

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO CORRÊA DE OLIVEIRA

**O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: ENTRE O PODER E A
LEGITIMIDADE**

CURITIBA

2006

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: ENTRE O PODER E A LEGITIMIDADE

Por

Leandro Corrêa de Oliveira

Orientador:

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito do Estado, do setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Curitiba

2006

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: ENTRE O PODER E A LEGITIMIDADE

Autor: Leandro Corrêa de Oliveira

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito do Estado, do setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos Professores:

Orientador:

Professor Doutor ROMEU FELIPE BACELLAR

FILHO

Prof.

Prof.

Universidade Federal do Paraná

*À Lezieny, que amo desde sempre; à meu pai Agenício e
minha mãe Solange e aos irmãos Fabrício e Donato. Sem
vocês não teria forças para percorrer a longa jornada de
estudos em tempos nem sempre fáceis.*

AGRADECIMENTOS

Ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela generosidade em compartilhar seu
saber e pela dedicada orientação.

À Faculdade de Direito do Sul de Minas e à Universidade Federal do Paraná, pela
“virada de Copérnico” em minha vida acadêmica.

Aos amigos e professores do Minter, por terem me permitido o prazer da
convivência;

À Da. Paula (*in memoriam*), à Rose e à Leonora pelo pouso e atenção;

À Beatriz e ao Selmo pelas inestimáveis contribuições: de Direito e de vida.

“Quis conversar com toda a gente.

Não temi o contágio dos contrários, dos inimigos.

E prosseguirei fazendo-o”

Pablo Neruda

RESUMO

A prevalência da Constituição acentua a hegemonia axiológica dos princípios, que se convertem em pedestal normativo do sistema jurídico, detendo a função de assegurar um critério interpretativo e integrativo, num sistema lacunoso, incompleto e imperfeito. E como as normas constitucionais principiológicas são normas abertas, exigem um processo de densificação mais intenso, destacando-se a importância da argumentação jurídica. Nesta esteira de pensamento, a validade axiológica do Direito Administrativo demanda a legitimação das prerrogativas estatais com a comunicação entre governo e sociedade, numa relação dialética que pressupõe a participação democrática a partir da satisfação dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade da pessoa humana. Este trabalho, pois, pretende analisar e demonstrar que a noção de legitimidade do discurso jurídico-administrativo passa da norma acabada (ou do ato administrativo) para seu processo de discussão e formação. A processualidade administrativa tem o condão de legitimar manejo das prerrogativas administrativas, que não mais se sustentam nas concepções tradicionais de interesse público. A constitucionalização do Direito Administrativo e sua vinculação aos direitos fundamentais não permitem mais a configuração de uma noção de interesse público, de titularidade do Estado, que contraste com os princípios fundamentais trazidos na carta republicana, uma vez que há uma conexão estrutural entre interesses públicos e particulares – restando superada a tradicional dicotomia entre o público e o privado. Deste modo todo ato tem um caráter de precariedade o que demanda um ônus argumentativo da Administração, tornando-o sempre passível de ser confrontado com a Constituição.

ABSTRACT

The Constitution prevalence stresses the axiological hegemony of principles that convert themselves into the normative foundation for the legal system and have the function of ensuring an interpretative and integrative criterion in a lacunose, incomplete and imperfect system. And because the Constitution principle rules are open standards they require a more intense densification process distinguishing the importance of legal argumentation. In this line of thought the axiological validity of the Administrative Law requires the legitimacy of State prerogatives with the communication between government and society in a dialectic relationship that implies the democratic participation through the satisfaction of fundamental rights which are defined from the human being dignity. Thus this paper intends to analyze and demonstrate that the legitimacy notion of the legal-administrative discourse goes beyond the ready rule (or the administrative act) to its discussion process and creation. The administrative procedure has the special virtue of legitimating the use of administrative prerogatives that are not supported anymore by the traditional conceptions of public interest. The constitutionalization of the Administrative Law and its linking to fundamental rights do not allow anymore the configuration of a public interest notion, of the State entitlement that opposes the fundamental principles set forth in the Republican Constitution once there is a structural connection between public and private interests – being overcome the traditional dichotomy between public and private. Thus any and all acts have a precarious character that requires an argumentative onus from the Administration turning it into something always subject to being collated with the Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	7
1.1. O Direito Constitucional Contemporâneo	7
1.1.1. Marco histórico do novo Direito Constitucional: o pós-positivismo...10	
1.1.1.1. A Força Normativa da Constituição.....12	
1.1.1.2. A expansão da jurisdição constitucional.....16	
1.1.1.3. A moderna interpretação constitucional.....19	
1.2. A Constitucionalização do Direito.....23	
1.2.1. A constitucionalização do Direito Administrativo.....28	
2. A (RE)CONSTRUÇÃO DO DIREITO EM TERMOS DISCURSIVOS.....	32
2.1. A (re)construção de significados pela <i>praxis</i> : a busca da legitimidade do discurso.....32	
2.1.1. A posição de JURGEN HABERMAS.....38	
2.1.2. A legitimidade do discurso e a Constituição.....39	
3. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	42
3.1. DWORKIN e ALEXY: A definição e aplicação dos princípios jurídicos.....42	
3.2. A posição de HUMBERTO ÁVILA.....46	
3.3. Norma jurídica e Ponderação.....49	

4. PODE O DIREITO ADMINISTRATIVO ASSENTAR-SE NOS ANTIGOS PILARES?.....52

4.1. Apresentação do problema.....52

4.2. O princípio da finalidade e a função administrativa.....56

4.3. O público e o privado na contemporaneidade.....65

4.4. A noção de interesse público.....74

4.4.1. Interesse público não se confunde com interesse do Estado (titularidade).....76

4.4.2. Interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo (interesses secundários).....78

4.4.3. Interesse público não se confunde com o interesse do agente público.....80

4.5. A insuficiência da expressão “interesse público” para a legitimação do ato administrativo.....82

4.6. É possível sustentar a existência de um “princípio de supremacia do interesse público sobre o particular?.....88

5. A EXIGENCIA DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO AGIR ADMINISTRATIVO PARA UMA ORDEM LEGITIMADA E LEGALIZADA.....93

5.1. “Método Democrático” e procedimento.....93

5.2. O deslocamento de eixos: do ato ao procedimento administrativo.....98

5.3. Procedimento e processo administrativo: uma distinção necessária.....102

5.3.1. Processo administrativo e sua configuração constitucional.....107

CONCLUSÕES.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	121

INTRODUÇÃO

As mudanças pelas quais passam hoje o Estado e o Direito modernos advém da própria mudança estrutural da sociedade. Estes refletem as vicissitudes e características do universo político, social, econômico e cultural em que se inserem. A apropriação, pelo Estado, do Direito e sua pretensão de cientificidade e perenidade não mais se justifica perante a sociedade cada vez mais complexa e pluricêntrica. A noção de ordem passa pela crítica de um sistema de regras que tem por característica o desconhecimento da própria realidade em que se insere. Daí a “revolta dos fatos contra os códigos” a que se refere FACHIN, encetando, a novel realidade, caminho para que seus diversos setores (tanto minoritários quanto majoritários) sofram as influências sistêmicas uns dos outros.

Em vez de serem estruturadas hierarquicamente, as sociedades modernas são constituídas por uma série de núcleos interativos (direito, política economia, ciência, arte, religião, etc.) que, a despeito disto, mantêm suas identidades uns em relação aos outros. Este fenômeno faz aumentar uma demanda por controle de influxos, cabendo ao Estado ingerir nas mais diversas áreas da vida social, assumindo atribuições que antes não possuía. Ampliou-se sobremaneira a área de atuação da administração pública, que ao manejar poderes para a consecução de suas finalidades condicionantes (deveres), acaba também por gerar conflitos entre

suas prerrogativas e os direitos dos administrados. Mas este manejo de poderes atase à consecução de deveres inafastáveis os quais, dentre estes, estão a observância dos direitos e garantias fundamentais não mais se justificando a dicotomia havida nos moldes tradicionais entre Estado e Sociedade Civil, mesmo porque aquele é decorrente desta. Sua necessidade, como sociedade política justifica-se na mediação entre os diversos setores sociais com vistas à coordenação entre estes para a obtenção daquilo que se convencionou chamar de bem comum.

Mas o viés democrático aberto pelas Constituições sociais não autoriza o uso arbitrário do poder, fundado, quase sempre nas abstratas e fluidas considerações sobre *vontade geral, razões de estado e interesse público*. A constitucionalização do Direito e o necessário asseguramento dos direitos e garantias fundamentais, nesta ordem de idéias, não permite mais a configuração de uma noção de interesse público, de titularidade do Estado, que contraste com os princípios fundamentais trazidos na carta republicana.

A preservação dos direitos do cidadão coloca-se em posição de destaque no ordenamento jurídico, de modo que a primeira noção de legalidade, na matriz principiológica do *caput* do art. 37 da Constituição federal, passa também pelo asseguramento dos direitos fundamentais. A oposição absoluta e concebida *a priori* entre interesses públicos e particulares, colocada pela leitura tradicional dos princípios regentes do regime jurídico-administrativo não mais subsiste se não se justificar argumentativamente, no caso concreto.

O fenômeno desmorona o distanciamento absoluto entre Estado e sociedade. Há aí uma inter-relação entre ambos. Com efeito, a dicotomia Estado/sociedade

civil oculta a natureza das relações de poder, sendo indiscutível que o direito contribuiu decisivamente para isso. A concepção do poder do Estado como a única forma de poder político-jurídico nunca significou que não houvesse outras formas de poder na sociedade, mas converteu-os em poderes fáticos, sem base jurídica autônoma, e em todo caso, sem qualquer caráter político. Mas o Estado moderno para ser o detentor da prerrogativa de harmonizar a sociedade (e os diversos grupos sociais) se apropria do Direito, por meio da Lei, que é tornada instrumento de observância compulsória. Mas esta harmonização só se torna efetiva com a conciliação da legalidade com a legitimidade.

O Estudo do Direito Administrativo pode-se dizer, sempre esteve ligado à oposição público/privado. A atuação da administração, tradicionalmente, sempre foi estudada sob o prisma do ato administrativo, aqui entendido como a encarnação final de uma vontade administrativa, imposta ao particular, com ênfase nos aspectos materiais e formais necessários à sua edição. O fundamento legitimador do ato era a incontestável supremacia (ou prevalência) de um interesse público (como *puissance publique*) face o particular. Ainda que se colocasse a motivação como um dos requisitos do ato administrativo este ainda padecia carecedor de argumentos justificadores. Qual (ou quais) “interesse(s) público(s)” estaria(m) efetivamente a justificar a tutela pública? Os interesses particulares deveriam ou não ser colocados como elementos condicionantes? Esse interesse público, não raro, ligado a conceitos indeterminados como “saúde pública”, “necessidade pública” centra um elevado grau de subjetivismo em sua conformação que não subsiste aos argumentos jurídicos derivantes de um Estado constitucional.

Esta noção de supremacia do interesse público, erigida à condição de princípio, estabelece uma regra de preferência (algo pré-decidiado) onde, em qualquer situação jurídica, este tipo de interesse acabaria sempre por prevalecer, sem qualquer possibilidade de ponderação. A compreensão do Direito Administrativo reforça a dicotomia a que se aludiu e, nestes termos, deve ser ultrapassada. Compreender as relações jurídicas por compartimentos estanques de interesse (públicos x privados) resta contemporaneamente inviável.

A constitucionalização do direito infraconstitucional evidencia a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico e a faz desfrutar não apenas de uma supremacia formal, mas também material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e normatividade de seus princípios, que invadem a paisagem jurídica e o discurso dos operadores jurídicos. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si (com a sua ordem, unidade e harmonia), mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob o foco da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação destes institutos sob uma ótica constitucional. E, nessa ótica, os interesses públicos são indissociáveis de interesses particulares. No caso brasileiro, a Constituição insistentemente protege a esfera particular e define,

com minúcias, as regras de competência da atividade estatal. Não é à toa que, na vertical relação Estado/cidadão, os Direitos e Garantias Fundamentais são tidos como *elementos limitativos*.

Esta dimensão põe em cheque a tradicional leitura do Direito Administrativo, classicamente concebido como um instrumento de regulação, cuja sistemática fundava-se na oposição público/privado que não mais subsiste. Essa nova leitura passa pela constatação de que estes dois núcleos de juridicidade (e de interesses) não são necessariamente estanques. A eventual preponderância de um sobre o outro não se retira aprioristicamente da norma jurídica, mas dos processos de valoração de argumentos e contra-argumentos que a justifiquem no âmbito da concretude da vida real, fática. Mas este processo deve ser limitado aos princípios estruturantes do sistema constitucional.

Mas isto não se dá sem traumas, uma vez que a imbricação entre o público e privado traz em si o germe da tensão entre o tradicional e o contemporâneo, evidenciando a necessidade de superar antinomias, o que requer do jurista um critério hermenêutico que permita balancear os interesses postos em jogo, o que leva necessariamente ao estudo do que se entende por regras e princípios jurídicos e qual sua relevância para o momento interpretativo. A decisão decorrente desta interpretação, portanto, não é algo que se dê sem controle e este esforço hermenêutico justifica-se para possibilitar a reconstrução de elementos principiológicos do regime jurídico-administrativo, especialmente aquele que autoriza (ou não) uma regra estática de prevalência de interesses.

O Direito Administrativo, principalmente por restar conformado pela Constituição e irremediavelmente influenciado pelas mutações dos quadros político-institucionais, científicos e sociais não pode passar incólume pela contemporaneidade. Sua função de assegurar a supremacia da vontade do Estado sobre os demais sujeitos da sociedade não mais se justifica de modo absoluto. Nesta esteira, ganha relevo o estudo da sua processualidade na medida em que permite então a ponderação entre interesses (públicos e privados) em conflito, no caso concreto, o que possibilita o controle do processo interpretativo como justificativa para o ato emanado. O *iter* teria assim o condão de demonstrar que a decisão administrativa proferida cumpre sua finalidade normativa, resguardando direitos dos cidadãos, materializando a participação democrática na gestão da coisa pública e legitimando o exercício do poder público.

O objetivo deste trabalho, portanto, consiste no exame das questões fundamentais relativas à processualidade no âmbito administrativo e seus escopos para justificar que o mesmo constitui-se em elemento fundamental para o Estado Constitucional e, conseqüentemente, para a garantia do sistema de direitos fundamentais na medida em que informa e legitima a atividade estatal. O processo afigura-se, pois, num instrumento legitimador da atividade administrativa, apto a materializar a participação democrática na gestão da coisa pública e obter um melhor conteúdo das decisões administrativas, além de, principalmente, traduzir-se em garantia dos cidadãos-administrados, no resguardo de seus direitos.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

1.1. O Direito Constitucional Contemporâneo

O Direito constitucional, em sua leitura contemporânea, implica para os outros ramos do Direito uma “viragem copernicana”, de modo que estes se reconstroem a partir da Constituição. Esta reconstrução leva em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral (BARROSO, 2006).

O período do pós-guerra marca o momento histórico deste novo direito constitucional, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, são marcantes a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e com a prevalência do elemento democrático, construiu os Estados Democráticos de Direito, Estado Constitucional de direito, Estado Constitucional Democrático, com uma nítida mudança de orientação política; uma verdadeira repactuação do contrato social originária com a busca de novas finalidades ou de uma nova noção do bem comum tomisticamente considerado (BARROSO, 2006).

LUIZ ROBERTO BARROSO aponta como principal referência ao desenvolvimento do novo direito constitucional a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí, segundo o autor, teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.(2006).

No caso brasileiro, o fator democracia (a redemocratização) também foi de grande relevo para a construção de uma nova concepção a respeito da dignidade da Constituição no ambiente social, jurídico e político por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988, tendo sido capaz, a Constituição, de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Interessante notar que a idéia de Constituição passa a preencher a realidade da vida social e, de certo modo a conforma no que toca aos objetivos fundamentais. A Constituição passa do papel para a realidade do povo brasileiro. Toma corpo e dignidade normativa. Mas tudo não são flores. Por mais evidente que a Constituição

de 1988 seja uma Constituição classificável como social, incluindo-se no moderno Constitucionalismo, a prática jurídico-judiciária assentada em um paradigma liberal-individualista ainda não logrou implementar suas promessas. Neste sentido LÊNIO LUIZ STRECK constata que, no plano das práticas do Direito, continuamos a olhar o novo (Estado Democrático de Direito, constituição dirigente, direitos sociais, etc) com os olhos do velho (modelo de direito liberal-individualista-normativista).(2004).

Dizendo de outro modo, no Brasil, predomina ainda o modelo de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício (sic) ou onde Caio é o agente/autor. As críticas denotam o distanciamento desta prática para a realidade social de milhares de homens, mulheres e crianças que estão à margem do ambiente social, que precisam do sistema estatal mas a ele não têm acesso enquanto a interpretação do Direito predominante é a que leva em conta o patrimônio e o indivíduo (em sua concepção egoística e descompromissada).(STRECK, 2004).

As críticas são dirigidas, à evidência, à dogmática jurídica não-garantista, que não questiona as vicissitudes do sistema jurídico, reproduzindo esta injusta e desigual ordem social.

Visto isto, é inegável, contudo, que, sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração, ficando a sociedade mais permeável a seus influxos. O elemento político alia-se ao elemento normativo, sendo a um só tempo capaz de simbolizar conquistas

e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços (BARROSO, 2006). Nessa ótica o sistema constitucional (1) é sistema aberto, que se traduz na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções variáveis de verdade e justiça; (2) é sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas e (3) é um sistema normativo, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob sua forma de regras.(CANOTILHO, 2002:1143).

Há, ainda que tímido, mas crescente, um *sentimento constitucional*. E este sentimento foi capaz de tornar a Constituição o elemento de fundação e refundação da legislação infraconstitucional. No primeiro caso vincula a atividade legiferante, que não pode conceber normas que vão de encontro ao ordenamento jurídico e no segundo veda que a legislação já existente seja aplicada (ou interpretada) de maneira dissonante dos princípios e normas constitucionais.

1.1.1. Marco histórico do novo direito constitucional: o pós-positivismo

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente

complementares. A quadra atual é assinalada pela superação - ou, talvez, sublimação - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (BARROSO, 2006)

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou

personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas, que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

No plano teórico, reconheceu-se: a) a força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 1999).

1.1.1.1. A Força Normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Atribui-se aqui relevância ao pensamento de KONRAD HESSE que, sem desprezar os significados de fatores históricos, políticos e sociais, chama a atenção para a “vontade da constituição” (*Wille zur Verfassung*).

A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se se fizerem presentes, na consciência geral não só a vontade do poder, mas também a vontade

da Constituição. Conforme KONRAD HESSE “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Condicionam-se mutuamente mas não dependem pura e simplesmente uma da outra. A Constituição jurídica tem seu significado próprio na medida em que consegue lograr eficácia em conformar a própria realidade do Estado (1991:15). Para o autor:

A Constituição não configura 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 conformar à realidade política e social (1991:15)

Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Este ponto de vista evidencia-se na obra de FERDINAND LASSALE, que em 16 de abril de 1862 proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição. E segundo sua tese fundamental,

questões constitucionais não são questões jurídicas, mas políticas, expressas nas relações de poder (poder social). E estas relações de poder centraria a força ativa determinante das leis e instituições da sociedade. A Constituição, nessa visão, não passaria de um *pedaço de papel*¹.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2a. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80. Uma insinceridade normativa grassava no país que, nesta época, padecia no autoritarismo militar e que a despeito de autoritário, era Constitucional. Como dar credibilidade à Constituição se a negativa a direitos humanos ia de encontro com a própria noção de constitucionalismo²? Como discordar do fato de que a Constituição de 1967 e sua Emenda de 1969 não eram pedaços de papel no que toca ao asseguramento dos direitos fundamentais?

¹ Conforme aponta GILMAR MENDES em apresentação à obra de KONRAD HESSE, a Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca no embate entre os fatores reais e de poder. A realidade não deve impor-se, necessariamente em desfavor daquela. “A Constituição não significa um pedaço de papel, como definido por LASSALE. Existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa” (1991, p. 5).

² Para Canotilho, Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável para a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. É “no fundo uma teoria normativa da política”. (2000, p. 51).

