



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PÚBLICO

KALINE FERREIRA DAVI

A DIMENSÃO POLÍTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
SOB A ÓTICA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO
CONSTITUCIONALIZADO

Salvador

2007

KALINE FERREIRA DAVI

**A DIMENSÃO POLÍTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
SOB A ÓTICA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO
CONSTITUCIONALIZADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestra. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro

Salvador

2007

Biblioteca Central Reitor Macêdo Costa – UFBA

D249 Davi, Kaline Ferreira.

Dimensão política da administração pública sob a ótica de um direito administrativo constitucionalizado / Kaline Ferreira Davi. - 2008.
139 f.

Orientador : Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2007.

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Poder discricionário. 4. Atividades políticas. 5. Democracia. 6. Direitos civis. I. Castro, Celso Luiz Braga de. II. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD - 342
CDU - 342.9

KALINE FERREIRA DAVI

**A DIMENSÃO POLÍTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
SOB A ÓTICA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO
CONSTITUCIONALIZADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestra.
Área de concentração Direito Público.

Salvador,

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro – Orientador

Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito – 1º Argüinte

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcante – 2º Argüinte

Aos meus três amores, Ale, Loui
e Carol.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu orientador Professor Doutor Celso Luiz Braga de Castro, mais do que pela orientação, pela inspiração.

A Maria Carolina, pelos sorrisos que não me fizeram desistir; a Loui, pelo exemplo de perseverança ao transpor os limites próprios da sua idade; a Alessander, pela paciência e pelo amor; a minha Mãe, por ter me educado para o mundo e para aceitar os desafios; aos meus irmãos, pelo companheirismo.

A minha amiga Irena, pela força e serenidade transmitidas; a Laura Passos, pela expressão mais sincera do que é amizade; aos meus amigos da UFBA, pelo companheirismo que une para sempre; aos mestres do Programa de Pós-Graduação em Direito, pelas lições apreendidas e eternas.

À Escola Superior da Advocacia-Geral da União, pela concessão da licença que tornou possível a conclusão deste trabalho; aos colegas da Advocacia-Geral da União (AGU), principalmente a meu chefe Manoel Oliveira Muricy, que tornaram possível meu afastamento, mesmo à custa de seus esforços pessoais.

À Fundação Orlando Gomes, pelo excelente serviço prestado à comunidade jurídica, organizando e disponibilizando um acervo bibliográfico raro para os padrões nordestinos, sem esquecer da ajuda prestimosa da Sr^a. Ana, gentil funcionária da Fundação.

À Biblioteca da Advocacia-Geral da União em Brasília, que me permitiu o acesso a todos os periódicos que consegui consultar para o deslinde desta pesquisa.

Aos Professores Doutores Paulo Fábio Dantas e Paulo Miguez, pelas valiosas contribuições.

A secretária pessoal de meu orientador, Sr^a. Ana Cristina Magalhães de Melo, pela colaboração imprescindível.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a real dimensão do objeto do direito administrativo, que não pode apenas regular atos que se resumam a mera execução da lei, abstendo-se de todas as atividades que envolvam o exercício de opções políticas. Os objetivos perseguidos foram: avaliar a dicotomia entre governo e administração; introduzir como vetores axiológicos do direito administrativo a democracia e os direitos fundamentais; analisar a existência de uma dependência recíproca entre a Constituição e o direito administrativo; discutir a fragilidade e inconsistência da separação entre a política e a técnica; identificar o controle judicial como instrumento eficaz para coibir os abusos perpetrados sob o manto da discricionariedade política. Foram utilizados os métodos hermenêutico e histórico comparativo. Demonstrou-se a superação da dicotomia entre governo e administração, suprindo a defasagem teórica do direito administrativo com o fenômeno neoconstitucional. Comprovou-se que o direito administrativo é concretizador de normas constitucionais, capaz não só de cumprir a tarefa de contenção do poder, mas também de promover e implementar programas, planejamentos e políticas públicas. Constatou-se que a dependência recíproca entre a Constituição e o direito administrativo permite que a democracia e os direitos fundamentais sejam vistos como vetores axiológicos do direito administrativo e, portanto, capazes de redimensionar o princípio da legalidade, o interesse público, a discricionariedade e o mérito administrativo, além de tentar aproximar o cidadão da Administração Pública. Finalmente incita-se para um debate científico antigo, mas em um novo ambiente, no direito administrativo, como ramo do direito responsável por regulamentar uma Administração que não só execute opções políticas do governo, mas que também subsidie essas escolhas, trace metas, imponha diretrizes, ou seja, uma Administração que não se distinga do que hoje se denomina Governo.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade política ou de governo. Administração Pública. Direito Administrativo. Discricionariedade. Democracia. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The current work aims to study the real dimension of Administrative Law's object, which represents not only the regulation of acts narrowed to the mere execution of the legislation, standing away from any activity that could involve the exercise of political choosing. The pursued goals were: to appreciate the division between government and public administration; to introduce Democracy and Fundamental Rights as axiological vectors of Administrative Law; to analyse the existence of a reciproque dependance between the Brazilian Constitution and Administrative Law and; to discuss the fragility and weakness of the separation established between Politics and Technics; to identify judicial control as an effective instrument of cohibing the perpetrated abuses under the shelter of political discretionarity. This work has used hermeneutic and comparative-historical methods and it has showed signs of avance over the division between government and public administration, providing a newly constitutional phenomenon to Administrative Law's non-upgraded status; it has also proved that Administrative Law is a materializer of constitutional norms, able not only of accomplishing the job of power contention, but also of promoting and implementing programs, planning and public policies; it has also observed that the reciproque dependance between the Brazilian Constitution and Administrative Law allows Democracy and Fundamental Rights to be seen as axiological vectors of Administrative Law and are therefore capable of redimensionate the legal principle, the public interest, the discretionarity and the administrative merit, as it also attempts to aproximate the citizen and the Federal Administration. Finally it strenghs an old academic debate, this time in an Administrative Law's new scenario, as a branch of Law which is responsible for regulating an Administration that not only executes the Brazilian Government political options, but that also provides material to these choices, to set goals and establish purposes, in other words, a Public Administration that doesn't become distint from the one that is currently called Government.

