração pública.

Até então vigia com maior ou menor intensidade o denominado Estado de Polícia, onde se reconhecia ao soberano um poder ilimitado para administrar e frente ao qual não se reconheciam direitos individuais. Os indivíduos eram um objeto do poder estatal, não um sujeito que se relacionava com ele. Ao soberano se reconhecia um poder quase ilimitado quanto aos fins que podia perseguir e sobre os meios que poderia engendrar (GORDILLO, 2003, II-2). Se existia um ordenamento jurídico no âmbito público, ele não consistia propriamente em limitação ao poder do soberano perante seus súditos, nem garantias para esses.

Tradicionalmente, atribui-se à revolução francesa a gênese do Direito Administrativo, com a Edição da Lei 28 de 1800, que organiza e limita externamente a Administração Pública, substituindo a vontade do soberano pelo Direito. Essa lei, além de organizar e estruturar a burocracia estatal deveria operar como um instrumento de contenção do seu poder, daí por diante subordinado à vontade do legislador. Realmente, as estruturas e a base teórica do que hoje se conhece por direito administrativo tem origem na França, no Conselho de Estado Francês, de onde se espalhou pela Europa Continental e por aqueles países influenciados por sua cultura, entre os quais se inclui o Brasil.

No entanto, muitos estudiosos do tema vêm defendendo que a vinculação da gênese do direito administrativo ao surgimento do Estado de Direito e ao princípio da separação de poderes na França é um mito.

O surgimento do direito administrativo e de suas categorias jurídicas (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo dentre outras), para Binenbojm representou muito mais uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime do que sua superação (2008, p. 11).

Assim, o Direito Administrativo não surgiu da vontade heterônoma do Poder legislativo, mas antes de uma autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade através da Elaboração Jurisprudencial do Conselho de Estado francês, na busca de um afastamento da aplicação das regras do Direito Civil comum à administração pública, e que terminaram na criação de categorias e institutos próprios desse ramo do Direito.

Nesse sentido, Binenbojm cita Paulo Otero que afirma que

A ideia clássica de que a Revolução Francesa comportou a inauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através de lei, assenta num muito repetido por sucessivas gerações: a criação do direito administrativo pelo Conseil d'État, passando a administração pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a actividade jurídico privada, não foi um produto da vontade da lei, antes configura como uma intervenção decisória autovinculativa do Executivo sob proposta do Conseil d'État (2008, p. 12).

Dessa forma, a criação do Conselho de Estado, como órgão do Executivo que era, termina por subtrair ao poder legislativo a produção legislativa sobre assuntos referentes à administração pública, permanecendo o direito administrativo francês um direito essencialmente jurisprudencial. Além disso, a instituição do Conselho de Estado cria uma segunda contradição, ao subtrair do poder judiciário a função de controle do Executivo, já que, com sua criação, institui-se a jurisdição administrativa e o Executivo passou a ser juiz de si mesmo.

Essa busca de imunidade do poder judiciário, reflete uma desconfiança histórica dos revolucionários com relação ao juízes. Merryan relata que

Antes da Revolução Francesa, os cargos do sistema judicial eram considerados como propriedades compradas, vendidas ou legadas. O próprio Montesquieu herdou um desses cargos, ocupou-o por uma década e depois o vendeu. Os juízes eram um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia fundiária contra os camponeses, os trabalhadores urbanos e a classe média, além de se opor à centralização do poder governamental em Paris. Quando a revolução chegou, a aristocracia foi derrubada e com ela caiu a aristocracia de toga (2009, p. 40).