E não é só; ultrapassada a noção da negação absoluta de Direitos vinda com a Carta de 88, posta a normatividade constitucional em outro patamar, reconhece-se à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais e objetivos públicos³ (além de estruturar o Estado, conforme tradicionalmente lhe cabia) a própria hermenêutica acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, colocada em termos conservadores serve, não raro, (so)negar direitos constitucionalmente assegurados tornando-a, nos dizeres de LUIZ ROBERTO BARROSO um “repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”. (2006).

Nesse aspecto é relevante o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria, que ainda não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*, mas coloca no debate o fato de que ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas a Constituição coloca a seu serviço o instrumental jurídico existencial e operacional⁴ do direito constitucional retirando-o do debate meramente político.

³ Trata-se da constituição dirigente, na consagrada expressão de Canotilho.

⁴ Segundo ANA PAULA DE BARCELLOS, Do ponto de vista existencial, a constitucionalização dos princípios da cidadania e dignidade da pessoa humana é capaz de protegê-los da restrição ou supressão através da técnica da cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF/88), pelo qual se retira da alçada dos legislador ordinário, e até mesmo do poder constituinte derivado ou reformador, a possibilidade de tratar da matéria, salvo para ampliá-la. Assim, toda e qualquer corrente política que venha a ser democraticamente eleita, seja qual for seu programa político, terá sua ação subordinada juridicamente a esses princípios fundamentais, pois o próprio Estado brasileiro está a eles vinculado. Do ponto de vista operacional, a juridicização constitucional atribui eficácia jurídica, e portanto, alguma forma de sindicabilidade judicial, aos efeitos práticos que esses

1.1.1.2. A expansão da jurisdição constitucional

Outro fator de relevo a ser destacado é a expansão da jurisdição constitucional. Desde os momentos iniciais de formação da jurisdição constitucional depara-se o estudioso com o infindável problema de até onde poderia ir o órgão judicial naquilo que foi concebido pelo legislador como representante legítimo da vontade popular. Nesta esteira de pensamento o valor (e o procedimento) democrático passaria pelo asseguramento da voz da maioria (através do parlamento) ou da defesa de valores pactuados e reiterados no âmbito social, mas protegidos por um órgão aparentemente carecedor de legitimidade: o judiciário.

Conforme anota CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO “De modo geral, as críticas ao controle judicial da constitucionalidade, principalmente as baseadas no pensamento democrático, têm girado em torno do contraste entre a legitimidade conferida pelo povo, durante o processo eleitoral, aos órgãos legislativos, e a alegada ilegitimidade de órgãos judiciários e cortes constitucionais não eletivos”.(2002:1).

Com efeito, até antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do

princípios, dotados de superioridade hierárquica, possam produzir. Desta forma, quanto mais fundamental e relevante for a circunstância regulada pela norma e o efeito por ela pretendido, mais consistentes deverão ser as modalidades de eficácia jurídica a ela reconhecidas. (2002, p.28).

Parlamento e da concepção *rousseauniana* da lei como expressão da *vontade geral*. Mas a experiência norte americana do *judicial review*⁵, aliada às novas experiências constitucionais do pós-guerra trouxe um novo modelo: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolve a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

As objeções que surgiram identificavam na nova sistemática uma oposição aos princípios democráticos uma vez que a estabilidade e a ausência do crivo popular para os membros do judiciário suprimiria a vontade popular que, de regra, se manifestava pelo sufrágio. E esta problemática mereceu tratamento dos mais variados autores e correntes do pensamento, destacando-se aqui, com HABERMAS, que “a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no controle abstrato de normas”. Para o autor, este controle abstrato deve situar-se nas mãos do legislador. (1997:300).

Com efeito, ao poder dizer, de forma determinante e definitiva sobre a constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria

⁵ Segundo PAULO BONAVIDES, o *judicial review* é criação típica do Estado liberal, na medida em que a revisão judicial da lei inconstitucional se dá de maneira ‘despolitizada’ (2003, p. 319). Esta despolitização abrange o círculo dos direitos fundamentais, diminuindo-o. Isto centra inegável dificuldade teórica, que resolve-se, pela observância da matriz principiológica da Constituição uma vez que os Estados sociais demandam um viés político (no sentido de observância dos interesses da *polis*) mesmo aos órgãos do poder judiciário responsáveis pelo controle da constitucionalidade.

tutelando o próprio Estado⁶. (BONAVIDES, 2003:301). É inegável, todavia, que este controle exerce grande influência para a própria democracia ao colocar, dentro da técnica jurídica e da “moldura normativa” de que tratou KELSEN (1998): um conjunto de valores infensos às maiorias voláteis. A própria noção de um princípio contra-majoritário impõe não só um exercício moderado do poder político, mas também um ônus argumentativo no âmbito da decisão.

No Brasil, o controle de constitucionalidade, embora exista, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891, expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) onde mesmo as normas municipais poderiam passar pelo crivo do STF.

⁶ Neste aspecto, poder-se-ia indagar da própria questão da tripartição dos poderes e o equacionamento entre independência e harmonia entre estes, ou mesmo o mito em que se constitui dado que o poder é uno, indivisível e indelegável, evidenciando-se a teoria de Montesquieu não à separação de poderes, mas de funções, oriundas, todas, de um mesmo poder político. Um posicionamento crítico à teoria da tripartição de poderes pode ser vista no voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau no julgamento da ADIN 3367-1, sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça.

1.1.1.3. A moderna interpretação constitucional

Finalmente, em sendo o constitucionalismo democrático a ideologia vitoriosa do século XX, condensando em si as promessas da modernidade (poder limitado, dignidade da pessoa humana, preservação e promoção de direitos fundamentais (muitas delas ainda não cumpridas, é verdade)) e tendo como marco histórico a Constituição de 1988, possibilitou a um só tempo a transição bem sucedida para um real Estado Democrático de Direito e a reiteração de valores fundamentais para a sociedade brasileira, que passa a acreditar na força normativa deste documento como elemento conformador e transformador da própria realidade social (veja-se aí os objetivos fundamentais da república – art. 3º).

Este marco, contudo, demanda a busca de um sentido mais profundo da Constituição como instrumento destinado a estabelecer uma adequação entre Direito e Sociedade (BONAVIDES, 2003:476). Neste passo, poder-se-ia dizer que ainda se busca uma integração entre o elemento político e o normativo; os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica e os pressupostos de eficácia da Constituição (HESSE, 1991) passam pela construção do significado da ordenação jurídica na realidade, em sua relação, em seu inseparável contexto e em seu condicionamento recíproco. Conforme HESSE

Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’. Não há outra possibilidade.

Por outro lado, quem considera, exclusivamente a realidade política ou social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado de ordenação jurídica. A despeito de sua evidência, este ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade (1991:13).

Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Mas sem prejuízo, a dissonância entre realidade e ordenamento jurídico, conforme anota PAULO BONAVIDES, “gera um estado de inconformismo com o positivismo lógico-formal” (2003:476). Não é por outra razão que o direito constitucional – e o Direito de um modo geral – passa por um profundo processo de transformação apto a ensejar a construção de novos patamares de compreensão e a desconstrução de conservadores e arraigados posicionamentos que não mais dão conta dos problemas advindos de uma sociedade cada vez mais complexa.

Este fenômeno configura um novo direito constitucional (neoconstitucionalismo), a constitucionalização do Direito e a judicialização ampla de questões políticas e sociais cujo marco filosófico é o pós-positivismo, que em

razão da supremacia da Constituição (não só formal, mas e principalmente material), irradia para o ordenamento valores, fins públicos e comportamentos de sua matriz principiológica. A Constituição passa a não ser simplesmente um sistema em si, mas um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito.

Conforme aduz LUIZ ROBERTO BARROSO as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Quanto ao papel da norma, a solução dos conflitos não mais se retira de uma atividade de subsunção, em razão do relato abstrato do texto de lei. Quanto ao juiz, este se torna não mais um mero proclamador de textos legais, mas um intérprete dotado de um *plus*: torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (2006).

Essas transformações noticiadas acima descortinam, nos dizeres de BONAVIDES, “um campo de imprevisível extensão para o florescimento de distintas posições interpretativas no domínio da hermenêutica constitucional” (2003, p. 477). O novo método interpretativo distingue-se daquele de teor exegético, familiar aos positivistas do Estado liberal (BONAVIDES, 2003, p. 477), evidenciando a relação dialética entre Estado e sociedade, consubstanciando no pacto social (a Constituição) a integração de todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal (direitos humanos, objetivos fundamentais, democracia, etc.).

Esse conjunto axiológico passa a ser lido em função da realidade. A construção dos sentidos pelo intérprete deve partir da concretude da vida e dos significados intersubjetivamente conjugados pela comunidade política, num discurso onde os argumentos devem ter a pretensão de correção e sinceridade. Não é à toa que BONAVIDES coloca que “o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, “concretude” da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração. [...] a Constituição se torna por consequência, mais política do que jurídica.” (2003:479).

E para BONAVIDES é justamente esta “politização” que permite extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época e as circunstâncias⁷ (2003:479). As diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação incluem as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

⁷ Se este posicionamento é celebrado pelo autor, sua serenidade permite identificar também seus os perigos ao anotar que o constitucionalismo contemporâneo, ao sacrificar a juridicidade, não raro cai no extremo oposto de uma valorização exclusiva e unilateral do social e mesmo a usurpação da própria atividade legislativa quando o intérprete excede os limites razoáveis em que se há de conter ou quando cria ou inventa, *contra legem* sentidos para o texto constitucional (2003).

1.2. A Constitucionalização do Direito

A noção de constitucionalização do Direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica. Pressupõe a expansão do conteúdo material e axiológico da Constituição para todo o sistema jurídico. Conforme MIGUEL CARBONNEL:

Por 'constitucionalización del ordenamiento jurídico' propongo entender um proceso de transformación de um ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.(2003:49)

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, revelando a aproximação entre constitucionalismo (e a força normativa da Constituição) e democracia. Nesta esteira consagram-se os entendimentos de que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra

função, qual seja, a de instituir uma ordem objetiva de valores⁸ não mais (ou tão somente) numa ótica liberal, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.

Entre nós, sobretudo após 1988, e mais fortemente, nos últimos anos, a Constituição passa a desfrutar desta supremacia diferenciada, não necessariamente formal, mas material, axiológica⁹. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, ingressa na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos. Com esta noção, afasta-se o formalismo positivista¹⁰ representado, por muito tempo entre nós, pelo ideário do *code*, cujo tradicional modelo – o liberalismo - entra em crise a partir do momento em que o Estado, pressionado por demandas de uma sociedade cada vez mais complexa, passa a assumir as funções antes deixadas à iniciativa privada.

O Estado, antes, distante e observador das relações individuais, passa a ser intervencionista e regulador, atuando quotidianamente na vida econômica, destruindo, enfim, os muros que separavam a sociedade do Estado.¹¹ O Direito não sai incólume deste processo. Do centro do sistema jurídico desloca-se o Código

⁸ Neste sentido Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, 2002, Ingo Wolfgang Sarlet, (**eficácia**), e Gilmar Ferreira Mendes, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 1998.

⁹ Para LUIZ ROBERTO BARROSO a partir de 1988 a supremacia material da Constituição potencializa-se pela abertura do sistema jurídico à normatividade de seus princípios. (2006).

¹⁰ Para PAULO BONAVIDES, a Constituição a despeito de ser lei é sobretudo Direito, tal como reconhece a teoria material da Constituição. (2003, p. 582).

¹¹ Para Boaventura Sousa Santos o impacto do Estado Social no direito foi enorme. A monitoração intensificada dos processos econômicos e sociais pelo Estado conduziu ao desenvolvimento de novos domínios do direito, como o direito econômico, direito do trabalho e o direito social, todos eles com a característica comum de conjugarem elementos do direito privado e direito público, esbatendo assim ainda mais a linha de demarcação entre Estado e Sociedade Civil. (2002, p. 149).

Civil (que representou o papel de um direito geral, a “constituição do homem comum” que conferia a unidade dogmática ao ordenamento) para ser ocupado pela Constituição.

O Código Civil (pensado e criado sob a ótica e a ideologia do racionalismo jurídico do século XIX) não mais se encontra no vértice das relações jurídicas, cujo lugar foi ocupado pela Constituição (que irradia seus princípios fundamentais para toda a ordem jurídica). A unidade do ordenamento, característica reconhecidamente essencial da estrutura e função do sistema jurídico, decorre agora da existência (pressuposta) da norma fundamental como fator de (re)validação das manifestações jurídicas, fato que demanda, como consequência, em alguns casos, a superação e, em outros, a releitura de institutos ou métodos da dogmática tradicional¹².

A Constitucionalização significa que os princípios básicos do Direito emigram para a Constituição (AMARAL, 2001:53), segundo um novo paradigma sistêmico. A unidade do ordenamento, característica reconhecidamente essencial da estrutura e função do sistema jurídico, decorre agora da existência (pressuposta) da norma fundamental como fator de (re)validação das manifestações jurídicas. Nessa ótica (1) é sistema aberto posto que tem uma estrutura *dialógica*, que se traduz na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções variáveis de verdade e justiça; (2) é sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas e (3) é

¹² A crítica ao tradicional não implica no desperdício da experiência (BOAVENTURA, 2002).

um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob sua forma de regras.(CANOTILHO, 2002:1143).

A Constituição passa a ser o elemento de fundação e refundação da legislação infra-constitucional. Neste sentido, EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, assevera que

la Constitución constituiye el ‘contexto’ necesario de todas y cada una de las leyes y reglamentos y normas Del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación, aunque sea um contexto que todas las excede en significado y en rango; en este sentido habrá que entender que la indicación del art. 3.1. de nuestro Código Civil, que ordena interpretar las normas ‘según el sentido propio de sus palabras, *en relación con el contexto*’, llama, en primer término, para depurar ese contexto, a la norma constitucional precisamente (así, expresamente, el Tribunal Constitucional, Sentencia de 15 de abril de 1991).(2006).

O assentamento constitucional, nesta perspectiva, vincula tanto a atividade legiferante, que não pode conceber normas que vão de encontro ao ordenamento jurídico quanto a interpretação do legislação vigente que não pode ser aplicada (ou interpretada) de maneira dissonante dos princípios e normas constitucionais. A normativa constitucional insere-se, destarte, no corpo do Direito como elemento de controle e vinculação, seja impedindo o desbordamento, nas relações jurídicas privadas, dos imperativos constitucionais, seja dotando de operabilidade prática tais imperativos, nos casos concretos, seja vinculando a relação Estado-cidadão à

perspectiva dos direitos fundamentais, não numa ótica individual e egoísta, mas comunitária e solidária¹³.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Trata-se da *filtragem constitucional* a que se referem os constitucionalistas, que consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida com os óculos da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Não se trata, como se poderia pensar, de trazer para a Constituição toda a problemática da totalidade das relações jurídicas. Isso a tornaria um supercódigo fazendo surgir, como diz CANOTILHO, um problema metódico da aplicação da Constituição. O problema da carga de direitos constitucionais será resolvido pela *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais* através das *soluções diferenciadas* (CANOTILHO, 2002:1271) por meio do exercício de um direito subjetivo¹⁴ constitucional dotado de operatividade prática na mediação dos direitos pelo juiz. Isto porque liberdades e garantias são hoje direitos subjetivos os quais não se deduzem formalmente da norma positivada (o que possibilitava o Direito e o não-Direito) mas dos princípios determinantes do novo sistema.

Abre-se ao direito infra-constitucional a possibilidade da funcionalização de seus institutos em razão da Constituição, com vistas à proteção da pessoa inserida

¹³ LUIZ EDSON FACHIN sublinha que, nesta viragem copernicana, há uma inversão do locus de preocupações, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento. (2003).

¹⁴ Instituto típico do Direito Civil.

em seu contexto social (coletivo) segundo uma ótica multidisciplinar que reúna, como pretende FRANCISCO AMARAL, “as diversas perspectivas de estudo do fenômeno jurídico, de modo a poder oferecer-se à comunidade uma alternativa a um direito que não mais lhe convém”(2000:382).

Os princípios constitucionais se dotam de utilidade prática (e não meramente programática) para atender as dimensões múltiplas do que está na esfera do individual, fato que abre ao juiz a tarefa inescusável do controle de constitucionalidade difusa para, com critérios ou medidas materiais, desaplicar a lei que não se atenha aos preceitos da ordem constitucional e principalmente revelar os valores do humano, reconhecer novas juridicidades e desvelar velhas iniquidades, abrindo-se, como pretende FACHIN “uma dimensão criativa que se fará sob as luzes da jurisprudência, doutrina e legislação superveniente”.(2003:330).

1.2.1. A constitucionalização do direito administrativo

Em matéria de Administração Pública, promove a Constituição Federal de 1988 uma verdadeira sistematização de regras (porque não dizer codificação) de Direito Administrativo, consagrando princípios e preceitos fundamentais à própria caracterização deste ramo do Direito. Destaque-se, com JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, que nunca houve na história do Direito Constitucional brasileiro uma descrição tão minuciosa de disposições administrativas, podendo-se encontrar na

Constituição, pela primeira vez, a expressão “Administração Pública”, no capítulo VII, cujo título é precisamente este: Administração Pública. (1990:4).

Com efeito, na Constituição brasileira, além dos princípios explícitos, podem ser encontradas regras de gestão, concurso público, contratação e estabilidade de servidores, mecanismos de controle, etc.; algo que poderia ser chamado de codificação das normas administrativas, que tradicionalmente, conforme JEAN RIVERO, são tradicionalmente jurisprudenciais¹⁵:

Este tratamento constitucional significa inegável avanço para a consolidação das instituições democráticas, mormente porque, como assevera DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a função administrativa, “mais problemática das funções do Estado” é também a “mais rebelde de submeter-se à ordem jurídica” (1992:52). Neste passo, com a previsão constitucional de normas administrativas “garante-se um núcleo mínimo de unidade e coerência a partir dos postulados constitucionais” (BACELLAR FILHO, 2003:30).

Ainda que com a amplitude da previsão na Constituição de normas administrativas possa se identificar o fenômeno da constitucionalização, isto ainda não seria suficiente para sua leitura contemporânea, correndo-se aí o risco da permanência de uma visão ainda dentro dos estreitos limites positivistas. A constitucionalização do Direito Administrativo passa mais por uma nova justificação axiológica decorrente da força normativa da Constituição do que

¹⁵ Segundo RIVERO o direito administrativo é largamente jurisprudencial. É um traço fundamental. Obrigado a resolver litígios para os quais a lei não lhe fornecia qualquer princípio de solução, o juiz teve de construir, muitas vezes completamente, a regra que iria aplicar. (1981, p. 36).

necessariamente pela mera previsão formal de suas regras. Mesmo porque a matriz principiológica da Constituição perpassa a matriz principiológica do regime jurídico-administrativo (re)construindo significados.

É ROMEU FELIPE BACELLAR quem identifica esta sutileza ao dispor que a afirmação de princípios constitucionais altera a perspectiva de um Direito Administrativo fixado unilateralmente no princípio da legalidade. Isto porque a noção de legalidade só pode ser extraída da “interpenetração” deste com os demais princípios sem se perder de vista a “visão conjuntural” da “inserção num sistema constitucional”. A supremacia da Constituição impõe que tanto o processo de produção legislativa quanto a interpretação do Direito Administrativo sejam levados a cabo conforme os princípios constitucionais (2003:27). Para o autor, concretiza-se um “movimento da Constituição em direção à Administração ou ao Direito Administrativo, e da Administração e do Direito Administrativo para a Constituição” (2003:28).

Daí retira-se que a compatibilidade do Direito Administrativo com o sistema constitucional deve ser formal, mas, sobretudo, material. Pelo primeiro, seriam encontrados os limites à discricionariedade, a imposição dos deveres de atuação e os poderes para sua concretização, por órgãos constitucionalmente competentes, observado o procedimento fixado (BACELLAR FILHO, 2003:29). Pelo segundo, os fundamentos de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário.

Posição semelhante é encontrada na obra de ROBERTO DROMI, para quem

el derecho administrativo tiene en la constitucion los títulos de sus capítulos y la axiología constitucional impera en el orden administrativo, sin que pueda conferírsele a éste sólo un contenido formalista, ajeno a los fines, y en virtud de un criterio tecnológico que postula la neutralidad del sistema administrativo sob pretexto de una determinada pureza metodológica (1997:19).