Key words: *Political and Government activities. Public Administration. Administrative Law. Discretionarity. Democracy. Fundamental Rights.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ESTADO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DO PODER POLÍTICO	16
1.1 ESTADO E GOVERNO: DUAS FORÇAS DISTINTAS, MAS IDEALMENTE CONVERGENTES	22
1.2 SEPARAÇÃO DE PODERES: FREIOS E CONTRAPESOS TAMBÉM AO AVANÇO SOCIAL	30
1.3 FUNÇÕES DO ESTADO E DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS: GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	38
2.1 ENTENDENDO O FENÔMENO NEOCONSTITUCIONAL	38
2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO SUPERAÇÃO DO <i>DÉFICIT</i> TEÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	44
2.2.1 Aproximação entre a Administração e o cidadão	47
2.2.2 Dimensão constitucional do princípio da legalidade	51
2.2.3 Dimensão constitucional do interesse público como fundamento do direito administrativo	55
2.2.4 Dimensão constitucional da discricionariedade e do mérito administrativo	59
3 DELIMITANDO O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO	64
3.1 DESMISTIFICANDO A SEPARAÇÃO ENTRE GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO	64
3.1.1 Origem da separação: esclarecimentos históricos e políticos	66
3.1.2 Ultrapassando o paradigma weberiano: a politização unida à profissionalização da Administração Pública	69
3.2 ATIVIDADE POLÍTICA E DIREITO ADMINISTRATIVO	73
3.2.1 Análise sobre o sentido da política	74
3.2.2 Política como categoria jurídica: hipótese e execução	76
3.2.3 Papel a ser desempenhado pelo Direito Administrativo	79
3.3 DEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA DA CONSTITUIÇÃO: O OUTRO LADO DA MOEDA	83
3.3.1 Atividade administrativa preponderando sobre o conceito de ato administrativo	85

4	AÇÕES DE GOVERNO COMO OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	90
4.1	ATIVIDADE GOVERNAMENTAL COMO PARTE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E A OBRIGATORIEDADE DE SEU CONTROLE	90
4.2	ANALISANDO A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	93
4.2.1	Termo <i>discricionariiedade</i> e a linguagem como reveladora de sentido	93
4.2.2	Mito da liberdade na atuação administrativa	95
4.2.3	Relação da discricionariiedade com a liberdade de atuação administrativa	96
4.2.4	Vontade administrativa como mobilização funcional da Administração Pública	98
4.2.5	Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade técnica: equívocos em torno da discricionariiedade administrativa	101
4.2.5.1	Conceitos jurídicos indeterminados	101
4.2.5.2	Discricionariiedade técnica	104
4.3	DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA ORIUNDA DAS ATIVIDADES REGULADAS DIRETAMENTE PELA CONSTITUIÇÃO	107
4.3.1	Juízo de prognose da atividade administrativa de superior gestão e sua baixa densidade normativa	108
4.3.2	Prestações positivas da Administração frente aos direitos fundamentais: prioridades orçamentárias e discricionariiedade reduzida a zero	111
4.3.3	Histórico do Controle judicial dos atos administrativos denominados impropriamente de atos políticos	118
	CONCLUSÃO	125
	REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

Ainda constituem temas nebulosos as questões relacionadas com os atos praticados pelos chefes do Executivo, quando traçam as metas ou implementam as diretrizes máximas a serem seguidas pelo Estado em busca do desenvolvimento.

Encontramos nessa seara respostas pouco conclusivas, ou ao menos insatisfatórias, acerca da natureza dessas atividades preponderantemente políticas, do regime-jurídico ao qual estão vinculadas ou da forma de controle a que estão sujeitas.

A maioria dos doutrinadores, presos ainda à teoria dos atos administrativos, chega a admitir que há um limite muito tênue entre atos administrativos e atos políticos ou de governo, sendo muitas vezes difícil, na prática, determinar se realmente estamos diante de um ato denominado como “meramente administrativo” ou de um suposto ato político ou de governo objeto do Direito Constitucional.

O que existe de fato é a vontade de se diferenciar dois entes: a Administração e o Governo. A grande preocupação é não deixar de alimentar a idéia de separar o jurídico do político, como se isso fosse possível em relação à atividade estatal, principalmente no que se refere à função administrativa.

Sob o argumento de que o governo age de acordo com convicções políticas, e de que seus atos são executados com responsabilidade constitucional, tenta-se subtraí-lo da esfera de incidência do Direito Administrativo, para inseri-lo exclusivamente no âmbito próprio e específico do Direito Constitucional. A alegação consiste no fato de que esses atos estão vinculados exclusiva e diretamente à Constituição, não havendo qualquer vínculo infraconstitucional, o que caracterizaria exteriorização das opções políticas do governo.

Exsurge daí a indagação: no que consiste essa atividade de governo que não se confunde com administração pública, embora trace metas e direcione todo o aparato estatal em torno de resultados que julga como os mais vantajosos para a coletividade?