Isso se deve, em grande parte, à afirmação da necessidade da separação de poderes e não apenas ao comportamento do próprio soberano. Criou-se um ranço contra a figura dos juízes que, por outro lado, mantiveram suas tendências em se identificar com a aristocracia rural. Além disso, os juízes, muitas vezes, falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. Isso fazia com que os juízes se recusassem a aplicar novas leis, que as interpretassem contrariamente à sua finalidade ou criassem obstáculos à sua execução pelos funcionários públicos (MERRYMAN, 2009, p. 41). Disso resultou não somente uma teoria da separação de poderes bastante estanque como também na imunização das ações do poder executivo ao julgamento pelo judiciário. Portanto, o movimento que se tem pela burocracia estatal francesa após a revolução, não tem verdadeiramente um sentido garantístico, mas sim um sentido de afirmação e preservação de autoridade, já que a Administração Pública editava suas próprias normas jurídicas e julgava soberanamente seus litígios com os administrados. Se algum sentido garantístico norteou ou inspirou o surgimento e o desenvolvimento da dogmática administrativa, este foi em favor da Administração e não dos cidadãos (BINEMBOJM, 2008, p. 15).

Dessa construção dos conceitos de direito administrativo ligados à preservação da autoridade, deriva a ideia de interesse público como sinônimo de interesse estatal, externo e contraposto ao interesse dos cidadãos.

Embora surgido sob o signo do Estado de Direito, guardando uma relação quanto a origem com todos os demais ramos do direito público, inclusive com o Direito Constitucional, outro fenômeno notado por diversos juristas é o fenômeno do distanciamento do direito constitucional. Conforme nota Binembojm, a própria história constitucional, repleta de rupturas constitucionais e descontinuidade das constituições, em contraste com a continuidade da burocracia estatal, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se, de certa forma, alheio às sucessivas mutações constitucionais.

Dessa forma, e inclusive sob o pretexto da autonomia científica, o Direito Administrativo permaneceu de certa forma distante da normatividade constitucional. Isso vale, por exemplo, para conceitos do que seja supremacia do interesse público,

discricionariedade administrativa, ou mesmo para a configuração da legalidade administrativa.

Toda essa reconstrução feita até aqui pretende demonstrar que a leitura que se faz do Direito Administrativo, incapaz de solucionar muitas das demandas do mundo contemporâneo contempla vícios de origem, já que várias das categorias jurídicas criadas pelo direito administrativo remontam ao século XIX, ignorando boa parte das transformações que ocorreram em período posterior, inclusive no âmbito do Direito Constitucional. Assim, tem-se uma crise de paradigmas, na medida em que o modelo de Direito Administrativo remete a estruturas antigas e que não mais conseguem atender ou atendem de forma incompleta às expectativas da sociedade contemporânea.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DEMOCRACIA

Thomas Kuhn, em seu livro, “A Estrutura das Revoluções Científicas”, propõe novas formas de se ver a ciência e a evolução científica. Paradigma, do grego paradigma, significa modelo, exemplo. No sentido da filosofia de Kuhn, paradigma se refere ao modelo pelo qual a ciência entende, busca respostas e responde a determinadas questões que se colocam a ela (KUHN, 1998, p. 30).

Quando um determinado modelo se torna incapaz de fornecer respostas satisfatórias, ou as respostas oferecidas são insuficientes ou fogem ao modelo, tem-se a chamada crise de paradigmas. Para Kuhn, as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias (KUHN, 1998, 107). Se a crise de paradigmas termina por levar a uma mudança no modelo pelo qual a ciência entende, busca as respostas e responde determinadas questões abandonando o velho modelo, tem-se a chamada Mudança de Paradigmas.

Como elemento de superação da chamada crise de paradigmas do Direito Administrativo, tem-se apresentado a chamada constitucionalização desse ramo do direito, que pretende um movimento de retorno à constituição, adotando como eixo norteador da desconstrução do Direito Administrativo e sua releitura a partir dos princípios constitucionais erigidos à condição de valores fundamentais da sociedade política.

A constitucionalização do direito em geral, parte da mudança do próprio papel da Constituição, que deixa de ter um sentido meramente de declaração política, sem qualquer sentido jurídico próprio e passa a ter força normativa. Sobre a normatividade da constituição leciona Hesse que

A constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (1991, p. 15).