A validade axiológica do Direito Administrativo decorre de uma evolução sociopólítica que importa alterações radicais nas instituições e concepções vigentes, que coloca a manifestação das prerrogativas estatais sempre face ao tema da legitimação, que, por seu turno, se relaciona com o modo de comunicação entre governo e sociedade, numa relação dialética onde a busca do consenso pressupõe participação democrática: o reconhecimento de que o caráter democrático do Estado parte da satisfação dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade da pessoa humana.

Colocando-se de outra forma, esta nova justificação pressupõe um compromisso do Direito Administrativo com a realização de interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos (JUSTEN FILHO, 2003:3).

2. A (RE)CONSTRUÇÃO DO DIREITO EM TERMOS DISCURSIVOS

2.1.A (re)construção de significados pela práxis: a busca da legitimidade do discurso

No âmbito do direito, a crítica ao discurso dogmático-jurídico traduz-se em algo que aponta para sua valoratividade, ou seja, sua não limitação à lei e sua interpretação para muito além do mecanicismo formal. EROS GRAU ensina que “o tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno – se desmancha no ar. Paralelamente, à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável” (2003:107).

A teoria crítica, destarte, relaciona-se com uma ação que resulta na transformação da realidade, ou, como define ANTÔNIO CARLOS WOLKMER, numa “formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipatórias, de prática jurídica” (2002:18).

Esta prática emancipatória é anunciada por CLÈMERSON MERLIN CLÈVE que denuncia o dogmatismo e a episteme positivista, sob o fundamento de que o conhecimento não pode reduzir-se ao modelo preconizado pela razão instrumental e mais, desvela a imbricação necessária entre o jurídico e o político ao anunciar: “eis o momento de se propor um saber inserido na historicidade, resultado de uma relação de conhecimento do jurista com o mundo e, voltando-se para o futuro, apto a formular conceitos teórico-práticos para mudá-lo”. (1993: 208).

CLÈVE anuncia uma teoria crítica que não se limita a criticar o direito instituído meramente na teoria, mas que busca construir uma teoria crítica que resgata a dimensão política do direito, a fim de concretizar as demandas sociais, as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a teoria crítica se efetiva na prática político-social.

Esta (re/des)construção do direito passa evidentemente pela nova justificação axiológica – de índole constitucional – e pela aproximação da crítica com as contribuições das diversas correntes lingüístico-filosóficas, graças às quais a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, característico da filosofia moderna, transforma-se na pergunta acerca das condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo, o que significa dizer que ‘não existe mundo totalmente independente da linguagem, ou seja, não existe mundo que não seja exprimível na linguagem’ (STRECK, 2004:176).

Os sentidos nunca seriam pré-concebidos, mas compreendidos histórica e socialmente, de modo que os sentidos seriam sempre (re)construídos. Daí a

constatação de que não existe norma, senão norma interpretada. (HABERLE, 2002). Não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente. (STRECK, 2004:230).

O que ocorre é que, desde sempre o ‘sujeito interpretante’ está inserido no mundo, em um mundo lingüisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição. (STRECK, 2004:230). Isso demonstra uma passagem, uma guinada lingüística que, no dizer de HABERMAS, “colocou o filosofar sobre uma base metódica mais segura e o libertou das aporias das teorias da consciência” (1990:16).

Com a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem¹⁶ o ato de conhecer passa a ser constitutivo de nós mesmos, lingüística, histórica e socialmente por meio das inter-relações sociais, dotadas de práticas comunicativas pré-significantes. A racionalidade, nesta ótica, é mais modesta, ou fluida, do que aquela pretendida pela amplitude da racionalidade do homem, que a partir de si, constrói os significados para aplicar ao mundo das coisas¹⁷.

Neste estágio (de construção de significados pela *praxis*) ao se colocar a questão da justiça, da dignidade da pessoa humana (e do próprio Direito) estas

¹⁶ Esta passagem também é denominada de giro lingüístico, e conforme aponta LÊNIO STRECK, citando BLANCO, generalizou-se no conjunto das demais tradições filosóficas deste século, propiciando, deste modo, conceituar (e localizar) o movimento que se tem produzido na filosofia dos últimos anos, para o qual o tema da linguagem se põe como tema de reflexão comum às diferentes tradições do pensamento, tendo tido impacto dentro do campo de algumas ciências humanas e sociais.

¹⁷ A pretensão do cientificismo moderno; no caso do Direito, a pandectística, por exemplo: pretensão de resolução dos problemas sociais *a priori* → o Direito que se torna matemática.

nunca poderiam ser resolvidas aprioristicamente, mas pela busca de sua construção e reconstrução num processo comunicativo e dialógico, onde o consenso e o dissenso estão presentes. Isto pressupõe um contínuo questionamento tanto sobre a correção dos argumentos quanto do conceito (construído comunicativamente) que se tem do objeto. Há, deste modo, um contínuo movimento (ou processo) reflexivo que, na superação do dissenso (necessário e inevitável numa sociedade plural e complexa) haja o atingimento do consenso.

O consenso passa a ser construído num espaço público de debate. Não é (ou não deve) ser imposto por uma instituição, decorrendo daí a noção de legitimidade da pretensão de validade do discurso jurídico tendo em vista o que é factível. O giro hermenêutico, no caso do Direito permite observar (e efetivamente se levar em conta) as complexidades de uma sociedade aberta e plural e seu papel nesta (re)construção de significados; significados estes que não são pressupostos (não mais se enclausuram na moldura estática do Direito tradicional) pois, se “os fatos se revoltam contra os códigos” (FACHIN, 2003) é necessária a profunda compreensão da complexidade inerente ao Direito, pressupondo o retrabalho da racionalidade em termos discursivos.

Daí PETER HABERLE afirmar que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. A norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, realiza-se com os participantes sobre as forças ativas da *law in public action* (2002). Este (re)trabalho interpretativo passa necessariamente pelo Direito Constitucional; pela definição do que se entende por um Estado Democrático (que se torna verdadeiro *topoi* argumentativo), o que só

pode acontecer pela possibilidade institucional de se trazer para a arena pública as leituras conflitantes, de modo a possibilitar à sociedade plural, efetivamente, afirmar sua existência de forma concreta, através do fluxo comunicativo: pela *praxis*, não só jurídica, mas também política.

A (re)construção de significados, todavia, não é tarefa simples; demanda a destruição de racionalidades arraigadas, não raro ascéticas e descompromissadas com as demandas sócio-ideológicas de um Estado de bem-estar social que sequer chegou a ser implantado¹⁸. Mas a destruição destas racionalidades não pressupõe sua total eliminação, mas um movimento às vezes antropofágico, de aproveitamento de conquistas, guardando o novo e o velho uma tensão imanente sem a qual a reflexividade do debate seria impossível.

Isto demanda um debate empreendido segundo um preceito ético de correção, não só da responsabilidade do orador para com o auditório, mas deste para com o orador (nem um nem outro devem ser *persuadidos*, mas convencidos¹⁹), de modo que a retórica estratégica não venha a corromper o debate e, com isto, a

¹⁸ Para Lênio Luiz Streck, é evidente que a Constituição de 1988 é uma Constituição classificável como social, incluindo-se no moderno constitucionalismo, lado a lado com as Constituições européias do pós-guerra. Mais do que isso é uma Constituição dirigente, contendo no seu ideário a expectativa a realização dos direitos humanos e sociais até hoje (só)negados à sociedade brasileira. Aponta ainda que passados doze anos desde a promulgação da Constituição, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. Essa inefetividade põe em xeque, já de início, o próprio art. 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república brasileira.

¹⁹ O conceito de auditório universal foi concebido por PERELMAN: trata-se de um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva. Dirigir-se ao auditório universal é o que caracteriza a argumentação filosófica e seu conceito não é empírico: o acordo de um auditório universal não é uma questão de fato, e sim de direito. Para Perelman, o auditório universal é ideal no sentido de que é formado por todos os seres dotados de razão, mas por outro lado é uma construção do orador, quer dizer, não é uma entidade objetiva. Não apenas os oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas o auditório universal de um orador é mutável. A crítica a Perelman é não oferecer nenhum esquema que permita uma análise adequada dos diversos tipos de argumentos jurídicos nem do processo de argumentação, assim como sua concepção de Direito e Sociedade é conservadora e sua teoria da argumentação parece pensada para satisfazer às necessidades de quem aborda o Direito e a sociedade com esta perspectiva, mas não para quem adota uma concepção crítica ou conflitualista desses fenômenos, o que acaba por justificar o Direito positivo, com a persuasão em razão de argumentos fortes (ATIENZA, 2003).

possibilidade emancipatória daí decorrente. O discurso também deve possuir legitimidade.

Desloca-se o eixo de discussão da norma acabada para seu processo de discussão e formação e, principalmente, para as finalidades a que pretende atender; finalidades consensuais e que, por isto, possam vincular legitimamente os participantes. Neste âmbito de discussão, a idéia moderna de Constituição passa pela tensão entre facticidade e validade, de modo que todo ato jurídico tem um caráter de precariedade o que demanda um ônus argumentativo, tornando-o sempre passível de ser confrontado com a Constituição.

Conforme anota MARIA FERNANDES REPOLÊS legitimidade passa a ser condição de legalidade (2002), tornando possível a contraposição à visão tradicional que insiste em ver a crise do direito moderno como um hiato entre a produção do Direito positivo e a normatividade social efetiva, ou seja, entre o teor de suas normas e as condutas efetivamente verificadas, ou seja, sua capacidade de regular, influenciar e acompanhar o desenvolvimento da realidade.

Este déficit de acompanhamento normativo, não seria, na visão da autora, um hiato, mas tensão entre ideal e real, entre a facticidade e a validade, que se traduz na tensão entre a dimensão normativa e a objetiva.

2.1.1. A posição de JURGEN HABERMAS

HABERMAS coloca a questão da teoria política e do Direito, segundo a tensão entre facticidade e validade. Estes subsistemas não podem se desenvolver isoladamente, de modo que um não tenha nada a dizer ao outro, sob pena de ambos, perderem contato com a realidade social. Sua teoria, pode-se dizer, nos faz refletir sobre a possibilidade da construção de uma sociedade justa e democrática e que cumpra as promessas da modernidade, com a defesa dos conteúdos mais radicais do Estado Democrático de Direito.

As tradições liberais e republicanas do pensamento político moderno são relidos em função desta tensão entre o válido e o factível, que por consequência redefine o Direito e seu comprometimento com o asseguramento dos direitos humanos, da cidadania, da dignidade e do próprio caráter democrático deste, o que só se justifica a partir da idéia de política deliberativa, sendo a sociedade de novas discussões, de novos temas, e espaço legítimo e público de discussão²⁰. O Direito surge nesta ordem de coisas como o mecanismo estabilizador das expectativas na sociedade moderna que, no entanto, deve permanecer aberto à ação comunicativa.

²⁰ Neste ponto HABERMAS concorda com os liberais, entendendo que a esfera privada (não aqui entendida como esfera egoística) traduz-se num importante local de comunicação, até para o resguardo de uma esfera efetivamente pública – Habermas amplia, destarte, a idéia de esfera pública, sem descuidar dos processos públicos de discussão da própria esfera pública, evidenciando, todavia, uma necessária tensão entre público e privado (REPOLÊS,2002).

2.1.2. A legitimidade do discurso e a Constituição

A busca da legitimidade do discurso a partir de uma teoria da argumentação habermasiana é promovida, dentre outros, por ALEXY. O resultado a que ele chega, a tese central de sua concepção, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica, como um caso especial do discurso prático geral, isto é, do discurso moral, atado a sistemas de normas e de procedimentos, cuja pretensão de correção reside na sinceridade dos falantes e na fundamentação de seu valor prático no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito.

Este condicionamento implica notar que o direito, como sistema de normas, é composto não só de regras, como também de princípios: “mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus”, cuja forma característica de aplicação é a ponderação²¹ (ATIENZA, 2003:181).

A estrutura da ponderação de princípios de ALEXY considera-a obrigatória em função de sua normatividade. Com efeito, pretende colocar uma ordem mais apurada no sistema de princípios (um sistema de prioridades *prima-facie*) que se realiza por meio da ponderação, segundo um procedimento que assegure não a obtenção de uma única resposta correta, mas em mais de uma resposta.

Nessa linha, conforme aponta CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, se o processo argumentativo se desenvolve de acordo com as regras da razão prática é

²¹ Destaque-se aqui o posicionamento de Humberto Ávila, que, em estudo crítico à tradicional distinção entre princípios e regras, demonstra também a capacidade de ponderação das regras (2005).

possível a obtenção de uma correção argumentativa relativa, e não, simplesmente na persuasão do auditório (2002).

No âmbito do procedimento seria possível aos participantes criticar as posições normativas formuladas por outros com base no uso incorreto da linguagem, de modo que representa um estímulo decisivo à correção lingüística. Se para a norma, os princípios de direito constitucional serem como reserva de justiça e limites à atividade legislativa, no âmbito da decisão sua legitimidade só poderia ser extraída se houvesse a possibilidade do exercício da democracia. O consenso (e a pretensão de correção dos argumentos) só será legítimo se os falantes forem dotados de um mínimo de condições para inserirem-se no debate democrático (SOUZA NETO, 2002).

É inegável que significativo avanço para a busca da legitimidade do discurso foi empreendida por autores como CLÈMERSON MERLIN CLÈVE no sentido de desenvolver o princípio da máxima efetividade, cuja sistematização corresponde ao reconhecimento de uma força normativa à Constituição, no sentido de que, da perspectiva do avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.

CLÈVE aponta para a necessidade de tomar um espaço ocupado por forças conservadoras e lutar “ombro a ombro” onde elas estão inexoravelmente arraigadas, para contribuir com a construção de uma nova dogmática, o que implica em destitui-la de suas posições confortavelmente desfrutadas. Para ele:

a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus*, onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo poder constituinte, de sua obra. A luta, que se travava no seio da Assembléia Constituinte, transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Afirmar esta ou aquela interpretação de determinado dispositivo constitucional, defender seu potencial de execução imediata ou apontar a necessidade de integração legislativa, constituem comportamento dotados de claríssimos compromissos ideológicos que não podem sofrer desmentido²².

Para o autor, no Brasil contemporâneo, constitui missão do operador jurídico produzir a defesa da Constituição. “A Constituição brasileira, tão vilipendiada, criticada e menosprezada, merece consideração. Sim, porque aí, nesse documento mal escrito e contraditório, o jurista encontrará um reservatório impressionante de *topoi* argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo, defender”²³.

²² *in A teoria constitucional e o Direito Alternativo*: para uma dogmática constitucional emancipatória, in *Uma vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 37-38.

²³ *in A teoria constitucional e o Direito Alternativo*: para uma dogmática constitucional emancipatória, in *Uma vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 37-38.

3. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

3.1. DWORKIN e ALEXYY: a definição e aplicação dos princípios jurídicos

O influxo do Direito Constitucional sobre os demais ramos do Direito, em especial àqueles pertencentes ao chamado Direito Público, trouxe avanços significativos no que se refere à aplicação e interpretação das normas, de modo que, como afirma HUMBERTO ÁVILA, releva hoje construir o sentido e delimitar a função das normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional: os princípios jurídicos (2005, p. 15).

Com efeito, PAULO BONAVIDES ao tratar dos momentos constituintes das últimas décadas do século XX acentua a hegemonia axiológica dos princípios, que se convertem em “pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (2003:264). Para o autor, o reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios da pirâmide normativa (não só formal quanto material) significa que estes devem ser equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder (2003:264). Nesta ordem de idéias “os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímem, a ordem jurídica. Não

apenas a lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”(BONAVIDES, 2003:288).

Vivemos hoje um Direito essencialmente principiológico. E esta percepção permite vislumbrar que o Direito é poroso às diversas interpretações e ao uso da linguagem. Não se enclausura mais no que foi a marca da ciência jurídica da modernidade²⁴. Neste sentido ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO assevera que “a irradiação dos princípios constitucionais sobre o direito infraconstitucional não exclui, antes, pressupõe, a existência de um direito lacunoso, incompleto, imperfeito” (2003:154). Os princípios, segundo o autor, teriam o condão de assegurar um critério interpretativo e integrativo da Constituição em razão de uma funcionalidade estruturadora sistêmica.

E como as normas constitucionais principiológicas são normas abertas, exigem um processo de densificação mais intenso, além do comprometimento do intérprete para como o discurso jurídico, que deve ser ético e não retórico (BACELLAR, 2003:149). Cabe aqui lembrar as lições de THEODOR VIEHWEG sobre a importância da argumentação jurídica e a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos (1979).

A elaboração de uma teoria contemporânea dos princípios deve-se, grande parte, à tentativa de oferecer soluções para os impasses entre jusnaturalismo e positivismo²⁵ e oferecer soluções para os impasses da crise de racionalidade do

²⁴ O direito moderno buscou racionalizar a vida social, de forma ordenada, tornando-se o direito o *ersatz* da plena cientificação da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar esta função o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico (SANTOS, 2002, p. 120)

²⁵ Neste sentido ver análise de PAULO BONAVIDES sobre a conquista da normatividade principiológica desde o que denomina “Velha Hermenêutica”, o jusnaturalismo (e a fase metafísica e abstrata dos princípios),

Direito (entre a estática e a dinâmica)²⁶. Situam-se nesta teoria contemporânea as acepções de RONALD DWORKIN²⁷ e ROBERT ALEXY cujo pensamento se torna fundamental na demonstração de que a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.

Ambos apontam para a grande presença dos princípios nas constituições contemporâneas, destacando, especialmente DWORKIN, que os princípios têm elevada importância na resolução dos chamados “casos difíceis”, que se caracterizam pela ausência de regras rígidas à situação fática ou pela flagrante injustiça, no caso concreto, da regra aplicável (2002). ALEXY, por seu turno, partindo das considerações de DWORKIN, alargou²⁸ ainda mais o conceito de princípios. Para ele, princípios são uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas (1997:87). E mais: os princípios jurídicos são, no mais das vezes, princípios morais (ALEXY, 1994:15), podendo ser comparados a valores (ALEXY, 1997:138).

o positivismo jurídico e o ingresso dos princípios nos Códigos e o pós-positivismo, passando os princípios a serem tratados como Direito (2003, Cap. 8).

²⁶ O positivismo formalista legalista – decorrente do sistema jurídico romano-germanista – sustenta-se em um discurso lógico perfeitamente articulado, científico, transformado em discurso do Estado, aqui entendido como ente totalmente deslocado do substrato social, que não mais pode subsistir face a funcionalidade do sistema jurídico e sua dinâmica relação entre Estado/Sociedade, que coloca às claras o fracasso da pretensão epistemológica do Direito moderno de resolver aprioristicamente, pelos códigos, os problemas da Sociedade pela mera atividade da substanciação. Hoje, mais do que nunca, cabe ao jurista ampliar, a partir da prática jurídica, por meio das mais variadas técnicas e métodos de interpretação, os espaços democráticos do direito dominante, facilitando a emergência de um direito libertário e protetor da dignidade do homem (MERLIN CLÈVE, 1993, p. 227).

²⁷ Ver especialmente a obra **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁸ Na divergência existente entre os autores, DWORKIN analisa os princípios de maneira mais restritiva, atinentes unicamente aos direitos fundamentais, fazendo dos bens coletivos meras *policies*, ao contrário de ALEXY que alarga o conceito ao inseri-los em seu conceito, alargando sua amplitude (BONAVIDES, 2003:281).

Para estes autores, conforme assinala CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, a preocupação fundamental é demonstrar que a decisão judicial não é um ato de vontade de autoridade judicial, mas um ato que toma por base critérios normativos preexistentes, não esgotados nas regras jurídicas (2002:219). Isto fica evidente na hipótese de um caso complicado (*hard case*) onde pode não haver uma regra apta a estabelecer a obrigação legal, impondo ao juiz a formulação de uma nova regra para o futuro²⁹, o que configuraria, conforme enfatiza BONAVIDES (2003:265), legislação *ex post facto*, nunca o cumprimento de uma obrigação já existente.