Toda essa incerteza e indefinições em torno dessa atividade trazem como consequência a instabilidade em relação a sua regulamentação e a seu controle, o que fragiliza nosso denominado Estado Democrático de Direito, uma vez que esses são os atos de maior impacto social e econômico na gestão de um país. Por causa dessa ausência de precisão sobre o tema, deixamos uma lacuna indesejável na vinculação das atividades de direção e chefia do Estado ao direito.

Consideramos que o direito constitucional não é o ramo do direito apropriado para a regulamentação de atos materiais de concretização e implementação das transformações sociais, dispensando atenção apenas aos atos normativos. Observemos que o controle concentrado de constitucionalidade previsto na Constituição Federal só é legítimo no controle de leis ou atos normativos, não havendo previsão de controle de constitucionalidade de políticas públicas ou de ações estatais de planificação, principais formas de concretização dos direitos fundamentais.

O direito constitucional está apegado ao conceito de ato, enquanto o direito administrativo é ramo do direito público, que está essencialmente ligado à idéia de atividade, concatenação de atos em prol de um resultado, forma mais consentânea com a realização das transformações sociais. É exatamente por causa dessa insuficiência e inadequação do direito constitucional, como regulador de atividades administrativas, que até o momento a atuação do governo se apresenta como figura praticamente extrajurídica, cujo controle se afigura incipiente e desproporcional em relação à relevância de seus atos e ao impacto que eles geram na esfera individual e coletiva.

Admitir, fora da função administrativa, e, portanto, fora da regulamentação do regime jurídico-administrativo, atividades de direção e de fixação de metas relacionadas com o destino do país é aceitar a minimização da atividade administrativa nos moldes burocráticos delineados por Max Weber, para quem a política deveria ser completamente apartada das questões técnico-administrativas.

Pretendemos com esta pesquisa desmistificar algumas verdades consagradas e contribuir para aproximar o povo do poder que é seu, mas que não está sendo exercido em seu nome. A existência de um Estado Democrático de Direito ou de um Estado Constitucional Brasileiro somente ocorrerá na realidade prática quando o povo puder controlar integralmente os atos praticados por aqueles a quem delegou seus poderes. É a existência do controle, ou pelo menos a eventual possibilidade dele ocorrer, que obrigará os governantes a demonstrarem de forma transparente o que lhes moveu a adotar aquela decisão administrativa e não aquela outra, mesmo que tais decisões envolvam elevado grau de opção política, o que não quer dizer liberdade.

Demonstraremos que muitas verdades de onde se parte para construir novas idéias, na maioria das vezes, não são bases tão sólidas, e devem sempre ser testadas ou falseadas, para medir seu grau de verossimilhança, sob pena de construção de degraus em solo movediço ou aceitação passiva do que já existe e não há inovação criativa. É essa imensa possibilidade de

mudança que impulsiona qualquer progresso científico e encoraja os pesquisadores a não desistirem de perseguir sempre a verdade fugaz de cada instante.

Com o real intuito de divorciar verdades preestabelecidas de verdades dogmatizadas é que duvidamos do que já está posto e intentamos construir uma nova teoria. Isso não deve ser entendido como pretenciosa tarefa de desqualificação do que já existe e substituição por algo supostamente melhor. A proposta não é esta, mas sim aproveitar o que já foi construído para obtermos um conhecimento verossímil, válido e verdadeiro para este instante.

É oportuno ressaltar que não prescindimos da dogmática no direito, pois ela é fundamental para o jurista que opera num país inserido no *civil law*. A dogmática nesses casos garante que o jurista parta de um lugar previamente determinado — sistema jurídico positivo — não sendo possível desconhecê-lo, contudo, isso não é o mesmo que afirmar que o operador do direito tem que se posicionar sempre passivamente diante desse sistema jurídico. O jurista não deve se resumir ao pensamento dogmático, deverá reconhecê-lo e, diante dele, assumir uma postura crítica ou, como denominou J.J. Calmon de Passos¹, exercer um pensamento pré-dogmático.

Partimos da teoria falseacionista de Popper², que incentiva a adoção de uma postura crítica diante dos enunciados, com base em seus três pilares básicos: a testabilidade, a corroboração e o alcance da verossimilhança. Assim ele destrói a idéia de estagnação do conhecimento.

A idéia de corroboração se relaciona com o prestígio passado da teoria e atesta o modo como ela resolveu seus problemas num certo tempo. Para isso, é levada em consideração a severidade dos testes a que foi submetida e a forma como ela reagiu a esses testes. A corroboração é um revelador relato de atuação passada.³

¹ PASSOS, J.J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

² A testabilidade pressupõe que os enunciados ou teses são hipóteses que deverão ser testadas para avaliar a sua falseabilidade. O que demonstra ser a teoria de Popper essencialmente negativa. A teoria de que todos os cisnes são brancos não pode ser comprovada pela constatação de cisnes brancos em toda parte do mundo, mas ela proíbe que existam cisnes de qualquer outra cor em qualquer lugar. Assim, o potencial falseador dessa teoria é imenso, basta que seja encontrado um cisne negro em algum lugar para que seja falseada a afirmativa, mas, mesmo que seja encontrado em vasta extensão territorial somente cisnes brancos, isso não será o bastante para considerarmos verdadeira a afirmação de que todos os cisnes são brancos. A idéia de corroboração se relaciona com o prestígio passado da teoria, atesta o modo como ela resolveu seus problemas num certo tempo. Para isso, é levada em consideração a severidade dos testes a que foi submetida e a forma como ela reagiu a esses testes. A corroboração é um revelador relato de atuação passada. O que Popper demonstra é que a verossimilitude que ele acredita e considera capaz de ser atingida pela corroboração das teorias é o fortalecimento da capacidade daquele conhecimento corroborado gerar novos conhecimentos. POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo - uma abordagem evolucionária*. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. p. 28-30.