Ocorre que, ao lado desse movimento de afirmação da normatividade da Constituição, a compreensão do conteúdo da Constituição também foi ampliado. Além da Estrutura básica do Estado e a definição das relações básicas entre este e os cidadãos, passou-se a reconhecer à Constituição o papel de decisões políticas fundamentais, através dos quais ela estabelece princípios, objetivos e prioridades.

Nesse sentido, a Constituição passa a ter, além da supremacia formal, que sempre teve, a supremacia material, funcionando como elemento de interpretação e reformulação de todo o ordenamento jurídico através dos seus princípios. Mais do que isso, seus valores passam a ser elementos de unidade de todo o ordenamento jurídico.

Considerando a centralidade da dignidade pessoa humana como valor chave do ordenamento jurídico, conforme o art. 1º, III da Constituição Federal, todo o ordenamento jurídico deverá ser compreendido a partir dessa figura central, bem como do ser humano enquanto membro da comunidade política, numa visão complementar e aberta dos interesses gerais da comunidade, conforme depreende-se do próprio princípio democrático formulado no *caput* do artigo 1º.

O Direito Administrativo, no seu papel de regulador da função Administrativa, deverá ser analisado sob a ótica dos Direitos Fundamentais, que são corolários diretos da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e da Democracia, na medida em que esta pressupõe os cidadãos enquanto coletivo, não apenas como destinatários das ações e da estrutura político-jurídica do Estado, mas também como autores dessas ações.

Nos dizeres de MUÑOZ,

O direito administrativo moderno parte da consideração central da pessoa e de uma concepção aberta e complementar do interesse geral. Os cidadãos já não são sujeitos inertes que recebem, única e exclusivamente, bens e serviços públicos do poder. Agora, por conta de sua inserção no Estado Social e Democrático de Direito, convertem-se em atores principais da definição e avaliação das diferentes políticas públicas (2012, p. 134).

Em razão disso, a relação do sistema de Direitos Fundamentais e do regime democrático deverá ser compreendida como uma relação de complementaridade e reciprocidade, na medida em que a democracia representa a autonomia do cidadão em participar das decisões da comunidade política, que deve orientar a ação do Estado, Estado esse que tem sempre como fim útil a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana.

4 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DEVER DE PROPORCIONALIDADE

Como visto, o princípio da Supremacia do Interesse público encontra raízes nas origens de o Direito Administrativo. É emblemática a definição de Bandeira de Mello para o princípio da supremacia do interesse público sobre os particulares:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam ser garantidos e resguardados (2011, p. 70).

As raízes da supremacia do interesse público sobre o privado estão no organicismo e no utilitarismo. O organicismo considera o Estado, como um grande

corpo com partes individuais interdependentes que concorrem de acordo com suas finalidades para a vida do todo, e que, em razão disso, não atribui nenhuma autonomia aos indivíduos considerados em suas singularidades (BOBBIO, 2000, p. 45). Para a visão utilitarista, a melhor solução para cada problema é aquela que promova, na maior escalada, os interesses dos membros da sociedade política individualmente considerados (BINEMBOJM, 2008, p. 84). Sob essa ótica, o interesse público se traduz em uma fórmula de maximização dos interesses do maior número possível de pessoas. Como os interesses individuais são por vezes conflitantes, a utilitarismo opta pelo sacrifício do interesse de um membro ou de certos membros de uma coletividade e no nome de um benefício superior em termos comparativos, que atenderá a outros membros da comunidade. A noção utilitarista do interesse público remete a uma solução de maioria, ou de maiores benefícios.

Essa regra, da supremacia do público sobre o privado, é incompatível com o atual estágio do Estado Democrático de Direito, justamente porque este tem como ponto de partida uma compatibilização entre Direitos Fundamentais e Democracia. Ambos são elementos caros à ordem constitucional pelos valores que encerram, como a dignidade humana, o autogoverno coletivo e a Constituição Federal não fez a opção por nenhum deles.