Isto porque um princípio não pretende estabelecer, necessariamente, as condições que tornem sua aplicação necessária, mas, enunciar uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas dependente, ainda assim, de uma decisão particular (DWORKIN, 2002:41). Para ALEXY, os princípios assim seriam fundamentos para juízos concretos de dever, dotados de alto grau de generalidade e qualidade³⁰. O reconhecimento de que são mandados (normas) de otimização permite que sejam cumpridos em diferentes graus e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas (1997:86), colocando-se aí a questão da ponderação, o que se verá mais adiante.

²⁹ Os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, pode-se dizer que ele ilustra uma regra particular (por exemplo a regra de quem um assassino não pode beneficiar-se de testamento de sua vítima). Mas a regra não existe antes do caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra (DWORKIN, 2002:46).

³⁰ Aí reside um dos pontos de distinção entre regras e princípios, caracterizando-se aquelas como normas de grau relativamente baixo de generalidade. (ALEXY, 1997, p. 83-84).

3.2. A posição de HUMBERTO ÁVILA

Esta prevalência dos princípios (a construção teórica e a euforia que envolve esta noção) acaba também por gerar problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Conforme aponta HUMBERTO ÁVILA, os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los (2005).

Isso demanda a análise da norma jurídica (e a distinção entre princípios e regras), eis que, em alguns casos, apequena-se a regra e, em outros, o pesado caráter valorativo que os envolve não permite uma investigação intersubjetiva controlável (diante do caso concreto) que acaba por levar a investigação à mera proclamação acrítica de sua relevância. Noutros casos, a falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas leva categorias distintas a serem consideradas como sinônimas: princípios seriam confundidos como axiomas, postulados, idéias, critérios, etc. Compreender o que é e o que não é um princípio não se impõe como mero desejo classificatório (metodológico) mas decorre da necessidade de obter a compreensão dos institutos em jogo, onde diferentes designações geram diferentes fenômenos, fato que prejudica a análise crítica e o próprio potencial emancipatório do Direito (ÁVILA, 2005).

Para HUMBERTO ÁVILA, as afirmações categóricas a respeito da distinção entre princípios e regras viraram lugar-comum. Normas, ou são princípios ou são

regras. As regras, ao contrário dos princípios, não precisam nem podem ser objeto de ponderação. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas. Os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou se deve abrir uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso (2005, p. 18).

Não concorda com o autor com alguns dos pontos da teoria contemporânea³¹, indagando: (a) se todas as espécies normativas comportam-se como princípios ou regras; (b) se as regras não podem ser objeto de ponderação; (c) se as regras sempre instituem obrigações peremptórias e (d) se o conflito entre regras, diferentemente dos princípios, sempre acabaria com a invalidação de uma delas ou com a abertura de uma exceção a uma delas. (2005:18).

Estes problemas (que não desqualificam este direito principiológico) incitam a busca de soluções argumentativas, reveladoras de sentido para dar conta das situações que não podem (e não poderiam) ser concebidas *a priori*, ou resolvidas por simples subsunção como se quis um dia. Por este motivo, propõe a superação do enfoque baseado numa alternativa exclusiva das espécies normativas. O modelo dual de separação regras/princípios seria assim substituído por um modelo tripartite de dissociação: regras/princípios/postulados (2005:62), permitindo a

³¹ O autor critica especialmente as teorias de DWORKIN e ALEXY e afirma que não é coerente afirmar que só os princípios possuem uma dimensão de peso. As regras também teriam uma dimensão axiológica e seriam passíveis de ponderação, na medida em que qualquer norma tem um caráter provisório de poder ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes diante do caso concreto (ÁVILA, 2005).

experimentação de uma dimensão imediatamente comportamental (regra), outra finalística (princípio) e outra metódica (postulado) (2005:129).

Nesta visão, as regras se caracterizaram pelo caráter eminentemente descritivo, vez que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Sua interpretação e aplicação exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte com o intuito de gerar uma solução específica para o conflito entre razões (2005:129-130).

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, pretensiosamente complementares e parciais, cuja aplicação “demanda uma avaliação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida necessária à sua promoção”; “determinam a realização de um fim juridicamente relevante”(2005:129). Evidenciam-se pela promoção gradual, abrangendo apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão sem o intuito de gerar uma solução específica. Contribui, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. (2005:130).

Os postulados, por seu turno, “estruturam a interpretação e aplicação dos de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios” (2005:130). São entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico e, por isso, não oferecem argumentos substanciais para a fundamentação de uma decisão, mas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito. (ALEXY, 1997).

Esta distinção se faz importante uma vez que o que a doutrina comumente denomina de princípio (como idéia normativa geral; como fundamento ou pressuposto para o conhecimento do ordenamento jurídico) são verdadeiros postulados, ou, em outras situações, quando evidenciam uma prescrição, com baixo grau de indeterminação, com o intuito de gerar uma solução específica para o conflito de razões seriam regras.

Retira-se daí que as definições pretendem demonstrar que há fenômenos distintos a serem compreendidos, e não raro, explicados da mesma forma. Nessa situação –a da confusão conceitual – a aplicação de um instituto, cujo significante é diverso, ensejará significados distintos, com prejuízos para a compreensão do Direito nos moldes contemporâneos (ÁVILA, 2005).

3.3. Norma jurídica e ponderação

Conforme HUMBERTO ÁVILA, "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (2005:22). Sendo assim, para o autor, a interpretação não se caracteriza como um mero ato de descrição de um significado pressuposto. O significado (e o sentido) é construído por meio da decisão. A norma só se concretiza no uso ou com o uso, fato que põe por terra a noção de subsunção entre conceitos prontos antes processo de aplicação (2005:23).

Mas isto não implica dizer que o texto, antes do momento interpretativo, não tivesse significado algum. “Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual”. Os sentidos e significados nestes termos surgem também de uma reconstrução tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. Daí dizer o autor que “interpretar é construir a partir de algo” (2005:25).

E é por esse motivo – que as normas são construídas a partir de algo, pelo intérprete³² – que ÁVILA entende que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio (2005:26). Essa qualificação depende de um juízo axiológico; juízo este que não é exercido sem nenhum controle. Ao contrário, pois o ordenamento jurídico estabelece alguns pontos de partida (a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos) os quais não podem ser desprezados (2005:26). E é por conta disso que a atividade interpretativa reconstrói o significado a partir da linguagem: A constitucionalização impõe, destarte, que os dispositivos legais sejam interpretados de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores da linguagem constitucional. (2005:26).

Ocorre que a atividade interpretativa e a busca pela decisão correta não mais se sustentam em limites de preferência explícitos e estáveis. O trabalho interpretativo situa-se num complexo de interesses que pressupõe a flexibilidade e a

³² Neste sentido, como visto, já afirmava PETER HABERLE que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada – interpretar um ato normativo seria então coloca-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (1997).

mobilidade dos valores em função do caso concreto. Não se constitui a solução a partir da igualdade hierárquica de valores e princípios (ALEXY, 1997:156). Da mesma maneira não se pode ordenar os valores ou princípios da norma fundamental em todos os casos e de uma maneira obrigatória (ALEXY, 1997:156).

A existência de colisões de normas constitucionais passa a ser um fenômeno natural ante a natureza dialética das Constituições modernas, que consagram bens jurídicos muitas vezes contrapostos. Há choques entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, entre o direito de privacidade e a liberdade de expressão dentre tantos outros. A ocorrência destas colisões leva à necessidade de ponderação fundado num modelo de fundamentação racional (ALEXY, 1997:157-172)

A subsunção, por óbvio, não dá conta da resolução dos conflitos em termos tradicionais (hierárquico, cronológico e da especialização) vez que esta colisão decorre da interpretação das disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.

4. PODE O DIREITO ADMINISTRATIVO ASSENTAR-SE NOS ANTIGOS PILARES?

4.1. Apresentação do problema

É cediço que a atividade administrativa justifica-se para o atendimento do *interesse público*. Mas este interesse, peculiar, por que diz respeito à coletividade, não raro, encontra-se numa zona nebulosa, justificando-se ou não dependendo dos interesses e pontos de vista postos em jogo. Nesse ambiente, a determinação *prima-facie* deste interesse seria sempre (ou quase sempre) dada pelo administrador, que a despeito de estar vinculado à lei por um princípio, poderia vicejar uma certa dose de liberdade no manejo das prerrogativas inerentes ao poder.³³ Isso porque a lei pretende que seja adotado em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão a finalidade que a inspirou (BANDEIRA DE MELLO, 2002:811).

Por óbvio, se a lei vinculasse a todo momento a conduta do administrador padronizaria sempre a solução, tornando-a invariavelmente a mesma para casos concretos diferentes. Não seria assim possível um catálogo preciso e de antemão

³³ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello a Lei, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente os pressupostos requeridos para prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. O ato, nestes casos, seria vinculado. Reversamente, há situações onde é dado ao administrador certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei (2002: 810).

concebido para resolver os fatos surgidos da realidade, justamente porque o mundo empírico compreende diversas faces e inúmeras variantes, onde, não raro, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis (BANDEIRA DE MELLO, 2002:811).

Mas não é só. Ainda que o manejo das prerrogativas administrativas decorresse de conceitos jurídicos unissignificativos, sua aplicabilidade ao caso concreto também não se daria de forma tranqüila. Os conceitos jurídicos e a (re)construção interpretativa evidenciam a fluidez e a imprecisão, demandando do aplicador uma atividade interpretativa, que pondere os interesses de acordo com a linguagem constitucional, privilegiando este ou aquele ponto de vista, dependendo da situação concreta observada.

Não seria, por isso, desprovido de sentido afirmar que, ainda quando a atividade administrativa caracteriza-se pela vinculação, exista a fração de um poder discricionário quanto à órbita de amplitude do conceito trabalhado. Se o fundamento dos manejos das prerrogativas administrativas reside, simultaneamente no intento legislativo de vincular o administrador a alguma prática vinculante (um dever de observância à lei) e pretensão de que este possa identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade normativa num ambiente cujos conceitos dizem respeito ao mundo do valor e sensibilidade, há que ser também necessário deste (administrador) um esforço (ou ônus) argumentativo que justifique racionalmente a decisão tomada³⁴.

³⁴ Neste sentido, a ponderação fundamentada racionalmente a que se refere ALEXY (1997:157).

Se a manifestação de deliberações e decisões (atos administrativos) influi na vida da comunidade são, portanto, necessários mecanismos de balizamento do exercício do poder como forma de contraposição às tendências personalistas ou atuações dissociadas de elementos conformadores do Estado Democrático de Direito e dos objetivos constitucionais. E isso só pode se dar mediante um processo que demonstre que a decisão administrativa proferida cumpriu a finalidade prevista pela norma jurídica.

A formalização de um agir administrativo, conforme afirma ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, é exigência do Estado Democrático de Direito e que permeia todo o Direito Público, porque “sua matriz é a de um Estado que cria o Direito e submete-se ao mesmo em função da garantia dos indivíduos contra o arbítrio” (2003, p.121).

O processo faz parte desta exigência argumentativa, na medida em que permite percorrer racionalmente os fundamentos da decisão. Afigura-se, pois, num instrumento legitimador da atividade administrativa que, ao mesmo tempo, materializa a participação democrática na gestão da coisa pública e permite a obtenção de uma atuação administrativa mais clarividente e um melhor conteúdo das decisões administrativas. De igual modo traduz-se em garantia dos cidadãos-administrados, no resguardo de seus direitos (BANDEIRA DE MELLO, 2001:429).

Disso decorre que, aos administrados em geral, haverá de ser dado não apenas o direito de saber o que a Administração faz, mas também, por que o faz. Não mais se justifica o estudo do ato administrativo, como a emanção final de uma vontade administrativa, sem a verificação dos elementos que o levaram a ser

editado. Esse deslocamento de eixos, para o Direito Administrativo, significa verdadeira mudança paradigmática: o deslocamento do eixo de estudo impõe a análise dos elementos justificadores do ato administrativo, num contexto intersubjetivo de interpretação, onde o público nem sempre será mais relevante que o particular, o que põem em cheque, de plano, a tradicional leitura dos princípios da indisponibilidade do interesse público e a supremacia deste sobre o particular e sua implícita idéia de que o interesse público estaria sempre dissociado do interesse particular.

E como o interesse particular toma corpo como elemento fundamental para a formação da vontade estatal, o Estado Democrático de Direito exige um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa: a conformação do processo segundo o prisma dos direitos fundamentais evidencia um viés democrático da Administração e que reside no fato de que a procedimentalização do agir administrativo pressupõe uma relação estável entre administrados e administração.

O procedimento, assim configura-se num método democrático exigido pelo Estado Democrático de Direito, que fixa as regras do agir administrativo na sociedade, de modo a resolver, legitimamente, os conflitos. (BACELLAR FILHO, 2003). Com efeito, ao se ter uma constituição que vincula os poderes públicos, estão também, irremediavelmente, vinculados os atos do Estado, surgindo daí o princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição, que exige, desde logo, a conformidade intrínseca e formal de todos os atos dos poderes públicos (sentido amplo) com a constituição.

E se o estado constitucional tem como base estruturante um sistema de direitos fundamentais, uma raiz antropológica que reconduz o homem à sua condição de pessoa, cidadão, trabalhador e administrado, como corolário lógico do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade (CANOTILHO, 2003), deve registrar-se o dever da administração em agir conforme a constituição e revogar os atos ilegais que eventualmente tenha praticado, de ofício, mormente se tais atos atentam contra a referida base estruturante do estado constitucional.

Considerando que a Administração Pública sempre buscou mecanismos para impor e legitimar suas prerrogativas, seria de se indagar, no atual estágio de desenvolvimento do Direito, se tais prerrogativas poderiam ainda ser manejadas sem um procedimento democrático que as justificassem ou de outra banda, até que ponto a visão tradicionalista do Direito Administrativo auxiliaria no asseguramento de direitos constitucionalmente postos.

4.2. O princípio da finalidade e a função administrativa

Durante muito tempo, concebeu-se este o Direito Administrativo como a regulamentação da autoridade. Conforme SÉRGIO FERRAZ o Direito Administrativo brasileiro é autoritário. “É preciso que digamos isto sem qualquer vergonha: a administração pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas, porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a

administração pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial” (1986:99).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO anota que existe uma noção, ainda que difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa “vergar” os administrados; talvez, em razão de suas características excepcionais, exorbitantes, que iam além daquilo que se verificava no Direito comum, sede das relações pautadas pela idéia de igualdade. Não sem razão, as formulações atinentes a este ramo do Direito dizem respeito a “poderes” da Administração, “poder regulamentar”, “poder hierárquico” e outras nomenclaturas semelhantes. (2006:42).

Essa base ideológica reflete uma característica do Estado moderno quanto ao processo de formação deste quase como sendo uma “decantação” da concentração dos meios de administração, comunicação, transporte, policiamento e da guerra num determinado espaço territorial, tal como assinalado por MAX WEBER. Para o sociólogo austríaco, tais prerrogativas permitiriam sedimentações dos embates e conflitos políticos, sociais, militares, econômicos e sociais e militares das lutas e influências recíprocas de cunho cultural e religioso, que formalizaram o moderno capitalismo europeu ocidental.

São essas decantações que se resumem em determinado momento na monopolização dos meios de dominação e administração, baseados na criação, tanto de um sistema permanente e centralizante dirigido de taxaço, quanto de uma força militar regular, de existência constante verticalizada (hierarquizada por necessidade

técnica) e piramidalmente dirigida, nas mãos de uma autoridade governamental central (DREIFUSS, 1993:27).

Nessa ótica, seriam incluídas ainda a monopolização da formulação legal e do uso legítimo da força pela autoridade central e a organização de um funcionalismo orientado e racionalmente, cujo exercício de funções administrativas e executivas (de tom coercitivo, coativo e persuasivo) é dependente da autoridade central, despersonalizada e burocrática. (DREIFUSS, 1993:27). A orientação, de certa forma, do Direito Administrativo, visto aqui em seu viés conservador, mantém este tipo de dominação, sendo comum a noção de que o regime jurídico-administrativo concerne à função estatal, exercitada tanto através do corpo de órgãos não personalizados.

Esse tipo de dominação era tida por WEBER como “dominação de caráter racional”. Por ela obedece-se a uma ordem impessoal, fundada no estatuto e na regulamentação cujo exercício se dá pelas autoridades investidas pela lei. Cria, destarte, a noção de competência, cujo tipo mais puro é a autoridade burocrática (1991:141). Distingue-se esta da dominação carismática e tradicional, mas sua vinculação com o elemento político é inafastável.

Nesse moderno aparato burocrático-estatal, domina a impessoalidade nas relações: “Obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer. Também quem ordena obedece, ao emitir uma ordem, a uma regra: à ‘lei’ ou ‘regulamento’ de uma norma formalmente abstrata”.

Conforme anota KATIE ARGUELLO, a aplicação formal da lei, nesta visão, torna a administração impermeável a quaisquer valorações, refletindo um ideal de relacionamentos neste sentido onde o comportamento do funcionário consiste em proceder *sine ira et studio* (1997:83). Se o objetivo da burocracia é gerir o poder, e se esta gestão racional possibilita não só a gerência mas também à manutenção deste poder, a racionalidade ascética do Direito Administrativo focada na organização, na hierarquia e na própria existência autônomo do ato administrativo (visto dissociado das circunstâncias legitimadoras que o levaram a ser editado) justifica a dominação, que neste aspecto, afigura-se ilegítima. Conforme aponta DALLARI, este critério weberiano, puramente formalista, legitimaria autocracias nas quais o poder é exercido contra a sociedade (2005: 44).

A organização burocrática seria, portanto, útil à aspiração do Estado moderno de conservar o monopólio da força legítima, sendo também útil ao pensamento político hegemônico presente. WEBBER permite visualizar a estreiteza dos laços entre capitalismo, Estado moderno e seu aparato burocrático. A idéia de calculabilidade, eficiência, maior previsibilidade, objetividade e desumanidade caracterizariam este tipo de organização por ser a que melhor satisfaz as exigências para o desenvolvimento do capitalismo moderno porque pode assegurar maior previsibilidade e igualdade formal diante das normas abstratas do Direito³⁵.

O conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo sempre permaneceram vinculados à uma realidade sociopolítica, numa dada configuração

³⁵ Note-se, neste aspecto, a discussão acerca da necessidade do marco regulatório e do alcance do poder normativo das Agências Reguladoras e sua relação com o ânimo de investimento de empresas privadas em setores relevantes para a economia nacional, como bem retratado por Alexandre Santos Aragão, *in Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

do Estado moderno, que, com o poder político centralizado, investido do monopólio da violência, afirmava sua soberania interna e externa por meio da coação e da coerção. Como decorrência, o aparato estatal foi investido do poder de combater e eliminar qualquer obstáculo por meio a força. E a justificativa – o motivo – de seus atos tinham uma baixa densidade argumentativa, bastando, para o manejo de suas prerrogativas a invocação de um interesse público etéreo, fluido, que a despeito de justificar, nada justificava.

Mas o monopólio da violência não pressupõe a legitimação pela violência. Ao contrário, está a Administração, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades podendo para tanto manejar poderes (ou prerrogativas). Mas cumpre à atividade administrativa uma determinada *função* atada ao atendimento de interesses públicos. Esta consideração, por outro lado, encerra também grandes dificuldades no que toca à sua definição ante a extensão e heterogeneidade de atuações pretensamente públicas.

A Administração pública está adstrita ao cumprimento de certas finalidades objetivando o interesse de outrem, exercendo seu agir na conformidade das intenções legisladas, o que, em última instância retrataria uma “vontade” administrativa. Essa função a ser exercida traduz a idéia de atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado.

Isso porque a figura do princípio da legalidade pode ser visto em duas vertentes. Pela primeira, consagra-se ao particular (e de que trata o art. 5º, II da Constituição Federal), que o permite atuar em liberdade, sendo-lhe deferido fazer

tudo aquilo que a lei não o proíbe³⁶. A legalidade, nessa vertente, encarna verdadeira garantia constitucional na medida em que repele as injunções impostas ao indivíduo por outra via que não seja a da lei³⁷.

Sua outra vertente (a da legalidade estrita) foi incorporada à Constituição Federal pelo *caput* do art. 37, remetendo a administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à sua observância. Nesse ponto, o comando da legalidade assume feição distinta, só podendo o administrador fazer aquilo que a lei determina, de modo que o que não está legislado não é permitido.