³ *Ibidem*, p. 28.

O que Popper demonstra é que a verossimilitude que ele acredita e que considera capaz de ser atingida pela corroboração das teorias é o fortalecimento da capacidade daquele conhecimento corroborado gerar novos conhecimentos. Exemplificando: se a teoria da relatividade foi corroborada em grau maior do que a teoria de Newton, isso quer dizer que a teoria da relatividade é mais verossímil, ou seja, tem maior potencial de gerar conhecimentos novos e válidos.⁴

Exatamente por acreditar no alcance de uma verdade sempre provisória, a questão de segurança na base empírica não tem para ele a importância que tem para os indutivistas. Para Popper⁵ não existe segurança num conhecimento estagnado, mas sim num conhecimento sempre testado e apto ou não a ser corroborado. Popper não deixa dúvida de que a base empírica nunca é suficientemente segura, e isso é inteiramente justificável perante a teoria que defende, na qual nenhum conhecimento leva à verdade absoluta, mas apenas a hipóteses falseáveis. Seguindo a orientação desse autor, o conhecimento será sempre mutável e as certezas sempre duvidosas, o que será suficiente para motivar o homem a nunca se deixar acomodar diante de uma aparente verdade.

Somente testando as teorias existentes, poderemos gerar novos conhecimentos que durarão enquanto não forem contrastados com novos testes, e assim sucessivamente, desencadeando um processo sem fim na busca de uma verdade que não existe, já que em cada tempo teremos uma verdade adequada ao contexto histórico em que estamos inseridos.

A título de ilustração, consideremos que até a década de setenta, no Brasil, era ensinado nos livros e nas Faculdades de Direito que os atos discricionários eram atos administrativos que dispensavam a motivação, o que se explica devido ao que se concebia como discricionariedade, nada menos do que liberdade para a prática de atos administrativos, em relação à oportunidade, conveniência e conteúdo.⁶

Nos dias de hoje, entretanto, tal ensinamento encontra-se em franca via de superação. A melhor doutrina deixou de associar a discricionariedade à liberdade em sentido amplo, para mencionarem “[...] certa margem de liberdade remanescente no caso concreto”⁷, ou ainda,

⁴ POPPER, 1999, p. 28

⁵ “A base empírica da ciência objetiva nada tem, portanto, de absoluto. A ciência repousa em base firme. A estrutura de suas teorias levanta-se, por assim dizer, num pântano. Semelha-se a um edifício construído sobre pilares. Os pilares são enterrados no pântano, mas não em qualquer base natural ou dada. Se deixarmos de enterrar mais profundamente esses pilares, não o fazemos por termos encontrado terreno firme. Simplesmente nos detemos quando achamos que os pilares estão suficientemente assentados para sustentar a estrutura – pelo menos por algum tempo.” POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Mota. São Paulo: Cultrix, 2001. p.125.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 128.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

como preferem outros, uma “[...] condição de liberdade, uma liberdade onerosa sujeita a vínculo de natureza peculiar”.⁸

A modificação da premissa acerca da discricionariedade resultou na conseqüente e necessária alteração de outra máxima, a de que os atos discricionários não necessitavam de motivação. Na realidade passada, o fato de a discricionariedade estar associada à idéia de liberdade ampla do Administrador desencadeava, como conseqüente lógico, a ausência de dever de motivação, já que não se motiva o que não se controla. Alterada a premissa inicial, altera-se imperiosamente a conseqüência, ou seja, a motivação passa a ser exigida principalmente para os atos discricionários.

Com esse exemplo, demonstramos que o entendimento inicial sobre a discricionariedade e a inexistência do dever de motivação eram as verdades do momento, adequadas ao modelo constitucional e político em que vivíamos. Ultrapassado o contexto histórico em que aquela teoria foi idealizada, ela sufragou no teste e foi falseada, posto que, no Estado moderno, ou pós-moderno como preferem alguns, não há que se falar em liberdade ampla para agir sem controle, uma vez que a democratização e a submissão de todos, inclusive do governo, ao direito gerou um outro cenário político-jurídico que não mais se adequava à velha concepção de ausência total de controle da escolha de oportunidade e conveniência por parte do Administrador. Por conseqüência, a motivação que era desnecessária, em se tratando de atos discricionários, se fez imprescindível.

O pensamento falseacionista não desconsidera o gênio do passado, mas leva em conta a atualização do conhecimento em consonância com o desenvolvimento humano, que é constante e tem o poder de transformar algumas verdades em conhecimento imprestável. Considera-se também que, diante da possibilidade de atualizar mecanismos de testes mais eficientes, é possível dotar a teoria formulada no passado de maior grau de corroboração, ou seja, torná-la capaz de gerar novos conhecimentos igualmente verossímeis, o que não nos assegura que aquela teoria será corroborada no futuro, quando submetida a novos testes.

No direito temos o dogmatismo como inibidor de questionamentos, o que gera um obstáculo na adoção de teorias como a falseacionista. Ovídio Baptista⁹, criticando a pesquisa científica no âmbito jurídico, denuncia que os cientistas se detêm no “como” aconteceu, mas não questionam jamais o “porquê”. Esse respeito aos dogmas e essa ausência de análise crítica dos problemas, segundo o autor, foram responsáveis pela perda de autonomia do Direito, que se transformou em um “[...] simples regulador funcional de uma sociedade individualista e

⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 126-127.

⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299-300.

sem valores”¹⁰, mero instrumento de poder, apenas com a missão de garantir liberdades tornadas direitos subjetivos destituídos de deveres. Para esse jurista, o Direito realizador, prestacional, é mera figura de retórica.

Este trabalho tem o intuito de não aceitar verdades preestabelecidas, mas sim analisá-las criticamente e submetê-las aos testes de que se dispõe, e, se porventura forem corroboradas, servirão de ponto de partida; caso sejam falseadas, valeram como verdades até aqui, mas não poderão embasar conhecimento novo, sob pena de enfraquecimento do desenvolvimento do Direito.

Nossa pesquisa foi unicamente teórica, do tipo documental (utilização de leis e jurisprudências), bibliográfica e eletrônica. Adotamos o método hermenêutico e em menor escala o método histórico comparativo. Foram analisadas decisões judiciais para comprovar a tese defendida, mas também nos valem das leis e da Constituição com o mesmo objetivo, o que indica a ausência de exclusividade na utilização da indução como técnica metodológica, sendo também utilizada a técnica dedutiva.

Visando ao alcance dos objetivos já enunciados, dividimos o presente trabalho em capítulos assim dispostos. No Capítulo 1, fizemos uma análise política e filosófica sobre o Estado, o Governo e a Administração Pública, passando pela separação entre as funções estatais e os posicionamentos adotados acerca da matéria na doutrina pátria e estrangeira.

Posteriormente, no Capítulo 2, analisamos o fenômeno neoconstitucional e aplicamos seus fundamentos como forma de superação do *déficit* teórico do Direito Administrativo, o que implica na adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos. Identificamos assim um sistema de retroalimentação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo. Essa interdependência consiste na necessidade de atualização e incorporação ao Direito Administrativo dos valores éticos consagrados pelo constitucionalismo; e em contrário o Direito Constitucional precisa do Direito Administrativo para executar, fazer acontecer os programas constitucionais. Ao final deste capítulo, demonstramos que as atividades de governo estão inseridas num vácuo existente no espaço intra-estatal existente entre a decisão e a execução, necessitando de um meio que crie uma ponte entre o político e o jurídico, e esse é o Direito Administrativo constitucionalizado, capaz de realizar os direitos fundamentais.

No Capítulo 3, atingimos o ápice do tema abordado, desenvolvendo uma pesquisa histórica que demonstra o grave equívoco em que incide a doutrina brasileira em continuar

¹⁰ SILVA, O., 2004, p. 300.

defendendo a separação entre Governo e Administração, quando a gênese dessa teoria não se baseou em qualquer critério técnico-científico ou jurídico, mas sim numa questão estritamente política.

Ultrapassada a separação Administração e Governo, demonstramos como será regulada e controlada essa atividade predominantemente política pelo direito administrativo, o que implica numa forma renovada de conceber a discricionariedade administrativa, mediante a ênfase na processualidade em substituição à teoria do ato administrativo e na dependência existente entre a Constituição e o direito administrativo, como instrumento garantidor de sua plena efetividade.

No Capítulo 4, demonstramos a forma de controle que deverá ser exercido pelo Judiciário. Analisando jurisprudências pátrias com a finalidade de averiguar a evolução do controle jurídico-político das atividades administrativas ou da sua omissão.

O objetivo supremo desta pesquisa é conscientizar os operadores do direito acerca de uma realidade inegável. A Administração Pública¹¹ é a única capaz de transformar as normas que contêm os direitos fundamentais materializadores de uma sociedade de bem-estar em fato, em acontecimento, em ação concreta. O direito à educação pode se perpetrar como letra morta, caso a Administração não disponibilize verbas para a construção de escolas, não realize concurso para professores, enfim, não agregue vontade política e ação humana ao direito, o que implica na absoluta incorporação ao direito administrativo de valores constitucionais que o tornem capaz de moldar uma administração política ao direito.

¹¹ Utilizamos o termo Administração Pública como o conjunto de pessoas, públicas ou privadas, e de órgãos que exercem a função administrativa e a atividade administrativa. Consideramos função administrativa o conjunto de competências destinado a promover a satisfação de interesses essenciais; enquanto a atividade administrativa é a seqüência conjugada de ações ou omissões que exercitam a função e por meio das quais se perseguem os fins que justificam sua existência (JUSTEN FILHO, 2005a, p. 33).

1 ESTADO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DO PODER POLÍTICO

“Sem a Justiça o que seriam de fato os reinos senão bandos de ladrões? E o que são os bandos de ladrão senão pequenos reinos?” Santo Agostinho.

“Tendo-lhe perguntado o rei por qual motivo infestava o mar, o pirata respondeu com audaciosa liberdade: Pelo mesmo motivo pelo qual infestas a terra; mas como eu faço com um pequeno navio sou chamado pirata, enquanto tu, por fazê-lo com uma grande frota, és chamado imperador. (troca de farpas entre Alexandre e o pirata)” Santo Agostinho

Norberto Bobbio (2005, p. 87).

O que é o Estado? Essa indagação refere-se à aceitação de uma dominação obediente entre os homens, já que não havendo entre eles diversidade de natureza, nem de origem, é difícil esclarecer os motivos porque uns mandam e os outros obedecem.¹

Na tentativa de encontrar uma resposta que justifique a opção dos homens em abandonar o estado de natureza e sua plena liberdade, Manoel Gonçalves Ferreira Filho² indica a obtenção de três garantias básicas na aceitação do Estado: leis que definam a aquisição e o gozo da propriedade; uma força pública capaz de submeter todos ao jugo das leis; e juízos que dirimam os litígios aplicando as leis. O que indica que a liberdade desordenada e puramente individualista muito mais do que garantia de libertação é sinônimo de opressão.