Binembojm refuta a tese da Supremacia absoluta do coletivo sobre o individual ao afirmar que:

A ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (ou do público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito. Tributária do segundo imperativo categórico kantiano, que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade humana não se compadece com a *instrumentalização* das individualidades em proveito do suposto “organismo superior”. Como instrumento da proteção e promoção dos direitos do homem, o Estado é que deve ser instrumento da emancipação moral e material dos indivíduos, condição de sua autonomia nas esferas pública e privada (2008, p. 83).

Da mesma forma, a Constituição Federal se funda em uma concepção pluralista de sociedade e que tem como postulado a igualdade perante os indivíduos, de forma que não é possível uma escolha apriorística entre interesses individuais e coletivos, sem uma regra clara de prevalência. A Constituição reconhece a necessidade de se proteger tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade, de forma que a identificação do interesse a prevalecer deverá ser feita através da ponderação proporcional entre interesses conflitantes, conforme as circunstâncias do caso concreto, tendo como norte os valores estabelecidos pela própria Constituição. A assunção da ideia de que o interesse público prevalece sobre o interesse privado, sem uma análise das circunstâncias em que se dá o conflito, não deixa espaço para ponderações. Há que se compreender que a Constituição elege a pessoa humana como seu fim e o Estado nada mais é do que um instrumento para a garantia e promoção dos direitos fundamentais.

Por outro lado Binembojm traz o argumento contraposto ao reconhecer que:

Em que pese o destaque que ostentam os direitos fundamentais no regime jurídico-constitucional, fato é que, como condição mesma à vida em sociedade e à própria proteção e promoção dos aludidos direitos, faz-se necessário, também, tutelar interesses de cunho nitidamente coletivo,

voltados a atender demandas que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos (2008, p. 103).

Partindo desses postulados, é necessário reconhecer que há tanto interesses de natureza individual como de natureza coletiva reconhecidos pela tutela constitucional. A Constituição, como sistema normativo, age como um sistema aberto de princípios, não regidos por uma hierarquia estática, mas por uma lógica de ponderação proporcional contextual, entre os fins que se pretende e os meios necessários de se alcançar esse fim.

Há que se considerar ainda que interesse público é um conceito jurídico indeterminado e o reconhecimento da supremacia de um interesse público depende da possibilidade de uma determinação conceitual objetiva e abstrata do que vem a ser interesse público. Tal exigência não é satisfeita pela constituição; muito pelo contrário, a própria doutrina administrativista se debate em torno do que seria interesse público, às vezes significando o interesse da própria máquina estatal, outras vezes da coletividade e em muitos casos de difícil dissociação do conceito de interesse privado.

Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte, o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse individual (BINEMBOJM, 2008, p. 104).

Essa indeterminabilidade do conceito por si só exige construção argumentativa, à luz dos elementos do caso concreto, através do uso da ponderação e do princípio da proporcionalidade para verificação da prevalência ou não do interesse público sobre o individual. A própria dificuldade em identificar quando o interesse público reside na própria prevalência de um direito fundamental individual ou quando reside na sua limitação em um interesse contraposto da coletividade existe essa postura de ponderação pela Administração.

Além disso, é importante salientar que o conceito tradicionalmente veiculado confere o interesse público com que os publicistas e administrativistas tradicionais trabalham, remetendo necessariamente à figura do Estado, como se o Estado atuasse como um “filtro”, ou um árbitro da vontade coletiva quanto à realização dos seus anseios. É como se coubesse ao Estado não só a consecução dos fins públicos, como também a própria indicação do seu conteúdo, vale dizer, o que é e o que não é interesse público, ou quando ele ocorre ou não. Nesse sentido Vedel e Devolvê *apud* Mancuso:

E assim, sob essa acepção política, o interesse público se apresenta como “um arbitrage entre lês divers intérêts particuliers”. Ora essa arbitragem se prende a critério *quantitativo* (por exemplo, na construção de uma estrada, sacrifica-se o interesse dos proprietários lindeiros, privilegiando o interesse dos que a usarão, por que estes são a mais numerosos), ora o critério *qualitativo* (os doentes pobres, em certa comunidade, podendo ser pouco numerosos; mas o valor do interesse à saúde pública *prevalece* sobre os interesses pecuniários dos demais cidadãos saudáveis; logo, a estes cabe contribuir pra um fundo se assistência médica gratuita) (1997, p 30).