Isso porque a administração pública, nos dizeres de EGON BOCKMANN MOREIRA, “concretiza atividade qualificada pela tutela de interesses públicos indisponíveis, titularizados pela coletividade, diferentemente do particular que almeja, em regra, interesses particulares” (1999:10). Para o autor esta diferença resultou na elaboração dos conceitos de “função” e “relação administrativa”, que evidenciam um regime precipuamente administrativo afastando as injunções indevidas do Direito privado (1999:10).

MARÇAL JUSTEN FILHO define a função administrativa como o “conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob o regime

³⁶ A mensagem constitucional é clara: os comandos de proibição (deixar de fazer) e de obrigação (fazer) só podem ser veiculados por meio de uma lei, em seu sentido amplo. À falta desta, o comportamento está permitido. Destaque-se que a lei pode adquirir forma permissiva, exteriorizando uma faculdade a um indivíduo. Logo, a permissão é único comando que pode derivar tanto de uma lei quanto da ausência desta.

³⁷ Sobre o conceito de Lei destaque-se a preciosa contribuição de CLEMERSON MÉRLIN CLÈVE *in A atividade legislativa do poder executivo*. São Paulo: RT, 2000.

jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional” (2005:29). Pode, destarte, ser compreendida como um feixe de prerrogativas vinculadas à promoção de direitos fundamentais por meio de organismos especialmente destinados à sua satisfação.

Com efeito, verifica-se desde logo que, de acordo com a vontade expressa do legislador constituinte originário, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da Constituição de 1988), o que, por si só bastaria para evidenciar o tratamento privilegiado que os direitos fundamentais reclamam no âmbito do Estado constitucional.

Se o vértice do ordenamento jurídico é a Constituição, sua matriz principiológica centra-se na dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Tais direitos expressam uma ordem de valores cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, no âmbito do que se convencionou denominar “eficácia irradiante” (SARLET, 1998). A eficácia dos direitos fundamentais implica para a noção de função administrativa sua vinculação à realização de princípios e valores fundamentais.

Sob esta ótica, vincula-se o regime jurídico-administrativo à equação entre legitimidade e legalidade onde se exige a consonância do poder com a opinião pública e com os princípios fundamentais da ordem jurídica vigente. O elemento democrático *in casu* reside na noção de que a atividade administrativa só pode se dar se fundada no consenso entre os elementos da sociedade quanto aos aspectos de dominação estatal, os quais, por seu turno, só se justificam se vinculados à matriz principiológica da Constituição Federal, especialmente no que se refere à proteção

de direitos fundamentais. Os poderes só se justificam, por assim dizer, se estiverem alinhados com os objetivos pactuados soberana e democraticamente.

Se para o Direito Administrativo, os elementos que compõem o conceito de função são: agente público, investido no dever de satisfazer uma finalidade no interesse público, tal como fixado em lei, necessitando para isso dos poderes indispensáveis à consecução de seu dever, outorgados sempre no interesse alheio ao sujeito que maneja o poder (BOCKMAN MOREIRA, 1999:18), não se pode olvidar que esse conceito se liga com a idéia de constituição na medida em que, conforme definição de MARÇAL JUSTEN FILHO, os poderes jurídicos destinam-se à promoção e satisfação dos interesses essenciais, relacionados com os direitos fundamentais (2005:28).

Daí CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aduzir que só se ter função “quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade” (2006:86). Desincumbir-se de tal dever significa manejar certos poderes (sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir) para a satisfação do interesse alheio (2006:86). Desta maneira, o manejo das prerrogativas administrativas só se justifica se figurarem com instrumentos por meios dos quais se assegura o cumprimento de determinada finalidade.

A noção de “dever-poder” se situa, portanto, de acordo com a equação legalidade/legitimidade eis que a tônica do poder assenta-se no asseguramento dos interesses dos elementos da sociedade, discursivamente assentes de que, para tais atendimentos, poderes devam ser manejados, inclusive contra algum dos elementos

da sociedade³⁸. Mas, tais poderes não podem ir além daquilo que o próprio ordenamento jurídico coloca como razoável.

Nesse sentido, se a Administração pública está atrelada ao cumprimento de certas finalidades, compulsórias no que se refere à coletividade; é em nome do interesse público que deve agir, observada a intenção normativa. Sua função reside, portanto, na obrigatoriedade do atendimento de interesses de terceiros, o que afasta a própria noção de autonomia da vontade, característica do Direito Privado, onde, de regra, os interesses são buscados em proveito próprio, egoisticamente. Onde há função não há espaço para a busca de interesses pessoais. Há, ao contrário, a submissão da vontade aos objetivos traçados constitucionalmente, na busca de bem zelar um interesse de outrem, ainda que isso contraste com o próprio interesse do aparelho estatal.

Afasta-se, com isso, do Direito Administrativo, seu ranço autoritário. A Administração, nesses termos, não pode se auto-afirmar como um elemento contraposto à própria sociedade; como se não presenciasse as mesmas realidades e dramas.

³⁸ Nesse sentido a idéia de uma supremacia de um interesse público sobre o particular.

4.3. O Público e o Privado na contemporaneidade

Se legalidade (como manifestação estatal) precisa estar concorde com os envolvidos no processo democrático (num processo intercomunicativo) interesses públicos e privados acabam por se situar em patamares móveis e instáveis. Tem-se o público como a esfera dos interesses gerais da coletividade e o privado como aquele microcosmo de relações experimentadas em recesso, pelo indivíduo, fora do alcance da *polis*. O público e o privado corresponderiam à metáfora de NELSON SALDANHA que diferencia a “praça” do “jardim”; cada um com princípios e lógicas próprias (1986).

Ao longo do tempo, foram utilizados critérios para a diferenciação destes campos do Direito tendo em conta natureza jurídica das relações. Como aponta DANIEL SARMENTO (2005:30) Num primeiro momento foi tomado o (1) Direito Público como o ramo pertinente àquelas matérias onde haveria um interesse imediatamente público (coletivo) e mediamente subjetivo (individual) ao passo que o Direito Privado seria o *locus* dos interesses imediatamente individuais e mediamente coletivos. Outro critério adotado diz respeito à natureza destas relações. (2) No Direito público, haveria as relações de subordinação (verticalidade) entre o Estado e o cidadão; no Direito Privado, relações situadas num patamar de igualdade (horizontalidade). Por último, (3) evidencia-se o Direito Público pela

presença da figura do Estado enquanto o Direito Privado é o ramo em que os poderes públicos não se fazem presentes.

Num ambiente, onde se tem a Constituição como vértice, é relevante perquirir se tais critérios ainda podem resistir em termos tradicionais. A resposta como se verá é negativa. A própria existência de um Estado Democrático de Direito sinaliza que as relações políticas (as mediações entre Estado e Sociedade) devem pautar-se pelo respeito aos interesses privados³⁹ do cidadão, sobretudo quando tais interesses revestem-se da condição de direitos fundamentais.

Nas palavras de HUMBERTO ÁVILA, há uma “conexão estrutural” entre público e privado na medida em que “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins” (2005:111). Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais).

O que se verifica aqui é, conforme aponta GUSTAVO BINENBOJM, que “a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público” (2005:142).

Se o amparo a direitos fundamentais, concebidos nas raízes do liberalismo, torna-se também uma questão coletiva, o contrário também ocorre quando questões coletivas passam a ser tratadas de maneira institucionalizada no espaço privado, o

³⁹ Não se está aqui o retorno do pêndulo histórico para a priorização da dimensão privada, explicada pela ótica do individualismo, tal como se verificou após o advento do Estado liberal, que se baseava numa rígida separação entre Estado e Sociedade, com a prioridade axiológica sobre o público.

que se evidencia numa nova concepção de espaço público, não mais necessariamente ligada à atividade estatal.

Como afirma DANIEL SARMENTO, se no Estado liberal o público correspondia ao Estado e o privado a uma sociedade civil regida pelo mercado - local em que os indivíduos perseguiriam egoisticamente seus interesses particulares - agora, observa-se um terceiro setor, que é público mas não estatal, composto pelas ONG's, associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais que atuam em prol da coletividade e agem aglutinando e canalizando para o sistema político demandas importantes e não raro negligenciadas pelas instancias tradicionais de poder (2005:48).

Se restam superados os critérios tradicionais explicadores desta dicotomia cumpre agora indagar se a mesma desapareceu ou se, ao contrário, subsiste, remodelada por uma outra leitura, focada no âmbito do interesse e sua relevância no momento atual. Esta questão é relevante na medida em que existem relações jurídicas que se regem exclusivamente no âmbito público, o que não significa necessariamente coletivo (os contratos tipicamente administrativos, a limitação ao poder discricionário, a necessidade de leis autorizativas para a prática de determinados atos, a vinculação procedimental para compras em função de limites financeiros, etc.), as que envolvem o particular e o Estado e as que se processam no núcleo irredutível da autonomia pessoal.

A dicotomia entre público e privado, que já teve sua razão histórica de ser, pensada hoje nos moldes tradicionais, não representa uma solução adequada para a complexidade dos casos que envolvam estes âmbitos de juridicidade. Basta notar

que a idéia da existência de um monossistema, focado no Código Civil unitário da época liberal, já há algum tempo, cedeu lugar ao polissistema, como pluralidade de núcleos jurídicos que representam a fragmentação da unidade. O Código de Defesa do Consumidor, ao regular relações jurídicas que se processam no âmbito do privado, vislumbra seu efeito público (de proteção coletiva) quando inverte o ônus da prova em favor do hipossuficiente ou quando protege o consumidor coletivamente.

A dicotomia, se pensada na ótica metodológica tradicional, como setores estanques do pensamento jurídico, inegavelmente desapareceu. Mas, pregar seu desaparecimento seria ingênuo. Nos moldes contemporâneos, sua leitura é diferenciada uma vez que o direito revela a imbricação entre público e privado de maneira circular (ou como teia), cujos limites são muitas vezes incertos onde o que era já não é mais ou poderá vir a ser (e disto dão conta os microssistemas).

A dificuldade da passagem do tradicional para o contemporâneo reside justamente na visão unitária do ordenamento sob os moldes do passado, que vê na Constituição tão somente um mecanismo de defesa do cidadão frente o Estado, onde tinha razão de ser (ao menos ideologicamente) a separação entre Estado e Sociedade. Todavia, como aponta PIETRO PERLINGIERI “existem pontos de confluência tão precisos entre o público e o privado que o Direito Civil não se apresenta mais em antítese ao Direito Público.”(2002).

Para PAULO LUIZ NETTO LOBO, a problemática está situada na propriedade, grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo (1999:106). Segundo o autor, a função social é incompatível com a noção de direito absoluto. E a Constituição brasileira de 1988, de certo modo, acaba

por refletir esse conflito quando o artigo 5º evidencia uma antinomia: no inciso XXII é garantido o direito de propriedade, que poderia ser entendida nos moldes clássicos do Estado liberal e no inciso XXIII é dito que esta propriedade atenderá a função social, trazendo à tona a dimensão coletiva e intervencionista própria do Estado social. (1999:106). Esta antinomia reflete o problema em termos tendenciais a que se refere CANOTILHO, no que toca às relações jurídicas realizadas no âmbito do interesse privado e a constitucionalização do Direito Civil⁴⁰, que se enuncia da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?

A resposta passa, num primeiro momento, pela verificação da eficácia das normas constitucionais: as normas garantidoras dos direitos fundamentais seriam aplicadas direta e obrigatoriamente no comércio jurídico das relações privadas (eficácia direta) ou somente de modo indireto, com a vinculação da atividade legislativa, que teria de positivizar, na norma infra-constitucional, tais garantias (eficácia indireta)? A realidade constitucional brasileira, ao contrário de outras⁴¹, consagra inequivocamente a eficácia imediata das normas constitucionais no que toca às relações individuais. Como visto, nosso sistema garante a propriedade que

⁴⁰ O Código Civil, durante o Estado liberal, cristalizava nos países de tradição romano-germânica a função de verdadeira Constituição, com bases ideológicas que tinham a propriedade privada e o contrato as colunas do sistema. A Constitucionalização deste ramo do direito altera a concepção ideológica privatística para situá-la em contornos coletivos. Isto demonstra de forma evidente o permear de noções de índole pública (coletiva) para o templo sagrado do privado.

⁴¹ Canotilho revela que na *Grundgesetz*, conforme disposto no art. 1.º/3, se diz apenas que os direitos fundamentais ‘vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial’ a título de direitos diretamente aplicáveis, referindo-se a uma eficácia indireta da normas constitucional (2002:1270).

deve exercer, contudo, uma função social. Além disto, como observa LUIZ EDSON FACHIN:

A aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da repersonalização imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da dignidade da pessoa humana no que tange às relações jurídicas patrimoniais. Isto implica dizer que será inconstitucional um diploma legal – cabe frisar, positivado ou disposto – que privilegie uma visão patrimonialista em detrimento de uma concepção vinculada à proteção do ser humano em concreto (2003, b:370).

Aplicar a Constituição diretamente nas relações privadas, significa reconhecer que eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas deixa de ter tão somente um efeito vertical (do Estado para o cidadão), para ter um efeito horizontal (perante as entidades privadas nas relações entre si). Daí PIETRO PERLINGIERI afirmar que a norma constitucional “não deve ser somente uma regra hermenêutica, mas comportamental, apta e idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (2002: 12).

Tomadas estas considerações, a resposta à indagação inicial seria sobremaneira simplificada se entendêssemos apenas mediata a aplicação da normativa constitucional⁴². Mas isso não atenderia às complexidades do Direito contemporâneo, dado que obstaria seu poder emancipatório, vinculando o

⁴² Ou seja, a eficácia dirigida apenas ao legislador, produzida através da atividade legiferante infra-constitucional, onde as normas constitucionais só seriam observadas nas relações jurídicas se constassem expressamente nas respectivas legislações.

legislador, tão somente, no manejo de ditas normas e princípios, o que acabaria por resultar num neo-racionalismo jurídico⁴³ que não se coaduna com nossos tempos⁴⁴.

Ao se constatar que a eficácia de nosso ordenamento constitucional é direta e horizontal, reponde-se satisfatoriamente ao questionamento de CANOTILHO, mas demanda um problema adicional, qual seja: como administrar as cargas dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas? Pois, a impressão que se tem é que, ao incidir a Constituição em todas as relações (com efeitos vertical e horizontal), não haveria espaço para a existência de um interesse privado. Mas esta solução também não seria adequada, visto que não leva em conta a necessária existência de um núcleo irreduzível da autonomia privada, cujo desaparecimento redundaria no esvaziamento do elemento existencial do homem.

As relações jurídicas, assim pensadas, seriam superpublicizadas. Iríamos de um extremo ao outro: do racionalismo ascético e aético do século XIX para um constitucionalismo inibidor da individualidade, da liberdade e dos demais direitos fundamentais.

Trazer para a Constituição toda a problemática das relações jurídicas (sejam elas de índole públicas ou privadas) a tornaria um supercódigo fazendo surgir, como aponta CANOTILHO, um problema metódico da aplicação da Constituição (2002:1271). Por isso, a distinção entre as esferas públicas e privadas deve

⁴³ Em posição diversa da que aqui é adotada, Marcela de Castro Cifuentes, ao escrever sobre a constituição e o Direito Privado, defende que a absorção dos princípios constitucionais no direito privado demandam a alteração legislativa destes institutos, não admitindo assim que a atividade hermenêutica dos juízes promova a harmonização da legislação infra-constitucional com ditos princípios. Entende a autora que isto comportaria uma “extralimitação”, ou um “abuso do poder jurisdicional (1996)”.

⁴⁴ A recente aprovação de um “novo” Código Civil, embora traga, a despeito das críticas, alguns avanços, indica a retomada (ou ao menos uma tentativa) dos desejos e ideais da ciência jurídica do início da modernidade e todo seu arcabouço conceitual, hoje em ruína.

continuar a existir, operando-se em sua dimensão quantitativa, conforme pretende PERLINGIERI⁴⁵, mas longe de ser este, pura e simplesmente, o critério norteador da distinção entre público e privado na contemporaneidade.

O interesse, seja ele quantitativamente público ou privado, deve ser antes de tudo constitucional, onde o problema da carga de direitos constitucionais envolvidos será resolvido pela “multifuncionalidade” ou “pluralidade de funções dos direitos fundamentais através das soluções diferenciadas” por meio do exercício de um direito subjetivo⁴⁶ constitucional “dotado de operatividade prática na mediação dos direitos no processo decisório”. (CANOTILHO, 2002:1271).

Isto porque, liberdades e garantias são hoje direitos subjetivos, independentemente do caráter público ou privado, e não se deduzem formalmente da norma positivada (o que possibilita o Direito e o não-Direito) mas dos princípios determinantes do novo sistema, aplicáveis diretamente ao direito público ou privado em função da concretude do caso. Abre-se, destarte, a possibilidade da funcionalização dos institutos jurídicos em razão da Constituição, com vistas à proteção da pessoa inserida em seu contexto social (coletivo) segundo uma ótica multidisciplinar que reúna, como pretende FRANCISCO AMARAL “as diversas perspectivas de estudo do fenômeno jurídico, de modo a poder oferecer-se à comunidade uma alternativa a um direito que não mais lhe convém”(2000:382).

Os princípios constitucionais se dotam de utilidade prática (e não meramente programática) para atender as dimensões múltiplas do que está na esfera do

⁴⁵ “Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais do cidadão. (2002, p. 54).

⁴⁶ Instituto típico do Direito Civil.

individual e do coletivo, o que abre ao aplicador do Direito a tarefa inescusável do controle de constitucionalidade difusa para, com critérios ou medidas materiais, desaplicar a lei que não se atenha aos preceitos da ordem constitucional e principalmente revelar os valores do humano, reconhecer novas juridicidades e desvelar velhas iniquidades, abrindo-se, como pretende FACHIN “uma dimensão criativa que se fará sob as luzes da jurisprudência, doutrina e legislação superveniente”.(2003:330).

Por tudo isso, parece-nos que a dicotomia público/privado em termos tradicionais – decorrente da separação entre Estado e Sociedade Civil – não mais existe, justamente pelo fato de que, numa sociedade aberta e democrática há uma imprecisão e uma indeterminação dos respectivos conceitos. Ambas as dimensões da vida humana, pública e privada, são igualmente importantes para a realização existencial da pessoa humana. é a pessoa, e não o Estado, o ‘valor fonte’ do ordenamento jurídico. (REALE, 1990:59-69).

Não há ordenamentos jurídicos estanques, distintos, mas uma única ordem jurídica centrada na Constituição que confere àqueles, unidade e caráter sistemático. E são os princípios e valores constitucionais que proporcionarão o dimensionamento das esperas públicas e privadas num contexto intersubjetivo, de modo a proporcionar tanto a garantia de um espaço público, coletivo e outro que proteja a zona de autodeterminação pessoal.

4.4. A noção de interesse público

A noção de interesse público começou a ser utilizada após a Revolução francesa, como argumento racional para a explicação, pelos revolucionários, a finalidade de sua ação. O interesse público era, pois, o argumento apto a propiciar a adesão de todos e, por este motivo, fundamentar o poder do Estado. Liga-se à separação entre esfera pública e privada, típica do século XIX: ao poder público toca atender interesses públicos e ao particular o trato dos interesses individuais e egoísticos.

Conforme anota ODETE MEDAUAR, na concepção clássica da lei como expressão da vontade geral, a administração figura como executora da vontade geral e intérprete do interesse público (1993:175-176). Detém assim seu monopólio, ao identificá-lo, ao torná-lo objetivo de sua função e ao concretizá-lo em atos e medidas. Procede-se, assim, uma homogeneização dos interesses, tal como se a própria sociedade fosse homogênea. Todos os interesses reduzir-se-iam a um denominador comum, justificando deste modo a restrição de interesses particulares. Por esta concepção, os interesses públicos e privados sempre seriam opostos. (1993:175-176).

Todavia, antes mesmo da plena expansão do Estado intervencionista já se registravam interferências em atividades vedadas; depois, com a expansão do Estado intervencionista já se registravam interferências estatais em diversas áreas,

muitas das quais pertencentes ao âmbito privado, o que GIANNINI citou como “publicização potencial de todo interesse tendo alguma relevância social” (1981:44). A determinação do interesse público tornou-se difícil de se estabelecer, haja vista que poderia ser qualquer assunto, desde que assumido pelo poder público.