Equivocadamente, como o surgimento do Estado sempre esteve associado ao monopólio do uso da força, temos sua definição baseada na exclusividade do uso da violência legítima. O Estado se configuraria apenas numa relação de dominação do homem pelo próprio homem. O que foi defendido por Max Weber³, que admitiu a fundamentação do Estado nessa força, assim justificando a submissão dos dominados: primeiro, no poder tradicional, caracterizado pelo hábito, pelo costume enraizado e santificado, que fez os homens num passado histórico respeitar os patriarcas ou senhores das terras; segundo, no poder carismático que se caracteriza na pessoa de quem governa e em seus atributos pessoais gloriosos, em qualidades extraordinárias dos chefes, o que será capaz de promover o bem-estar social; por último temos no poder racional,

¹ RIBEIRO, Manoel. *A institucionalização democrática do poder*. 2 ed. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1983. p. 11.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31.

³ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 60-61.

despersonalizado, estabelecido por regras e pela crença em uma autoridade respaldada na obediência que reconhece obrigações.

Não concebemos um Estado legitimado pela violência. Aceitamos que a violência e a força sejam instrumentos utilizados pelo Estado para fazer valer sua autoridade sobre seus comandados, mas nunca como fundamento legitimador. Isso, para nós, é muito claro, quando verificamos que existem vários agrupamentos que também exercem a força e a violência e nem por isso estão legitimados. Assim, analisando as justificativas de submissão idealizadas por Max Weber⁴, concluímos que ele também não acreditava que o Estado se legitimava pela força, uma vez que procurou demonstrar, por meio das três formas de justificação da submissão dos dominados — tradicional, carismático e racional —, nada menos do que a legitimação dessa violência.

Segundo Georges Burdeau⁵ o Estado não existe no plano *fenomenológico tangível*; não é nada mais e nada menos que uma idéia e essa idéia não surge de uma realidade, mas se resume a ela, ou seja, o Estado só existe porque é pensado por nós homens, que sentimos uma necessidade de legitimar o poder político exercido por outros homens, sem creditar a eles essa dominação; creditamos ao Estado, ente abstrato, uma ficção criada por nós, para nos dignificarmos em obedecer.⁶

Inferimos dos ensinamentos de Hegel que ele defendia a unidade entre Estado e sociedade⁷. Para ele a liberdade individual só existirá plenamente no Estado como *espaço de*

⁴ WEBER, 2006.

⁵ BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. X-XI.

⁶ “A essa questão, toda análise leal da noção de Estado traz uma resposta tão simples quanto repleta de consequência: os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens. Fizerem dele a sede e o suporte do poder cuja necessidade e cujo peso sentem todos os dias, mas que, desde que seja imputada ao Estado, permitelhes curvarem-se a uma autoridade que sabem inevitável sem, porém, sentirem-se sujeitos a vontades humanas. O Estado é uma forma de poder que enobrece a obediência.” (Ibidem, p. X-XI).

⁷ Há divergências quanto à unidade entre Estado e sociedade civil, vejamos: “Numa democracia, a sociedade permanece à margem do Estado. Assim se impõe não apenas para efeito de a sociedade promover a fiscalização e o controle sobre o Estado, mas também quanto à promoção da satisfação das necessidades coletivas. Ou seja, a diferença entre Estado e sociedade é relevante para fins políticos, porque é essencial à democracia. Mas é também relevante para a promoção dos direitos fundamentais.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005a. p. 30.

No mesmo sentido: “A crítica da distinção Estado/sociedade civil defronta com três objeções fundamentais. A primeira é que não parece correto que se ponha em causa esta distinção precisamente no momento em que a sociedade civil parece estar por toda a parte a reemergir do jugo do Estado e a automatizar-se em relação a ele, capacitando-se para o desempenho de funções que antes estavam confiadas ao Estado. A segunda objeção é que, mesmo admitindo que a distinção é criticável, é difícil encontrar uma alternativa conceptual ou é mesmo logicamente impossível, pelo menos enquanto vigorar a ordem social burguesa. A terceira objeção é que, sobretudo nas sociedades periféricas e semiperiféricas (como a nossa) caracterizadas por uma sociedade civil fraca, pouco organizada e pouco autônoma, é politicamente perigoso pôr em causa a distinção Estado/sociedade civil.” SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 123.

socialização da liberdade. A sociedade civil é uma etapa anterior ao Estado no processo político.⁸

Sobre essa ideologia hegeliana de unidade entre Estado e sociedade, oportuna e lúcida, é o posicionamento de Maria Paula Dallari Bucci⁹, para quem essa relação Estado/sociedade, em países periféricos ou semi-periféricos, serviria apenas para fortalecer um Estado aliado à sociedade forte, ou seja, como representante dos interesses da classe dominante, excluindo a sociedade fraca, os dominados, para quem sobraria a opressão, a rigidez, a distância e o formalismo.

Para Dalmo de Abreu Dallari¹⁰ o Estado é uma sociedade política, a de maior importância entre todas as existentes, e tem como finalidade promover o bem comum, entendido como um conjunto de condições aptas a favorecer o “[...] desenvolvimento integral da personalidade humana [...]” de certo povo, em determinado território.