O referido autor faz uma clara distinção entre o que seja interesse social e interesse difuso, ao dispor que:

“Interesse social”, no sentido amplo que ora nos concerne é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por “bem comum”; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes (1997, p 30).

Assim, o interesse social corresponderia ao interesse real da sociedade civil e, interesse público, é o interesse que social como a Administração Pública interpreta ou o afirma.

Adotando uma distinção similar, Barroso fala em interesse público primário e secundário, o primeiro significando realmente o interesse da sociedade, sintetizando valores como bem-estar, justiça social e segurança e, o segundo, significando o interesse jurídico da pessoa de direito público (União, Estados, Município), ou o Erário. No entanto, o referido autor, que não nega a supremacia do interesse público, mas entende essa supremacia como restrita ao interesse público primário, jamais se podendo falar em supremacia do interesse secundário com relação ao particular. Entende que “se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao interprete proceder a ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes ao caso concreto” (BARROSO, 2013, p. 223).

De fato, é a própria ponderação que poderá permitir a identificação em cada caso, o que é interesse primário ou secundário, quando esses interesses convergem num mesmo sentido ou não. Para além dos desvios de finalidade que o direito administrativo clássico também apresenta remédios, é preciso ainda se reconhecer que o administrador também age motivado de certo pragmatismo político ou administrativo e, nesse caso, as razões da Administração Pública, aí significando o interesse público secundário, poderão seguir movidas por maiorias de ocasião, distanciando-se do interesse social, que poderá no caso coincidir com a posição de minorias, ou até mesmo de indivíduos.

5 O DEVER DA LEGALIDADE E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

Atualmente, é comum se falar em crise da Lei como um fenômeno universal. Essa crise se dá por diversos prismas. Fala-se em crise da lei, em razão de uma crise de representatividade, no sentido da própria legitimidade pelos parlamentos da vontade da coletividade, bem como se fala em crise da lei no seu aspecto funcional, vez que se questiona a própria lei como parâmetro de conduta exigível pelo Estado dos particulares.

Binembojm (2008) enumera cinco razões para a crise da lei. A primeira delas é a inflação legislativa, considerada uma realidade em todas as nações civilizadas, com ênfase especial nas de tradição romano-germânica. O mito positivista da completude do ordenamento jurídico aliado à inflação das funções do Estado com o advento do Estado Social inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto por meio de leis, na ilusão de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais, o que de fato não ocorreu. Isso provocou a banalização da lei, esvaziando o sentimento de respeito que se lhe atribuía anteriormente.

Uma segunda razão para a perda de importância pela lei foi a constatação histórica de que a lei pode muito bem ser um instrumento da injustiça e da barbárie. A constatação é que algumas das maiores atrocidades da humanidade, como os crimes nazi-facistas, deram-se à sombra da lei, o que contribuiu para que essa lei perdesse a aura de superioridade que trazia desde a revolução francesa.

A terceira razão para a crise da lei é a perda por esta da centralidade do ordenamento jurídico, que passa a ser ocupado pela Constituição. A Constituição, enquanto sistema de princípios, ganha destaque como norma jurídica, estendendo seus efeitos por todo o ordenamento jurídico no movimento conhecido com constitucionalização do direito. Nesse sentido, a lei perde protagonismo tanto pelo desenvolvimento de meios de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, quanto por se tornar mais um dentre os diversos elementos que compõe o sistema constitucional.

A Constituição se coloca em superioridade tanto formal quanto axiológica, assumindo inclusive quanto ao Direito Administrativo, o papel de principal fonte do Direito. Isso posto, passa a se prestar ao papel de norma diretamente habilitadora de competências administrativas (como no caso em que autoriza a administração a regulamentar leis independente de autorização legislativa), como também serve de critério imediato para decisões administrativas, limitando a discricionariedade do administrador.