Passou a vigorar, desse modo, o princípio nominalista pelo qual o interesse público é o que a lei ou a administração diz que é (MEDAUAR: 1993:180). E, se a Administração passa a assumir atividades antes pertencentes ao universo do privado, o oposto também se faz verdadeiro: atuações particulares também podem revestir-se de interesse público tais como as atinentes aos concessionários e permissionários de serviços públicos ou às organizações não-governamentais e sindicatos *v.g* que, a despeito de orbitarem a esfera jurídica privada, lidam com interesses inegavelmente públicos.

Da mesma forma, o surgimento de inúmeras entidades descentralizadas levou a um panorama de pluralismo dentro da própria estrutura administrativa onde, não raro, o manejo dos interesses destas estruturas mais se assemelha à defesa de interesses particulares (ou egoísticos) do que efetivamente públicos, como quando uma empresa pública lança títulos no mercado de crédito.

Todos esses fatores levam não só à indeterminação do que se compreende por interesse público, de titularidade estatal quanto à própria órbita do interesse discutido: se público ou privado. Uma concepção de homogeneidade do interesse público, conforme dito por GIANNINI, segue-se a uma situação de heterogeneidade (1988, Vol. I:109). A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na determinação deste interesse. E prejudicada a

objetivação dos contornos do interesse público resta sobremaneira difícil a verificação desses (e sua supremacia) em face dos interesses particulares.

A presença ampla da expressão “interesse público” contrasta, destarte, com uma (ou alguma) precisão conceitual e terminológica. Cumpre, pois, aqui, conforme o fez MARÇAL JUSTEN FILHO, demonstrar o que o interesse público não é, para buscar algum elemento justificador de sua (in)existência.

4.4.1. interesse público não se confunde com interesse do Estado (titularidade)

A identificação do interesse público em razão de sua titularidade por si só não se justifica. Há interesses públicos que não são necessariamente estatais, como aqueles que envolvem em especial o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais. De outra banda, a identificação do interesse público com o interesse do Estado levaria a um raciocínio circular onde o interesse seria público porque atribuído ao Estado. E, se atribuído ao Estado, seria necessariamente público. A assertiva encerra uma petição de princípio insustentável: se o Estado existe para o atendimento dos interesses coletivos, esses interesses não são assim entendidos meramente por serem atribuídos ao Estado. Aqueles pré-existem a este. (JUSTEN FILHO: 2005:37).

Não bastasse, se o Estado se qualifica pelo elemento *democracia* não poderia ter como atribuição a defesa de interesses privados. Isto implica indagar: um interesse privado atribuído ao Estado tornaria, por esta simples razão, público? A resposta certamente é negativa porque nenhum interesse exclusivamente privado pode ser atribuído ao Estado. Para MARÇAL JUSTEN FILHO, isso aconteceu na história recente do Brasil - quando, no período não democrático, houve confisco de bens privados, que foram integrados ao patrimônio da União; quando o Estado passou a ser o titular de empresas que não envolviam qualquer espécie de interesse público, desempenhando atividades empresariais – como pode eventualmente ocorrer por meio da herança vacante⁴⁷ ou por meio da liberalidade de algum particular (a doação, por exemplo).

Mas nesses casos, adverte o jurista paranaense, deve o Estado imediatamente promover a reintegração desses bens à órbita apropriada, gratuita ou onerosamente, pois “será teratológico e infringente à ordem constitucional que o Estado dê seguimento, por si mesmo, à realização dos interesses privados. Mais monstruoso seria atribuir o cunho de interesse público a atividades puramente privadas”. (2003:38).

⁴⁷ Código Civil, artigo 1820.

4.4.2. interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo (interesses secundários)

Visto que os interesses não são públicos simplesmente em razão de quem detenha sua titularidade, é relevante perceber que também é um grande equívoco identificá-los com os interesses da entidade que representa o todo, isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno. (BANDEIRA DE MELLO, 2006:54). Interesse público não é o interesse da Administração Pública.

Com efeito, o Estado, tal como o particular, é também ele uma pessoa (jurídica), que existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito (BANDEIRA DE MELLO: 2006:55). Isso faz com que tenha interesses que lhe são inerentes como tal (pessoa ou como parte numa dada relação jurídica). Esses não seriam interesses públicos propriamente ditos, mas interesses egoísticos do aparelho estatal ainda que tenham como escopo, mediamente, o atingimento de interesses públicos.

Tais interesses assemelham-se aos interesses de qualquer outro sujeito. É que, além de subjetivar interesses, o Estado também demanda pretensões. Esta distinção permite verificar a existência de interesses com características diversas, ou seja, aquilo que RENATO ALESSI classificou como “interesse público primário” e “interesse público secundário”⁴⁸.

⁴⁸ As teorias do autor foram difundidas no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello. E Conforme ensina o autor paulista o Estado “poderia portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de

Destaque-se, contudo, a esclarecedora lição de BANDEIRA DE MELLO quando ressalta que a similitude não implica igualdade. Para o autor, concebido que foi o Estado para a realização de interesses públicos (situação, portanto, diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando (1) não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos e (2) coincidirem com a realização destes.(2006:55).

Os interesses egoísticos do aparato administrativo, só seriam justificáveis se dotados de caráter *instrumental* (meio) de realização de interesses públicos. (2006:55). Conforme anota MARÇAL JUSTEN FILHO, nenhum interesse público se configura como “conveniência egoística da administração pública” (2005:39). O chamado “interesse secundário” ou interesse da Administração Pública não é público. Isso porque segundo o autor a tentativa de se obter o máximo de vantagem não se compraz com a figura do Estado, mas com a dos sujeitos privados, na medida em que aquele só se legitima na realização do bem comum e na satisfação geral. (2005:39).

cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, aquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem comum e do interesse de todos” (2005:63)

4.4.3. interesse público não se confunde com o interesse do agente público

Também é necessário salientar que o interesse público não se confunde com os interesses dos titulares de funções administrativas. Como destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, “o exercício da função pública não pode ser afetado por interesses privados e egoísticos do agente público” (2005:39). Tais interesses não se confundem com um interesse de índole coletiva.

O exercício da atividade administrativa deve ser, antes de tudo, “desinteressado” (RIVERO, 1981:15). Assume aquela perspectiva a que alude CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA da administração sem o rosto do administrador e sem o nome do administrado (1990:85) A atividade administrativa pauta-se na impessoalidade, de modo a imunizar o ato praticado de qualquer cunho individualista, atando-o àquela perspectiva filosófica do bem comum.

Com efeito, a Administração Pública tem por função prescípua gerir a *res publica*. E não é por razão outra que, pela especialidade de sua atuação, apresenta nítida distinção com a administração da coisa privada. (BACELLAR FILHO, 2003:188). Nos dizeres de RUY CIRNE LIMA, “a Administração é a atividade do que não é senhor absoluto [...] Opõe-se à noção de administração à de propriedade, nisto que, sob a administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a de que essa vontade deve servir” (1954:20-21).

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para esse, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos” (2006:63). MARCAL JUSTEN FILHO, por sua vez, ensina que os interesses egoísticos do agente público continuam a ser interesses privados, submetidos às regras comuns que disciplinam a generalidade de interesses dos integrantes da comunidade, não podendo, destarte, afetar o exercício da função pública (2005:39).

Desta forma, a noção de “dever-poder” seria reduzida à pura idéia de “poder”, onde o “dever”, excluído da equação, tomaria uma concepção fluida e casuística dependente dos interesses efetivamente envolvidos. A noção de interesse público (corolário da idéia de “dever”), a despeito de justificar (e legitimar) o manejo das prerrogativas públicas, tomado de maneira incauta, pode nada justificar, ou justificar interesses outros, personalíssimos, alheios à coletividade. A noção, portanto, de que o interesse público não se confunde com o interesse do agente público decorre da dimensão normativa do princípio da impessoalidade.

4.5. A insuficiência da expressão “interesse público” para a legitimação do ato administrativo

Não é fácil, pois, definir interesse público (e não tem este estudo tal pretensão) inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado e sua heterogeneidade. Apesar de sua imprecisão terminológica e conceitual, não se pode ignorar que o interesse público ainda é fundamento, limite e instrumento do poder. Basta aqui dizer que, como mencionam os administrativistas, qualquer ato administrativo que dele se afaste será necessariamente inválido. E sua existência justifica-se na noção, ainda obscura, de que há interesses comungados por todo o corpo social, que transcendem a esfera egoística do indivíduo, cuja proteção fique a cargo do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

Mas, não é o Estado o definidor absoluto do que seja este interesse. O significado de interesse público, superada a dicotomia tradicional entre o público e o privado, será dado pela sociedade. Conforme TORNE JIMENEZ, “já não é o Estado que assume o controle e perfil do que deva entender-se por interesse público; mas é a mesma sociedade, o conglomerado de associações e organizações que indicam ao Estado a política a desenvolver e estabelecer uma ordem de prioridades” (1979:580).

Destaque-se, contudo, que o interesse público não passa pela identificação acrítica de um interesse da sociedade, como se a perspectiva democrática de sua caracterização evidenciasse algo distinto do somatório dos indivíduos (JUSTEN

FILHO, 2006:41). Se sociedade fosse assim compreendida, como uma entidade nova e superior, tal como afirma o *organicismo*,⁴⁹ passa esta a ser o valor primário, fundamental (BONAVIDES, 2005:55). Justifica-se assim apologia à autoridade, encontrada em expressões como “vontade popular”, “vontade geral” que pode derivar para justificativas autoritárias do poder como as “razões de estado”. Conforme adverte MARÇAL JUSTEN FILHO, “É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supra-individuais, de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo” (2006:41).

Da mesma forma, o interesse público não se justifica como o mero somatório das vontades homogêneas da maioria. Isto importa um problema adicional, qual seja a de vincular a própria noção de interesse público com a noção rousseauiana de *volonté générale* (essência da democracia, do republicanismo). Com efeito, o Estado não busca o atendimento de interesses particulares e egoísticos (eis que representariam a “vontade de todos”).

Ao contrário, afirma sempre uma prioridade da vontade geral sobre a vontade singular ou particular, ou do interesse comum ou público sobre o interesse individual ou privado. Em ROUSSEAU, tal prioridade não torna apenas uma questão central e uma tarefa dirigida para o presente, mas aparece também como o critério decisivo para avaliar a legitimidade de qualquer ordenamento político-social (COUTINHO, 1994). Mas não basta.

⁴⁹ Os organicistas procedem do tronco milenar da filosofia grega (ARISTÓTELES E PLATÃO).

Transplantar a noção pura e simples da vontade da maioria para o cerne da estruturação do regime jurídico-administrativo não traria um resultado satisfatório. Conduziria à opressão. Se a “vontade administrativa” é definida pela maioria, as minorias nunca poderiam participar do processo democrático de sua formação. Funda-se a Constituição federal numa concepção humanística que tem o ser humano como valor fundamental. Além disto, afiguram-se como deveres inarredáveis do Estado a construção de uma sociedade solidária, a diminuição das desigualdades e a promoção do bem de todos, de qualquer tipo de preconceito.

Desse modo, conforme aponta INGO SARLET, é possível a construção de um princípio contra-majoritário ante a exigência do Estado Democrático de Direito de uma proibição do retrocesso social⁵⁰; conforme aponta LÊNIO STRECK, através da principiologia constitucional, é possível combater as alterações feitas por maiorias eventuais que, na contramão da programaticidade constitucional pretendessem retirar conquistas da sociedade. Isto porque “a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem igualmente a função relevante de proteger os direitos já conquistados” (2004:55-57).

Afigura-se, pois, inegável que numa concepção democrática, cujo espaço garantidor das relações entre Estado e Sociedade é a Constituição, que, por seu turno, ampara fortemente os direitos fundamentais, pudessem ser retirados do debate, setores minoritários.

⁵⁰ Sobre a vedação ao retrocesso ver “Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise”, de Ingo Sarlet. *In: (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 2.* Porto Alegre, IHJ, 2004, p. 121-168.

De outra banda, há que se notar que interesses singulares, particulares estão, também, entranhados nos interesses coletivos. HEGEL, superando ROUSSEAU, identifica mediações que ocorrem entre a vontade universal e as vontades singulares ou individuais. Neste passo, se o grande mérito do pensador genebrino reside na afirmação da prioridade da vontade geral enquanto fundamento de toda ordem social legítima, o ponto débil de sua reflexão consiste na pressuposição de que essa vontade geral é algo que se contrapõe drasticamente às vontades particulares⁵¹.

Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica. (SCHIER, 2005).

Tais teorizações permitem visualizar um critério para a aceitabilidade da atuação estatal (o fundamento no interesse público); mas este critério, tomado sem cautela, pelo seu alto grau de indeterminação, pode justificar atuações que iriam contra o interesse coletivo. Tomado, portanto, o alerta de WEBER (que a dominação pode se dar pelo regulamento) impera, a todo o momento, para a Administração, um ônus, qual seja, o de demonstrar a legitimidade do manejo de suas prerrogativas em razão de uma finalidade cogente, que se sustente nos direitos fundamentais.

Tal só se dará quando o interesse público for discursivamente demonstrado através do processo de formação das decisões administrativas. O interesse público situa-se então no consenso dos membros desta sociedade, que têm no Estado o

⁵¹ No mesmo sentido, o jovem MARX já tinha observado que os interesses particulares da sociedade civil-burguesa terminam por triunfar sobre a universalidade do cidadão. (COUTINHO, 1974: p. 45-88).

elemento emancipador (mas também regulador), dotado de melhores condições de retornar ao indivíduo, considerado em sua qualidade como membro da sociedade, os interesses que privadamente não seriam assegurados⁵².

Mas, esse consenso não pressupõe uma autorização tácita para o Estado definir, *sponte própria*, aprioristicamente, como interesse público tudo o que lhe possa interessar⁵³. Daí o mecanismo dialógico entre indivíduo e Estado e a legitimação das prerrogativas administrativas, que só se justificam como *poder* se atadas a um *dever* justificado e inarredável. O procedimento argumentativo carece, pois, de balizas interpretativas acerca dos interesses postos em jogo, de modo que sua identificação ainda seja relevante para a própria sustentação do regime jurídico-administrativo.

Revela-se assim o ponto de equilíbrio entre direitos e garantias fundamentais e as prerrogativas da Administração, segundo uma clara orientação constitucional que dá vazão ao ideário republicano de que todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido. Legitima-se o exercício do poder por meio do procedimento, o que significa contrapor-se a toda tendência de exercício autoritário ou abusivo da atividade administrativa.

O consenso liga-se então à comunicação entre governo e sociedade. Conforme HABERMAS, “a questão da legitimidade das leis garantidoras da liberdade tem de encontrar uma resposta dentro do direito positivo, o contrato social não pode impor e fazer valer o ‘princípio do direito’ senão ligando a formação da

⁵² Isto se dá, conforme ODETE MEDAUAR, pela verificação de a Administração detém a condição propiciadora, pelo quadro procedimental e institucional, dos meios com o interesse público pode ser buscado (1992, p. 182).

⁵³ Conforme anota PAULO RICARDO SCHIER não pode mais o Estado tal qual Midas, transformar em interesse público tudo aquilo que toca.

vontade política do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados produzidos conforme o procedimento expressem per se a vontade concordante ou o consenso racional de todos os implicados” (2001:159).

Conclui-se, portanto, que a simples invocação do interesse público de nada vale para o Direito Administrativo se não se incorporar à sua leitura os sentidos construídos e reconstruídos na comunidade do discurso. Direito e *práxis* evidenciam-se na atividade interpretativa levando-se à conclusão de que o interesse, o manejo do poder e os deveres incrustados na função desempenhada pelo agente só se justificam no consenso da sociedade/Estado em razão dos direitos fundamentais.

4.6. É possível sustentar a existência de um “princípio de supremacia do interesse público sobre o particular”?

Se o interesse público, como visto, decorre de construção de sentidos, havidas da dialética entre sociedade/Estado; se os interesses públicos não são nem superiores e nem inferiores aos privados, afigura-se, portanto, insustentável a defesa de sua supremacia *ipso facto* de um em detrimento do outro, *a priori*.

Com efeito, interesses públicos e privados são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, sendo a regra a da unidade: a realização de um importa na realização do outro, sendo excepcionais as situações de exclusão mútua⁵⁴. Conforme PAULO RICARDO SCHIER, quando a Constituição pretende fazer com que os interesses do Estado (primários ou secundários) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso, dado que o Estado carece de autorização⁵⁵ para que possa agir e realizar os seus interesses (2005).

Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional. Conforme assinala HUMBERTO ÁVILA, a Constituição brasileira, por meio de normas-princípios fundamentais (arts. 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5 a 17) e das

⁵⁴ PAULO RICARDO SCHIER observa que a Constituição em algumas situações reconhece previamente a **prevalência** de **alguns** interesses públicos; em outras ponderando *in abstracto*, reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como regra. Mas isto não autorizaria a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado e nem, como se poderia suscitar da supremacia do interesse privado sobre o público (2005).

⁵⁵ Lembre-se aqui que os direitos fundamentais constituem elementos limitativos da atuação Estatal, como se verifica, por exemplo, nas limitações ao poder de tributar, na impossibilidade da invasão do domicílio, salvo nas circunstâncias constitucionalmente previstas, dentre outras.

normas-princípios gerais (p. ex. arts. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria em favor dos interesses privados em vez dos públicos (2001). Para o autor, a Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal (2001).

Certamente não se está a defender uma supremacia dos interesses privados sobre os públicos, mas conforme PIVA, citado por ODETE MEDAUAR, uma compatibilidade entre os interesses. O princípio é o da “não sacrificabilidade *a priori* de nenhum interesse” (1993:183). Em outras palavras: interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem; ao contrário harmonizam-se. A opção do constituinte originário, previamente, pela prevalência de um ou de outro, não determina a existência implícita de um princípio de supremacia (SCHIER, 2005).

Mas, como observa ROBERT ALEXY, dessa garantia em favor dos direitos fundamentais resulta um ônus de argumentação em favor dos interesses privados, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade a estes, tendo em vista seu caráter fundamental (1997:95-98). O dever de fundamentação⁵⁶ e a exigência expressa de repartição de competência para qualquer

⁵⁶ IRENE PATRÍCIA NOHARA, não tratando especificamente da fundamentação, mas do motivo, o tem como pressuposto de fato e de direito que impulsiona a edição d ato administrativo, de modo que o vício quanto àquele caracteriza hipótese de nulidade absoluta, sem possibilidade de convalidação. (2004:215).

atividade do Estado relativamente à esfera privada corroboram essa idéia. (ÁVILA, 2001).

Não raro, pode ocorrer que a Constituição não dê as respostas de qual interesse deva prevalecer no caso concreto. Nesse caso, em havendo verdadeira colisão, a solução deverá se reportar à ponderação, onde não se tem nenhuma preferência prévia por este ou aquele interesse, de modo que não se autorizará a utilizar eventual critério predeterminado, o que só pode se dar no caso concreto, precedido de um processo onde argumentativamente seja construída a referida compatibilidade. Em algumas situações a supremacia de um sobre o outro pode ser justificada, em outras não.

Quando o intérprete se deparar com situações para as quais não haja uma norma abstrata, pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns interesses sobre outros, deve realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados (ARAGÃO, 2005:5). A prevalência só existiria após a ponderação concreta entre os princípios colidentes. “Não haveria, pois, a supremacia antecipada e automática, mas posterior e fundamentada”.(ÁVILA, 2004:273). A tese não pressupõe o abandono do interesse público, mas sim da noção de supremacia absoluta, em qualquer situação de conflito em face de interesses privados. O interesse público, portanto, continua sendo esteio e baliza do regime jurídico-

administrativo, refundado, todavia, pela constitucionalização do Direito Administrativo e na conexão estrutural-dialógica Sociedade/Estado.

Finalmente, no âmbito conceitual e terminológico, adotando-se aqui os ensinamentos de HUMBERTO ÁVILA, não se pode ter a “supremacia do interesse público sobre o privado” como um princípio jurídico ou norma-princípio. Para o autor

conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas; - *normativamente* ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente;- ele não pode *conceitualmente* e *normativamente* descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode “o” interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados. (2001).