Segundo Jorge Miranda,¹¹ o Estado não equivale ao político, mas é um caso histórico de existência política, sendo esta uma manifestação do social. O autor afasta a idéia de que o Estado possa ser tratado apenas em relação a seus três elementos — povo, território e poder político —, o que chama apenas de condições de existência. Acrescenta o autor que o elemento político é o elo integrador entre uma multiplicidade de grupos com fins diversos capazes de ser concretizados em diferentes quadros institucionais. A essência do político encontra-se na dialética do grupo humano e do poder, o que significa a estrutura dualista da política, demonstrada pela sujeição à autoridade, pela participação dos indivíduos e pela distinção entre os cidadãos e os governantes. Toda essa dualidade une-se em torno de uma verdade: comunidade e poder não existem por si; elas têm que se articular e se complementar por meio de um elemento valorativo, que faz dessa “[...] unidade dialética de comunidade e poder uma unidade de ordem”.¹² Concluimos que onde está o político tem que estar o jurídico.

Acrescentamos a opinião de Manoel Ribeiro, para o qual o Estado, embora fundamentado na diferenciação entre os que mandam e os que obedecem, só surge de fato quando o poder em torno de uma idéia de direito se institucionaliza, o que só será justificado se o Estado observar o dever de obediência à lei e valorizar a dignidade da pessoa humana.¹³

⁸ HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1959, p. 126.

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006a.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49-120.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 168.

¹² *Ibidem*, p.169.

¹³ RIBEIRO, 1983, p. 89.

Diante dessas afirmativas sobre o Estado, fixamos a importância do primado do indivíduo ou da pessoa humana, a quem é preciso servir, sob pena de o poder político perder seu caráter de legitimidade, se tentar, por meio da dominação absoluta, retirar do homem a prerrogativa mínima sobre os objetos necessários à complementação de sua personalidade. “Não poderemos perder de vista que o instituto da sociabilidade foi concebido para melhor servir ao homem, não podendo ultrapassar os limites da sua finalidade.”¹⁴

Jürgen Habermas¹⁵ afirma que, do ponto de vista objetivo, o Estado refere-se a um poder soberano interno e externo, restrito a uma área claramente delimitada, relacionado socialmente com seus integrantes — o povo.

Quando surgiu o Estado Moderno, foi utilizada coação física como único meio de centralizar o poder, prática que originou o equívoco de que a justificativa para a ordem jurídica reside na força bruta. Ocorre que o monopólio da violência pelo Estado não significa a legitimação por meio da violência, o que é atestado pela realidade dos fatos, já que a história mostra que nenhum Estado se justifica pela força, capaz apenas de manter um regime jurídico e político apenas temporariamente. A médio e longo prazo somente podem ser mantidos o poder político e o direito, por outra via, relacionada com sua legitimidade.¹⁶

Pela teoria aristotélica existem três tipos de poder: o poder do pai sobre o filho, do senhor sobre os escravos e do governante sobre os governados. Acrescenta o filósofo que esses poderes são distintos em relação a quem beneficiam. O poder paterno é exercido em prol dos filhos; o senhorial no interesse do próprio senhor; e o político em proveito de quem governa ou de quem é governado.¹⁷

Adotando critério diverso de distinção — a legitimidade — Locke concluiu que existe um poder cujo fundamento é natural, de nascimento (o paterno); o outro decorre do efeito do direito de punir alguém com pena grave da escravização (o senhorial); e por fim aquele que decorre do consenso (o político).¹⁸

Para Georges Burdeau¹⁹, numa visão puramente sociológica, o poder assume um caráter político quando, necessariamente, sua finalidade é socializada, ou seja, a capacidade de se obter um comportamento de alguém, que não o teria adotado espontaneamente, está diretamente

¹⁴ RIBEIRO, 1983, p. 80.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 129-130.

¹⁶ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 6.

¹⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 79.

¹⁹ “Em sua essência profunda, o Poder é a encarnação dessa energia provocada no grupo pela idéia de uma ordem social desejável. É uma força nascida da consciência coletiva e destinada ao mesmo tempo a assegurar a perenidade do grupo, a conduzi-lo na busca do que ele considera seu bem e capaz, se necessário, de impor aos membros a atitude exigida por essa busca.” (BURDEAU, 2005, p.2-3).

vinculada a um fim que não se esgota na esfera individual dos entes envolvidos na relação de poder, mas envolve um proveito coletivo ou social. Esse fim almejado por todos gera o consenso que unifica o grupo em torno da imagem de um futuro em que a coletividade viverá mais feliz.

Essas distinções sobre poder não são suficientes para esclarecer o que caracteriza o poder político e o distingue dos demais. Nas duas teorias o poder político é pensado numa situação ideal — exercido também em prol dos governados e gerado pelo consenso. Ocorre que existem várias situações não ideais em que o poder político é exercido apenas em benefício do governante e legitimado por outras razões que não o consenso, e nem por isso deixa de ser considerado poder político.²⁰

Concluimos que o uso da força física é o traço peculiar do poder político, mas não simplesmente o direito de usar a força, mas sim a exclusividade desse uso em determinado território, o que é expressão de soberania. “Se o uso da força é a condição necessária do poder político, apenas o uso exclusivo desse poder lhe é também a condição suficiente.”²¹ Admitir que o poder político se diferencia dos demais pela possibilidade de em última instância se utilizar da força em regime de monopólio, é definir o poder mediante os meios de que se serve o detentor desse poder para alcançar seus objetivos. Tal critério é o mesmo adotado para caracterizar os poderes: econômico — no qual seus detentores se utilizam da posse de certos bens para induzir aqueles que não os têm e deles precisam para se comportar de determinada maneira, também para caracterizar; e ideológico — no qual seus detentores se utilizam da posse do saber para obter um comportamento alheio que lhe interessa.²²

Com base na descrição dessas três formas de poder — econômico, ideológico e político — percebemos claramente que a utilidade do poder é manter a dominação pela desigualdade. Resta indagar agora o porquê da submissão dos homens a essa força empregada por outros homens em regime de exclusividade, quando nos referimos ao poder político. Essa é a grande questão que não se esvai numa justificativa instrumental desse poder político. A força é o instrumento para manter a pacificação, mas porque se subjugar a essa força, é um questionamento que envolve a legitimação do poder.²³

²⁰ BOBBIO, 2005, p. 78-79.