Uma quarta razão se refere à criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento à atuação administrativa, como os atos regulamentares autônomos e as medidas provisórias. O que se tem por claro hoje é que a lei não é mais suficiente para condicionar e legitimar a atividade administrativa. Daí a razão do surgimento de novas esferas de normatização mais céleres.

E, finalmente, como última razão, apresenta-se o fato de que, quando o Executivo não tem a atribuição normativa que necessita, normalmente encontra mecanismos de controle ou de larga intervenção no processo administrativo, seja por meios fáticos, como a construção de bases de apoio no parlamento, permitindo aprovar o que for do seu interesse, seja através de mecanismos jurídicos, como, por exemplo, a reserva de competência para proposição de leis sobre certos assuntos relevantes.

Essas são as razões que colocam em cheque a própria lei como instrumento normativo da administração pública e outro dogma tradicional do Direito Administrativo que é a Legalidade da atuação Administrativa, entendida como vinculação positiva à Lei. Sobre a legalidade como princípio da administração pública, convém lembrar Meirelles, que assim o conceitua:

Na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros *poderes-deveres, irregáveis pelos agentes públicos*. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em

benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa (2002, p. 87).

Conforme visto inclusive anteriormente, nem em seu cerne, com a atividade desenvolvida pelo Conselho de Estado Francês, o exercício da função administrativa significou o estrito cumprimento da vontade manifesta do legislador. A referida premissa do direito administrativo também entra em crise, no mesmo ritmo da crise da lei. Alie-se a isso, o processo de crise da atividade legislativa, que coloca em crise também, que se considerada a premissa da legalidade tal qual colocada, coloca em crise o próprio exercício da função administrativa.

Como resposta a essas questões, o papel de centralidade antes concedido a lei, passa a Constituição, e a lei passa a conviver com uma multiplicidade de outras fontes legitimadoras da conduta administrativa, do qual a Constituição passa a ser o eixo de unificação. Em reconhecimento a essa situação, tem-se a substituição da legalidade administrativa, como vinculação positiva à lei pela juridicidade administrativa, em que a legalidade é mais um dos fatores internos de ação da Administração pública, mas não mais o único e nem o mais importante. A própria constituição passa a ocupar posição central nesse novo direito administrativo e a principiologia constitucional se coloca na condição de indutora da realização dos direitos fundamentais e da democracia.

Isso posto, considerando-se o princípio da Legalidade Administrativa e a evolução da legitimação da atuação da Administração para o princípio da Juridicidade Administrativa, três situações devem ser reconhecidas:

- a) A legalidade continua a ser parâmetro da realização da atividade administrativa, desde que a lei a que se vincula seja constitucional.
- b) A atividade administrativa pode encontrar fundamento direto na Constituição, ou mesmo em outra fonte normativa, na forma da Constituição.
- c) A possibilidade da legitimidade jurídica do ato administrativo em contrariedade à lei, em razão da ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (BINEMBOJM, 2008, p. 143).

Na perspectiva da Juridicidade Administrativa, toda a Função Administrativa, entendida no conjunto de poderes e deveres da Administração para realizar seus fins passa a ser entendida não mais pela perspectiva da onipotência da lei, mas pela perspectiva dos princípios constitucionais na condição de instrumentos do Estado Democrático de Direito, na condição de garantidor e promotor de Direitos Fundamentais.

6 VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE E CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Sob a perspectiva da constitucionalização do direito, outro paradigma do Direito Administrativo que merece uma releitura, tem-se a discricionariedade administrativa, entendida como um espaço de livre decisão do administrador, em uma situação de dicotomia entre discricionariedade e vinculação da atividade administrativa, que informa a existência ou não de espaço de decisão ao agente administrativo. Buscando-se

retratar aqui a visão da dicotomia e extrema traz-se aqui a definição de Meirelles quanto a Atos Administrativos Vinculados e Discricionários:

Ato vinculado ou regrado são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que a ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria administração, ou pelo poder Judiciário, se assim requerer o interessado (2002, p. 163).