Ainda segundo ÁVILA, esse “princípio” não pode ser tido como um postulado explicativo do Direito Administrativo: a uma porque ele não pode ser descrito de maneira dissociada dos interesses privados e a duas porque não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um “princípio abstrato de supremacia” tem-se “regras condicionais concretas de prevalência (variáveis segundo o contexto)” (2001).

Conclui-se, portanto, que não há um princípio de supremacia do interesse público sobre o particular, não podendo a Administração exigir do particular um

comportamento ou manejar seu poder com base neste (ÁVILA, 2001); o que há é a unidade da reciprocidade – o não sacrifício *a priori* de nenhum interesse - o que implica a uma ponderação entre interesses correlacionados (MEDAUAR, 1992:183).

5. A EXIGÊNCIA DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO AGIR ADMINISTRATIVO PARA UMA ORDEM LEGITIMADA E LEGALIZADA

5.1. Método democrático e procedimento

O Estado Democrático de Direito pressupõe, como já visto, uma ordem legitimada e legalizada. A idéia, portanto, que reside na exigência do procedimentalização do agir administrativo é a garantia de direitos fundamentais haja vista que os cidadãos têm a garantia não só de que o poder público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto.

Para a Administração, a legalidade é meio de descortinamento do interesse público; mas, para que esse interesse seja justificado, há que ser indagada a legitimidade do ato e do resultado e do caminho percorrido para sua formação. Destaque-se aqui a preciosa contribuição de ROMEU FELIPE BACELLAR FLHO para quem “A administração pública, inserida no Estado Democrático de Direito, não pode ter como único princípio de ação o da legalidade” (2003:129). Segundo o autor, a concretização da democracia demanda a fixação de um procedimento, de modo a possibilitar uma relação estável entre Administração e cidadãos, “onde cada

um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido” (2003:130).

CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA tem o procedimento como “forma de convivência estatal civilizada” de modo que “a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante entre o homem e seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro, inclusive consigo mesmo” (1990:6). O procedimento administrativo, neste sentido, conforme BACELLAR FILHO “funciona como um sistema de frenagem do poder anti-funcional (que se arroga a prerrogativa de fazer e desfazer as regras do jogo)” (2003:131).

Juridisciza-se, destarte, a atividade administrativa: se legitimidade integra a juridicidade do Estado Democrático de Direito, sendo distinta e não necessariamente correlata à legalidade, a legitimidade liga-se ao consenso, ou seja, aos valores consensualmente aceitos, relacionados diretamente à própria noção de democracia⁵⁷ onde o titular do poder é o povo.

A existência das regras do jogo (ou procedimento) decorre de uma exigência do Estado Democrático de Direito, a do “método democrático” que, conforme JORGE MIRANDA, encerra um ato (ação política) e não a mera intenção, palavra programa ou ideologia. (1998: 278-279). Este método atinge diretamente o agir administrativo, devendo haver, no âmbito democrático, um consenso procedimental, sobre como os conflitos devem ser resolvidos.

⁵⁷ A democracia pode ser vista tanto como procedimento quanto um valor. Neste último aspecto, sendo a democracia um valor, deve ser ampliado ao maior número de campos da experiência humana, conforme aponta Renato Janine Ribeiro em seu “A Democracia”. São Paulo: Publifolha.

A base da democracia não é o conflito, por isto a importância de procedimentos consentidos para a resolução daquele. Não significa que na democracia inexista pluralismo ou dialética na diversidade; pelo contrário, ela se consolida com a atomização do núcleo de poder: “um processamento dinâmico do consenso baseado no princípio de que, seja o que for que se declare justo ou verdadeiro, deve suportar a crítica e o dissenso ser revitalizado por eles”. (BACELLAR FILHO, 2003:130).

A legitimidade aqui se vincula à aceitação daquilo que diverge pelo convencimento dos atores envolvidos (mormente os perdedores na argumentação) de que suas razões, ao menos, foram levadas em conta na decisão, o que implica numa maior aceitação daquilo que foi decidido ainda que contra seus próprios interesses.

Nesse sentido, RENATO JANINE RIBEIRO observa que o forte da democracia é notar que há desacordos de muitos tipos e, portanto, soluções das mais diversas. Por isso, eticamente é um “jogo” mais eficaz na aceitação da derrota, mais adequado à produção de relações sociais melhores, mais pacíficas e de maior cooperação. Mas nada garante que a escolha será pior, ou melhor. Contudo, a grande razão para aceitar o conflito, e para seu sistema ser neutro entre os antagonistas, é um certo ceticismo de quem é o dono da verdade. Para o autor, democracia significa um concentrado de atitudes, em que se inclui a conversa limpa, honesta e sincera (2005: 54-65).

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, analisando a perspectiva habermasiana aponta a razão comunicativa permite formulação de direitos de forma

racional, deslocando a racionalidade e a legitimidade do sujeito para o procedimento da produção normativa. Trata-se de processo comunicativo por meio do qual o sujeito do conhecimento pode refletir sobre o conhecimento por ele produzido a partir da perspectiva do outro (2002:269).

Para o autor, a razão comunicativa é alternativa à razão centrada no sujeito. A razão monológica, autoreferenciada no sujeito do conhecimento, separa sujeito do objeto do conhecimento e as relações de poder que esta separação enseja, enquanto a razão comunicativa é reflexiva (verdade desvendada a partir de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes, que ao final conta com um acordo racional da comunidade de interpretação geral). (2002:269).

Desse modo, a racionalidade comunicativa é essencialmente procedimental. O caráter racional da interação discursiva é garantido através do respeito às regras procedimentais, as quais estabelecem que a comunicação esteja livre de coação ou violência. A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia (BACELLAR: 2003:130).

A juridicização da atividade administrativa, destarte, passa pela noção de função onde, para a concretização das finalidades cogentes, tal como prefixado normativamente, o poder detido pelo administrador só se justificará se submetido a um mecanismo procedimental, onde as razões justificadoras do ato devem se encontrar dentro do legitimamente aceito.

Se, como afirma MARÇAL JUSTEN FILHO, a função administrativa se caracteriza pelo conjunto de competências levadas a cabo pela administração por uma seqüência conjugada de ações e omissões com vistas à realização dos fins que norteiam a atividade administrativa (2005:p. 32) e que esta consiste na satisfação de interesses coletivos⁵⁸, tais interesses só vão ser entendidos como tal quando a decisão emanada resultar de uma discussão racional em que os argumentos aptos a fundá-la sejam potencialmente suficientes para convencer os interessados (2005:p. 12).

Esta visão insere o Direito Administrativo dentro dos contornos constitucionais, fato que requer uma releitura de seus institutos clássicos. Exemplo disso é a releitura da idéia de “ato discricionário”, reconhecendo-se que apenas alguns aspectos do ato administrativo envolvem margem de liberdade de escolha para o agente público. Neste sentido, conforme anota MARÇAL JUSTEN FILHO:

é inquestionável que toda a liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercitada de modo compatível com os princípios jurídicos fundamentais [...] nenhum poder político pode ser legitimado sem a observância dos princípios de soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais [...] o Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos

⁵⁸ Para Marçal Justen Filho contemporaneamente substituiu-se o conceito de interesse público por interesses coletivos, o que não conduz ao abandono de um ideário acerca da existência de interesses comuns ou relevantes. Para o autor existem interesses a serem atendidos por meio da atividade administrativa, podendo tais interesses serem de titularidade individual, coletiva ou difusa. O enfoque sobre o elemento coletivo pressupõe a justificação do direito administrativo face às exigências de um procedimento democrático que leve em conta direitos fundamentais e não somente na figura fluida do interesse público como algo pré-sabido e, portanto, carecedor de mediação (2005).

fundamentais e pela supremacia da soberania popular (2005: p. 13).

A procedimentalização do agir administrativo pressupõe a um só turno, tanto a prefixação de regras para como a administração deve atuar na sociedade, (BACELLAR FILHO: 2003:130) quanto demonstração (motivação) para o corpo social de que o ato emanado justifica-se frente à matriz principiológica da Constituição e do Estado de Direito, sendo, neste prisma “um meio apto a controlar o *iter* de formação das decisões estatais” (BANDEIRA DE MELLO: 2006:462). As decisões não só devem ser legais quanto legítimas, relacionando-se o tema com o modo de comunicação entre o governo e a sociedade (JUSTEN FILHO, 2005:11).

5.2. O deslocamento de eixos: do ato ao procedimento administrativo

O ato administrativo constituiu um dos elementos fundamentais da elaboração sistemática do Direito Administrativo. (MEDAUAR, 1992:191). Concebido como importante figura por inserir um conjunto de preceitos entre a vontade da autoridade e um efeito sobre direitos particulares, apresentou-se como a afirmação de um “momento de autoridade”, justamente por executar a lei, incidindo unilateral e imediatamente sobre situações objetivas de particulares. (MEDAUAR, 1992:193). Tendo emergido da concepção de separação de poderes, permite à Administração

executar a lei por meio de atos tipificados, cuja disciplina enquadra-se no ato da autoridade, calcado em parâmetros legais.

Mediante a elaboração da teoria dos atos administrativos, buscou-se conhecer seus vários aspectos, de modo a catalogar e disciplinar os vários modos com que o Estado agia administrativamente, sempre ressaltando o caráter unilateral. (MEDAUAR, 1992:193). Esta manifestação de autoridade é justificada pelo arcabouço tradicional do Direito Administrativo em afirmar a (como visto inexistente) supremacia do interesse público sobre o particular, onde o interesse público era aquilo que o poder público dizia que era e ponto final.

Conforme HELY LOPES MEIRELLES, “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados e a si própria” (2004:147). O conceito revela o tom de autoridade, ao pressupor que a noção de interesse público e a legitimidade da atuação prescindem de justificação, ou que esta justificação seria pressuposta.

Mas não é só. O ato administrativo ainda goza de presunção *juris tantum* de veracidade e legitimidade, presunção esta que parte do pressuposto de que o Estado só exercita suas atribuições pautado pelo princípio da legalidade administrativa e não declara fatos falsos, implicando que quem duvide dos fatos alegados prove, de forma cabal e inequívoca, que as circunstâncias explicitadas não são aquelas. O

ônus argumentativo, como se pode perceber, é todo do administrado⁵⁹. Este viés autoritário reflete uma cisão da administração com o cidadão. Conforme pondera

JEAN-MARIE PONTIER:

Le modèle administratif traditionnel était celui d'un monde clos sur lui-même, la séparation entre l'Administration étant l'instrument docile du pouvoir exécutif, et exécutant ses missions avec bonne conscience d'ouvrer dans l'intérêt général, quoi qu'en pensent les citoyens, dont on se gardait bien de demander l'opinion" (1985, p. 95).

Com efeito, a perspectiva constitucional do Direito Administrativo, que agora se funda nos direitos fundamentais, não permite uma leitura tão simplista e, notadamente, cômoda. Já foi visto que as barreiras tradicionais entre o público e privado estão em ruínas. Considera-se no âmbito do interesse público, interesses inerentes ao indivíduo. E conforme já se sublinhou com ALEXYY, o manejo das prerrogativas administrativas carece de um ônus de argumentação em favor dos interesses privados, que diz respeito a uma valoração abstrata e relativa do indivíduo na Constituição brasileira.

A noção de ato administrativo não se funda mais no discurso da autoridade, mas parte da compreensão de uma vontade administrativa funcionalizada, juridiscizada. O Ato administrativo hoje é visto como a manifestação de uma

⁵⁹ Conforme CLÉMERTON MERLIN CLÈVE, "tudo se passa de tal forma que parece existir o cidadão no universo político, mas no universo administrativo há apenas o administrado, o usuário, o jurisdicionado. Tal conceito deve sofrer mutação. (1993, p. 26).

vontade funcionalizada, apta a gerar efeitos jurídicos desde que produzida no exercício de função administrativa. (JUSTEN FILHO, 2005:185).

Nota-se, portanto, que o elemento de foco não é mais a manifestação unilateral de vontade da administração, mas a funcionalização da vontade administrativa. A distinção não é mera questão cerebrina eis que funcionalizá-la é submetê-la a uma procedimentalização. Colocando de outra forma: se a teoria tradicional do ato o considera como algo em si já especificado, imóvel e consistente (feito), a processualidade diz respeito ao “vir a ser”, o “fazer-se” (MEDAUAR, 1992: 25-26).

Hodiernamente, em função de uma perspectiva global, na verificação de que comportamentos podem ou não ser pré-determinados legalmente, perde-se em relevância a tradicional distinção entre ato e atividade, uma vez que “o todo é ação administrativa” (ESTORNINHO, 1990:66-67). Deste modo

a ação administrativa, enquanto consequência de atos atividades, operações e comportamentos, traduz a realização de uma função que tem relevância, não apenas como procedimento, mas como atitude que visa o desenvolvimento dessa função. Essa atitude traduz-se, hoje, não em assegurar a conformidade da actividade administrativa a uma ordem normativa pré-existente (‘legalidade-legitimidade’), mas sim em ‘dar vida, através da participação e do confronto de todos os interessados co-envolvidos, a uma justa e original composição de interesses (‘legalidade-justiça’)

(NIGRO).(ESTORNINHO, 1990:66-67).

A proceduralização deste agir administrativo pressupõe a colocação deste *iter* como um mecanismo dialógico – um hiato⁶⁰ entre a vontade administrativa e o ato administrativo - cujo objetivo é o consenso dos cidadãos⁶¹ e uma atividade administrativa mais bem informada. Por isso, desloca-se a atenção ao modo de formação do ato; ao processamento de escolhas nele sintetizadas. (MEDAUAR, 1992:196).

Com efeito, em função, talvez, de seu caráter instrumental, o mecanismo de formação da vontade da Administração sempre foi relegado a um plano secundário, vez que o que importava era o fim que através dele se pretendia alcançar (ESTORNINHO, 1990:66-67). Superado este paradigma, reside na proceduralização do agir administrativo as garantias para os indivíduos e para os grupos sociais.

5.3. Procedimento e processo administrativo: uma distinção necessária

Como se demonstrou, o procedimento afigura-se como requisito essencial da atividade estatal, pois constitui exteriorização de sua competência (BACELLAR

⁶⁰ A expressão é de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO.

⁶¹ Segundo HABERMAS “conforme o princípio do discurso, podem pretender validade precisamente aquelas normas que possam encontrar o assentimento de todos os potencialmente afetados se estes participassem de discursos racionais. Os direitos políticos buscados têm, por isso, de garantir a participação em todos os processos de deliberação e decisão relevantes para a produção de normas, de modo que neles se possa fazer valer por igual a liberdade comunicativa de cada um de posicionar-se frente a posições de validade suscetíveis de críticas” (1997: p. 193).

FILHO, 2003:47). Constitui-se no mecanismo formal e ritual que antecede a uma decisão administrativa sem que disso resulte, necessariamente, uma obrigação ou sanção ao cidadão. (CEDENO DE BARROS, 1997:70).

Sua exigência decorre do “método democrático”, com o inarredável dever da Administração de justificar, de demonstrar a formação da “vontade administrativa” em razão de uma função. Corresponde na exigência da institucionalização de um método; do caminho a ser percorrido, o que pressupõe uma certa dose de estabilidade. (BACELLAR FILHO, 2003:51).

Alude-se aqui a procedimento. A opção pela terminologia⁶² decorre da adoção dos posicionamentos de ELIO FAZZALARI, cujo entendimento é compartilhado dentre outros, pelo professor ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO. Procedimento é gênero e processo espécie. (FAZZALARI, 1966:1069). Aquele se encontra ligado à função administrativa (CUNHA, 1987:21) ao passo que este demanda a participação dos interessados em contraditório. Desse modo, todo processo é procedimento, o que não significa dizer que a recíproca seja verdadeira (BACELLAR FILHO, 2003:51).

A distinção não é mera questão cerebrina. Justifica-se na exigência acadêmica de explicar situações que, embora correspondentes, não se assemelham. Com efeito, a exigência de uma procedimentalização do agir administrativo pressupõe a demonstração dos argumentos levados a efeito para a decisão administrativa. Busca-se com isso descortinar a esta atividade, que tem o dever de demonstrar os motivos

⁶² Sem embargo, a doutrina classifica como processo o encadeamento formal e ritual para o concluir das manifestações estatais, entendendo como procedimento a modalidade ritual de cada processo. Sobre os diversos posicionamentos verificar os estudos de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO (*in. Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003) e EGON BOCKMANN MOREIRA (*in* Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9784/99. UFPR, 1999).

determinantes que a levou a agir desta ou daquela forma e a dimensão do interesse público diante do caso concreto. Haja ou não a participação dos interessados em contraditório.

O procedimento não existe apenas nas situações contenciosas; ao contrário, ocorre na produção de qualquer tipo de ato. Uns habitam a vida íntima da Administração – os procedimentos internos – não ostentando a participação dos interessados, diferentemente de outros – os externos – que se caracterizam pelo contencioso. Mas ambos situam-se no “círculo formativo”⁶³ das decisões administrativas as quais, mediata ou imediatamente, recairão sobre os cidadãos. O descortino da atividade administrativa, o agir informado, que presta contas antes do desemboque na conclusão final é exigência do Estado constitucional⁶⁴.

CANOTILHO aponta para a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante dos direitos, liberdades e garantias, sistematizada de forma “pragmática” face os direitos fundamentais. (2002:93). São garantidos, dentre outros, a defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, forma e procedimentos do estado do direito, realçando-se, do mesmo modo, a dimensão da igualdade-justiça dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade do tratamento normativo, isto é, igualdade perante a lei e através da lei (2002:249).

⁶³ A expressão é de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

⁶⁴ “O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. Eis que as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão do Estado de direito. Essa dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado constitucional democrático* de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.(J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 93)

É, pois, tarefa da ordem jurídica harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. E como é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito, o poder estatal deve abranger, com eficiência, a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado).

Nesse aspecto, as decisões administrativas devem se atar a uma finalidade prevista pela norma, reduzindo-se, com isto, a possibilidade de o administrador emanar atos baseados unicamente em critérios subjetivos e irracionais.⁶⁵ Em última análise, o procedimento administrativo é uma garantia dos direitos fundamentais, dos valores e anseios da justiça, liberdade e igualdade entre os homens, bem como de eficiência real do Estado e de desenvolvimento.

Isso decorre de uma clara orientação constitucional: se a perspectiva dos direitos fundamentais (re)fundamenta o Direito Administrativo, este ônus argumentativo pode ser retirado, dentre outros, dos arts. 5º, incisos XXXIII, XXXIV, “a” e 37 da Constituição federal, segundo os quais “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral”; “o direito de petição aos Poderes Públicos” e a observância da publicidade.

⁶⁵ “Diante deste fenômeno do agigantamento do Estado e, mais do que isso, do agigantamento da Administração, que passou a intervir avassaladoramente na vida de cada cidadão, a resposta adequada e natural para impedir-lhe o amesquinamento e buscar preservar, o quanto possível, o equilíbrio entre ambos teria de ser o asseguramento da presença do administrado no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo. Com isto também se enseja maior descortino para as atuações da Administração, pois esta agirá informada, também pela perspectiva exibida pelo interessado, o qual pode acender luzes prestantes para a avaliação mais completa do assunto que esteja em causa” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 296).

A procedimentalização atende, pois, a um duplo objetivo. Quanto ao primeiro é o de “estabelecer controles ‘desde dentro’, na própria intimidade de Administração, ao longo da formação de sua vontade” ao invés de relegar-se este controle para um momento posterior, pelo judiciário. (BANDEIRA DE MELLO, 2006:466). O segundo visa resguardar os cidadãos, abrindo-se a estes a possibilidade de serem ouvidos antes da decisão que irá afetá-los. (BANDEIRA DE MELLO, 2006:465).

Abre-se, destarte, ao Direito Administrativo a perspectiva da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, colocada por PETER HABERLE, que revê a metodologia tradicional, vinculada ao modelo de uma sociedade fechada (a interpretação dos juízes, e aqui, poderíamos colocar também a do administrador). Para o autor, a interpretação dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única – cidadãos, grupos de interesse, a opinião pública constituem forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional. (2002:19-23).