(...)

Ato discricionário são os que administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo ela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público (2002, p. 164).

O que se verifica, atualmente, é que essa relação de dicotomia entre discricionariedade e vinculatividade se encontra enfraquecida. Se de um lado a lei perde força como elemento de legitimação da atuação do administrador, por outro lado, mesmo no caso da atuação discricionária da administração pública não se permite uma escolha puramente subjetiva. A liberdade decisória não pode ser compreendida como um âmbito de escolha externo ao direito e, por isso mesmo, também não pode ser considerada imune ao controle jurisdicional.

Assim, em substituição à velha dicotomia de atuação vinculada e atuação discricionária da Administração Pública, ganha força a teoria dos diferentes graus de vinculação à juridicidade, na medida em que se compreende que certos atos necessitam de maior margem de ação, em razão das mais variadas situações complexas com as quais a Administração Pública tem que lidar, de questões técnicas. Mas, de toda forma, compreende-se que esses atos não podem fugir à sua própria condicionante legitimadora de que, enquanto atos e políticas públicas devem ser praticados necessariamente em conformidade com a lei e principalmente com a Constituição.

O reconhecimento de diferentes graus de vinculação à juridicidade, implicará, via de regra, em maior ou menor contrabilidade judicial dos atos praticados. Não se pode mais falar em atos, ou aspectos de atos, imunes ao controle judicial. Por outro lado

Naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão (BINEMBOJM, 2008, p. 41).

Em sentido oposto, o controle judicial deverá ser tendencialmente mais rigoroso, na medida em que a atuação discricionária da Administração Pública implique em restrições à direitos fundamentais. Na medida em as escolhas realizadas pelo administrador na conformação entre interesses públicos e privados se revelarem desproporcionais ou irrazoáveis, caberá ao Poder Judiciário proceder ao controle da discricionariedade administrativa, podendo até mesmo invalidar o ato praticado.

7 CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, é possível concluir que diversas premissas do Direito Administrativo estabelecidas em sua origem, num momento de superação do Antigo Regime para um modelo de Estado de Direito, embora encontrem inclusive justificativa naquele contexto histórico, mostram-se problemáticas ante a compreensão contemporânea da função administrativa e das relações entre Estado e Cidadãos, já que o que se observa em diversos institutos do direito administrativo é muito mais um processo de adaptação da burocracia estatal do antigo regime do que propriamente a sua superação e, por isso, nem sempre permitindo o viés garantístico que a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana demandam. Além disso, a constituição assume mesmo um papel mais amplo e normativo no Estado Social, reconhecendo-se a esta o papel de decisões políticas fundamentais, através dos quais ela estabelece princípios, objetivos e prioridade, e assim, além da supremacia formal, a Carta Política assume também a supremacia material, funcionando como elemento de interpretação, reformulação e unificação de todo o ordenamento jurídico através dos seus princípios. Se a proteção de direitos fundamentais, por um lado, reforça a necessidade de atuação do Estado, e com isso a autoridade da máquina estatal; por outro lado, exige também maiores mecanismos de proteção constitucionais do cidadão contra a autoridade estatal.

Assim, considerando a centralidade da dignidade pessoa humana como valor chave do ordenamento jurídico, conforme o próprio texto constitucional, todo o ordenamento jurídico deverá ser compreendido a partir dessa figura central, levando-se em consideração o indivíduo enquanto ser humano sujeito de direitos e, enquanto membro da comunidade política, numa visão complementar e aberta dos interesses gerais da comunidade, conciliando-se assim a proteção de um núcleo fundamental de direitos individuais, bem como as necessidades da Administração Pública, enquanto condutora dos interesses da coletividade.

8 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 1 – parte general. 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo.

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

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**; conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MERRYMAN John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da America Latina**. Trad. Cassio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte, Fórum, 2012.