A construção da decisão administrativa só se revela plenamente quando os envolvidos participam do discurso de aplicação. Para HABERLE, conforme apontou GILMAR MENDES, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Retira-se daí que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se necessariamente, de indagar sobre os participantes de seu desenvolvimento funcional. (HABERLE, 2002:9-10).

Dos procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos. Quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório o procedimento expressa-se como processo. (BACELLAR FILHO, 2003:47-49). Certamente o processo se tornará mais presente nos procedimentos externos, especialmente nos restritivos sancionadores⁶⁶, os quais, à semelhança do processo judicial, acentua-se o caráter do contraditório e a noção de lide. Com efeito, “o art. 5º, inciso LV, junte o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Sem contraditório, nenhum processo – e já é uma determinação constitucional” (BACELLAR FILHO, 2003:49).

5.3.1. Processo administrativo e sua configuração constitucional

É talvez uma das mais expressivas conquistas da cidadania, na Carta de 1988 a consagração das garantias dos incisos LIV e LV do art. 5º, segundo os quais “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”, e “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são

⁶⁶ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO distingue os procedimentos externos em (I) *ampliativos* e (II) *restritivos*. Quanto aos primeiros, podem ser de iniciativa do próprio interessado, como um pedido de permissão de uso de bem público, como o da instalação de uma banca de jornal ou de iniciativa da Administração, como uma licitação para aquisição de obras ou serviços. Podem ainda ser concorrenciais, como um concurso público para o ingresso de servidores ou uma licitação e simples (ou não-concorrenciais), como um pedido de licença para edificar. Quanto aos restritivos podem ser divididos em (a) meramente restritivos (ou ablativos), como as revogações em geral e (b) sancionadores, que importam a aplicação de uma sanção. É nestes para o autor paulista que se acentua o caráter do contraditório. (2006: 467-468).

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Importa também notar, com DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTI (1999:27) que a Constituição de 1988 não se limitou a assegurar o contraditório e a ampla defesa – com os corolários deles decorrentes – para os processos em geral. O que ocorreu foi (1) o alargamento da amplitude do termo “acusados em geral” (de modo a abrigar todas as situações em que haja imputação a alguém de falta ou conduta ilícita e, não apenas, no sentido mais restrito, da possibilidade de já haver acusação formal a deflagrar o inquérito administrativo ou a ação penal), e (2) a extensão destas garantias aos processos administrativos em que haja litigantes. Esta última, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER⁶⁷, foi a grande inovação da nova ordem constitucional.

Desta forma, a Constituição não mais limita o contraditório e ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes; sempre que houver controvérsia, conflitos de interesse, contenda. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois nesse caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem

⁶⁷ “Esta é a única interpretação da norma constitucional que, em obediência ao princípio de que a lei não pode conter disposições inúteis, faz com que não se considere superposta a tutela constitucional para os ‘acusados em geral’ e para os ‘litigantes em processo administrativo’. E esta é, sem dúvida, a vontade da Constituição pátria de 1988, coerente com as linhas evolutivas do fenômeno da processualidade administrativa”(In. **Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo**, RDA 183:9-18, p. 10.

face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide⁶⁸.

A exigência do processo administrativo, segundo ODETE MEDAUAR, “abrange, portanto, situações em que dois ou mais administrados apresentem-se em posição de controvérsia entre si, perante uma decisão a respeito que deva ser tomada pela Administração; p. ex., as situações de licitações, concursos públicos, licenciamento ambiental. E também os casos de controvérsia entre cidadãos (particulares ou servidores) e a Administração; p. ex.: licenças em geral, recursos administrativos em geral, reexame de lançamento – processo administrativo tributário”. (1993:78).

O aspecto relevante da imposição do pressuposto do *due process of law* é a individualização das situações de litígio (entendida em seu sentido mais amplo possível); a necessidade de que cada caso seja objeto de deliberação própria e específica, em face de suas particularidades e de suas circunstâncias quando a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado preliminarmente e ou, posteriormente (em casos onde impera a urgência).

No que toca ao contraditório, pressupõe-se, por este, a faculdade conferida aos litigantes e aos acusados em geral, de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem, de modo a possibilitar tecnicamente contradizer a posição contrária. O

⁶⁸ In. **Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo**, RDA 183:9-18, p. 10.

instituto não é exclusivo do processo judicial. Sua admissibilidade na esfera administrativa, segundo representa uma modificação quanto à concepção de supremacia do Estado, da existência de um só juízo sobre o interesse público, da posição do administrado como súdito, servil e submisso, à predominância absoluta da autotutela. (MEDAUAR, 1993:96-97).

Conforme GORDILLO⁶⁹:

o caráter contraditório tende a afirmar-se universalmente; Em verdade seria fechar os olhos à realidade pretender que no processo administrativo haja só uma parte cujos direitos serão discernidos, sem conflitos nem contendas, por um órgão desinteressado do assunto; ao contrário, os recursos, reclamações, denúncias administrativas supõem quase necessariamente um conflito de interesses entre o requerente, de um lado, e o órgão autor do ato, de outro e isto desemboca bem concretamente numa impugnação que não é outra coisa senão contenda: daí a indispensável discussão plena do assunto, com ataque e prova, mediante um procedimento imparcial, público etc. (1991:XVII, 50).

A idéia de contraditório em procedimentos administrativos ganha terreno também à medida que a atenção se volta para a relação Administração/cidadãos e a necessidade de circunscrever a atuação administrativa controlada, com o fim de refrear abusos, admitindo-se a divergência de interesses, de pontos de vista e de interpretações jurídicas entre ambos (MEDAUAR, 1993:98).

⁶⁹ **Tratado de derecho administrativo**, t.II, 1991, pp. XVII-50.

Sendo o processo administrativo instituto decorrente e necessário ao Estado Democrático de Direito, sua sistematização decorre da “força normativa da constituição”⁷⁰ que impõe o asseguramento dos direitos do cidadão e, via reflexa, controles, mediante um critério participativo, à própria atividade administrativa. É, portanto, indispensável que o ordenamento jurídico processual facilite, segundo a visão de DROMI, os meios instrumentais para o efetivo exercício dos direitos constitucionalizados (1996:19), pois de nada adianta ter o direito e carecer de recurso ou ação para defendê-lo. O dever ser jamais se torna conduta jurídica, se não se assegura o seu cumprimento. (DROMI:1996).

Muito embora existam leis especiais que trazem focadas as questões processuais (legislações estatutárias; lei geral de licitações; procedimento tributário administrativo), é inegável que vasta gama de direitos fundamentais ainda não possuem respaldo normativo suficiente no que tange a um direito de ação de âmbito administrativo. E sua ausência não se resolve pelo livre e amplo acesso ao judiciário: se detém a Administração o dever de autotutela (que a habilita a rever seus próprios atos, de maneira mais célere e menos onerosa para o cidadão), nada mais descompassado com os direitos fundamentais remeter ao judiciário, o cidadão, toda vez que se com ela estivesse em situação de litígio⁷¹.

⁷⁰ Sobre a noção de força normativa ver a obra de KONRAD HESSE, **A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung)**. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Fabris, 2002.

⁷¹ Para ALICE GONZALES BORGES seria “verdadeira iniquidade obrigar-se o cidadão a recorrer ao judiciário toda vez que fizesse necessário fazer valer os seus direitos.” (In. Processo Administrativo e controle. **Revista Diálogo Jurídico** - Centro de Atualização Jurídica, Ano I, V. I, nº. 8, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

Quanto a este assunto, sublinha-se, no plano federal, normatização deste tema com a aprovação da recente lei federal n.º 9.784⁷², de 29 de janeiro de 1999 que estabeleceu normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, em especial à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (art. 1º), também é aplicável aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

É inegável a existência de pontos inovadores e positivos, tais como a consagração, no art. 2º, dos princípios norteadores do processo administrativo; a ampla divulgação oficial dos atos processuais administrativos (art. 3º, II); a legitimação, como interessados, dos titulares de direitos subjetivos, dos interesses legítimos de terceiros, de direitos coletivos e difusos (art. 9º); a abertura de consulta pública, em matéria de interesse geral (art. 31); a realização de audiências públicas (art. 32) e da audiência de organizações e associações legitimamente constituídas (art. 33); a estipulação da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos (art. 50); instituição de medida cautelar administrativa, em caso de risco iminente (art. 45), dentre outras.

É de se concluir que as garantias constitucionais apresentam, no âmbito do processo, a característica de regular o exercício da competência – “garantia geral de estrutura do ordenamento jurídico” – e “instrumento de proteção do indivíduo”. Deste modo, “na relação entre Administração e cidadãos, técnicas processuais

⁷² A Lei originou-se de projeto preparado por comissão de alto nível de juristas, coordenada pelo Professor CAIO TÁCITO, tendo como relatora a Professora ODETE MEDAUAR.

tutelam competências para aquela e direitos e liberdades para estes” (BACELLAR FILHO 2003: 62). A cláusula do devido processo legal, portanto, assume caráter relevante no Direito Administrativo em face do agigantamento do Estado e do fortalecimento do Executivo. Indubitavelmente, é na vinculação ao devido processo legal que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais (BANDEIRA DE MELLO, 2006:458). Assume, assim, o processo, grande importância para a sociedade contemporânea, confirmando a premissa de investigação de uma disciplina processual administrativa tal como apregoa ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO (2003:63).

CONCLUSÕES

De toda a exposição chega-se às seguintes conclusões:

1. O ordenamento jurídico constitucionaliza-se. Este processo de transformação o impregna de normas constitucionais. A Constituição, nesta esteira, dada sua força normativa, é capaz de condicionar tanto a legislação quanto e principalmente a interpretação do Direito. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas, revelando a aproximação entre constitucionalismo e democracia.

2. Sob esta perspectiva constitucional consagram-se os entendimentos de que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham também a função de instituir uma ordem objetiva de valores não mais (ou tão somente) numa ótica liberal, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação.

3. A prevalência da Constituição acentua a hegemonia axiológica dos princípios, que se convertem em “pedestal normativo” do sistema jurídico, detendo a função de

assegurar um critério interpretativo e integrativo, num sistema lacunoso, incompleto e imperfeito. E, como as normas constitucionais principiológicas são normas abertas, exigem um processo de densificação mais intenso, destacando-se a importância da argumentação jurídica e a correção dos argumentos. Isso porque a decisão não é um ato de vontade, mas um ato que toma por base critérios normativos preexistentes, não esgotados nas regras jurídicas.

4. Mas a euforia principiológica, não raro, denomina como princípios institutos que não detêm esta natureza, fazendo necessária a distinção entre princípios, regras e postulados, sob pena de haver prejuízos para a compreensão do Direito nos moldes contemporâneos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, pretensiosamente complementares e parciais, determinado a realização de fins juridicamente relevantes; os postulados são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico e, por isto, não oferecem argumentos substanciais para a fundamentação de uma decisão, mas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito; as regras se caracterizam pelo caráter eminentemente descritivo, vez que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida.

5. A constitucionalização impõe que os dispositivos legais sejam interpretados de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores da linguagem constitucional. Mas a busca pela decisão correta se dá num ambiente onde os interesses em jogo são móveis e flexíveis. A existência, portanto, de

colisões de normas constitucionais passa a ser um fenômeno natural ante a natureza dialética das Constituições modernas, que consagram bens jurídicos muitas vezes contrapostos. Decorre daí a necessidade da ponderação.

6. As normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. Deste modo, o Direito Administrativo também se constitucionaliza. Este fenômeno não significa tornar a constituição um “supercódigo” administrativo; ao contrário, importa a releitura de institutos tradicionais em razão da matriz principiológica da Constituição, que perpassa a matriz principiológica do regime jurídico-administrativo (re)construindo significados.

7. Esta (re)construção não autoriza o uso arbitrário do poder, pretensamente legitimado em considerações abstratas e fluidas acerca de “vontade geral”, “razões de estado” e “interesse público”. A constitucionalização do Direito Administrativo e sua vinculação aos direitos fundamentais não permitem mais a configuração de uma noção de interesse público, de titularidade do Estado, que contraste com os princípios fundamentais trazidos na carta republicana.

8. A validade axiológica do Direito Administrativo demanda a legitimação das prerrogativas estatais com a comunicação entre governo e sociedade, numa relação

dialética que pressupõe a participação democrática a partir da satisfação dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade da pessoa humana.

9. A dicotomia entre público e privado, que já teve sua razão histórica de ser, pensada hoje nos moldes tradicionais não representa uma solução adequada para a complexidade dos casos que envolvam estes âmbitos de juridicidade. A Constituição institui uma verdadeira “conexão estrutural” entre interesse público e privado, justamente pelo fato de que, numa sociedade aberta e democrática, há uma imprecisão e uma indeterminação dos respectivos conceitos já que ambas as dimensões são igualmente importantes para a realização existencial da pessoa humana.

10. A busca da legitimação pelo consenso (o debate democrático entre os participantes, numa construção de sentidos pela *praxis* - num processo comunicativo e dialógico, onde o consenso e o dissenso estão presentes) pressupõe o sopesamento de interesses públicos e privados. Há desse modo, um contínuo movimento (ou processo) reflexivo que, na superação do dissenso (necessário e inevitável numa sociedade plural, complexa e democrática) atinge-se o consenso. Este consenso reflete a “vontade administrativa” legitimada.

11. O consenso passa a ser construído num espaço público de debate. Não pode ser imposto por uma instituição, motivo pelo qual o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, do aparato ou do agente administrativo. A noção de

legitimidade da pretensão de validade do discurso jurídico-administrativo passa da norma acabada (ou do ato administrativo) para seu processo de discussão e formação. Desse modo, todo ato tem um caráter de precariedade o que demanda um ônus argumentativo da Administração, tornando-o sempre passível de ser confrontado com a Constituição.

12. Só será, portanto, interesse público aquilo que restar discursivamente demonstrado através do processo de formação das decisões administrativas. Não se confere ao aparelho estatal a titularidade para definir, *sponte própria*, aprioristicamente, como interesse público tudo aquilo que lhe convier.

13. De outro lado, tanto interesses públicos quanto interesses privados são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, sendo a regra a da unidade, onde a realização de um importa na realização do outro. Afigura-se, pois, insustentável a supremacia de um sob o outro.

14. No âmbito conceitual, não se pode extrair uma exigência de supremacia como um princípio jurídico apto a sustentar todo um regime jurídico-administrativo. O que há é a unidade da reciprocidade – o não sacrifício *a priori* de nenhum interesse - o que implica uma ponderação entre interesses correlacionados.

15. Se o Estado Democrático de Direito pressupõe uma ordem legitimada e legalizada, a procedimentalização do agir administrativo encerra um “método

democrático”. Afigura-se um mecanismo dialógico institucionalizado onde é imposto à Administração um ônus argumentativo, qual seja, o de justificar e demonstrar a formação de uma “vontade administrativa” em função dos direitos e garantias fundamentais, de forma pragmática.

16. Com a procedimentalização ao se estabelecer controles na intimidade da Administração ao longo da formação de sua vontade e ao resguardar os cidadãos (possibilitando-se a estes a possibilidade de serem ouvidos antes da decisão que irá afeta-los) abre-se o Direito Administrativo à perspectiva democrática de participação de cidadãos, grupos de interesse e opinião pública (sociedade aberta) em contraponto à visão de uma sociedade fechada.

17. A noção de poder só se justifica na equação legalidade/legitimidade em razão de uma finalidade cogente (dever), eis que a tônica da autoridade só se justifica no asseguramento dos interesses dos elementos da sociedade, discursivamente demonstrados. Mas este poder não pode ir além daquilo que o próprio ordenamento jurídico coloca como razoável.

18. Procedimento é gênero e processo, espécie. Aquele se encontra ligado à função administrativa, ao passo que este demanda a participação dos interessados em contraditório. Desse modo, todo processo é procedimento, o que não significa dizer que todo procedimento venha se tornar um processo.

19. As garantias dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição federal, a ampliação do termo “acusados em geral”, a extensão destas garantias ao processo administrativo e a nova dimensão do termo litigantes, permitem verificar que a cláusula do devido processo legal assume peculiar relevância no Direito Administrativo. É na vinculação ao devido processo legal que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais.

20. A vasta gama de direitos fundamentais, a noção alargada de legalidade e a ausência de um amplo respaldo normativo no que tange a um direito de ação de âmbito administrativo coloca em relevo o dever de autotutela (e a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos). Não seriam assegurados direitos fundamentais (ligados à noção de função administrativa) se o cidadão tivesse de recorrer ao judiciário toda vez que com a Administração estivesse em situação de litígio. Contra isso, a edição da Lei federal n.º 9.784/99 traduz-se em grande conquista no que se refere à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

_____. Sistema jurídico y razón práctica, In.: **El concepto y la validez Del derecho**. Trad. de Jorge M. Sena. 1. ed. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoria Del discurso racional como teoria de la fundamentación jurídica. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro ode Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. O contrato e sua função social. **Studia iuridica**, Coimbra, n. 48, Coloquia 6, 2000.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ARGUELO, Katie Silene Cáceres. **O ícaro da modernidade**: direito e política em Max weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARRUDA, Jr. Edmundo Lima de. Gramsci: **A democracia enquanto racionalidade jurídico normativa – reflexões preliminares**, in ARRUDA Jr., de e BORGES Fo., Nilson. **Gramsci: Estado, Direito e Sociedade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

_____. **Neoliberalismo e direito. Paradigmas na crise global e o neoliberalismo.** In: Direito e século XXI: ordem e conflito na onda liberal pós-moderna. Rio de Janeiro: Luam. Caps. II e III.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy Editora, 3^a. ed., 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Sistema constitucional tributário.** São Paulo: Saraiva, 2004

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de março de 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar.** São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> Acesso em 10 de maio de 2006.

.BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Maria Alice Gonzáles. “Processo administrativo e controle”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, Ano I, V. I, nº. 8, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Trotta, 2003.

CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**, 4 ed. São Paulo: Papyrus, 1994.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**, 3a ed., 1954.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. A administração pública. In: Vários autores. **A Constituição brasileira de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

_____. A teoria constitucional e o direito alternativo. In **Uma vida dedicada ao direito – homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas**. São Paulo: RT, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **O procedimento administrativo (estrutura)**. Coimbra: Almedina, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DREIFUSS, René Armand. Política, poder, estado e força: uma leitura de weber. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 6^a. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado** – Ano 1, n. 1:3-23 jan/mar 2006.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2ª, 2003.

_____. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das coisas, vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368). São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Participação do povo no processo decisório**. Tese apresentada à XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Belém, 1986.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. V. I, 2ª ed., Giuffrè, 1988.

GORDILLO **Tratado de derecho administrativo**, t.II, 1991.

GRAU, Eros. **Direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung)**. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JIMENEZ, Torne. De la democracia a la participación: remodelación de instituciones administrativas, in administración y constituicion. **Estudios em homenaje al profesor Mesa Moles**. Madri:, 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARELT, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**, 4^a. ed. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p 99-109, jan/mar 1999.

MALISKA, Marcos Augusto. **Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos**, in ARRUDA Jr., Edmundo Lima de e BORGES Fo., Nilson. Gramsci: Estado, Direito e Sociedade, Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. Atual. Por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo IV.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9784/99. UFPR, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A administração pública e a Revisão Constitucional. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 187, p. 52, jan./mar. 1992.

MUSSETI GROSSI, Dinorá. Devido Processo legal e o procedimento administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, 01/99.

NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTIER Jean-Marie. **Citoyen et administration: France**. In: Francis Delpérée, **Citoyen et administration: Louvain** - La Neuve, Bruxelles, Cabay-Bruylant, 1985.

REALE, Miguel. A pessoa, valor-fonte fundamental do direito. In: **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. São Paulo: Publifolha, 2005.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

_____. **Curso de direito administrativo comparado.** Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: RT, 1995.

SANTOS, Boaventura Souza. **A crítica da razão indolente.** São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **O Direito público em tempos de crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.** Daniel Sarmento, org. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.** Daniel Sarmento, org. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional.** Minas Gerais: Del Rey, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Constituição ou barbárie?- a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito**. Rio Grande do Sul, ago. 2004.

Disponível em <<http://www.ihj.org.br/artigos/lenio>> Acesso em 15 ago 2004.

VIEHWEG, THEODOR. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2^a. ed. Lisboa: C. Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2002.