²¹ Ibidem, p. 81.

²² Ibidem, p. 82.

²³ Este problema foi posto de modo lapidar por Santo Agostinho na célebre passagem sobre a qual se debruçaram infinitos comentadores: “Sem a justiça o que seriam de fato os reinos senão bandos de ladrões? E o que são os bandos de ladrão senão pequenos reinos?” Passagem seguida pela não menos célebre troca de farpas entre Alexandre e o pirata: “Tendo-lhe perguntado o rei por qual motivo infestava o mar, o pirata respondeu com audaciosa liberdade: Pelo mesmo motivo pelo qual infestas a terra; mas como eu faço com um pequeno navio sou chamado de pirata, enquanto tu, por fazê-lo com uma grande frota, és chamado imperador.” (Ibidem, p.87).

A legitimidade garante a segurança da autoridade quando a força se enfraquece. Ela não depende da vontade nem da força de quem privilegia, *é um poder fundamentado no direito*. O que quer dizer que a legitimação não é do Estado artificial pensado pelo homem, mas sim daqueles que governam, que exercem um poder que precisa estar legitimado, ou seja, de acordo com o direito estabelecido e aceito pela comunidade, para que eles possam estar associados à idéia de Estado.²⁴

Observemos que na época da monarquia absoluta era justamente na idéia da coroa que o poder se centralizava. Apostando na reverência a um símbolo abstrato e não na pessoa que está por trás dele, os príncipes disseminaram a idéia de que o homem se confunde com o Estado. Aí reside o cerne da legitimação: fundamentar o poder em algo exterior, em algo que não depende da pessoa que o exerce.²⁵

O Estado não precisa ser legitimado, mas sim o poder que é exercido em nome do Estado e também as pessoas que exercitam esse poder. Uma vez legitimados, eles serão confundidos com o próprio Estado, este sim, sempre legítimo, posto que é criação artificial da mente humana que o idealiza para dignificar uma dominação inevitável.²⁶

Entendemos que essa busca pela legitimidade seguiu o mesmo rumo da institucionalização do Estado, o que ocorreu por questões práticas, pois a individualização do poder incomodava à segurança jurídica. Observemos que o poder concretizado em um homem traz a instabilidade comum da incerteza na regra. Assim, como saber se a vontade do rei não é arbitrária? Indagações como esta impulsionaram o processo de desconstrução da individualização do Estado, passando para sua institucionalização.

Os governados despertaram para o fato de que os governantes poderiam, no sistema que vigorava, desviarem-se facilmente das finalidades que efetivamente precisavam alcançar e para as quais detinham o poder, para buscarem a satisfação de suas conveniências pessoais. É essa preocupação que deflagra a grande evolução política que gerou a ligação do poder estatal a uma função que estabelece seus fins e seu título.²⁷

²⁴ BURDEAU, 2005, p. 27-28.

²⁵ Ibidem, p. 27-28.

²⁶ Ibidem, p. 27-28.

²⁷ Cabe inserir excerto da obra de Hegel (1959, p. 234-235) sobre a soberania interna do Estado: “Constituir a soberania a afirmação de caráter ideal de toda a legitimidade particular, não significa, ao contrário do que muitas vezes se julga, que se possa considerá-la como força absoluta, uma vazia arbitrariedade, e confundi-la assim com o despotismo.

Caracteriza o despotismo aquela ausência de lei em que a vontade particular enquanto tal, seja a de um monarca, seja a de um povo, vale como lei ou, antes, vale em vez de lei. Pelo contrário, do Estado Constitucional legal, a soberania representa o que há de ideal nos domínios e atividades particulares; significa isto que tal domínio não é algo de autônomo e independente nos seus fins e modalidades é definido pelos fins do conjunto (que em geral se designam, numa expressão vaga, por bem do Estado).”

Estava delineado o papel do Estado frente ao Poder, o de limite, utilidade prática que fez Schopenhauer afirmar que o Estado era “[...] a focinheira cujo objetivo é deixar inofensivo esse bicho carnívoro o homem”.²⁸

O enfraquecimento da dominação católica também foi fator decisivo para que o Estado fosse institucionalizado. Isto porque, desatado das amarras morais da igreja, os governantes ficavam muito mais à vontade para agir arbitrariamente. Além disso, as tarefas políticas se tornaram laicas, sem justificação de salvação divina, o que exigia uma nova base ética para o poder.²⁹ Observemos que esse poder baseado em qualidades pessoais do governante não é nada mais nada menos do que o poder carismático referido por Max Weber, e que até os dias de hoje ainda é utilizado por alguns para demonstrar sua capacidade de governar uma nação. Alertemo-nos para o fato de que o *marketing* político constrói a imagem dos candidatos, e que isto é decisivo para sua vitória nas urnas, devendo eles se trajarem de acordo com os padrões sociais estabelecidos, o que conta ponto em programas televisivos.³⁰

Esse retrocesso político de encarnar o poder na pessoa de quem o exerce, faz com que o Estado perca sua utilidade como elemento de legitimação do poder e dos governantes, já que, se eles encontram justificativas para a dominação que exercem neles próprios, não carecem de um suporte externo.

Enfraquecido o Estado, os governantes perdem a focinheira e ameaçam a dignidade da pessoa humana. Entendemos que se a dominação de um homem por outro perde os parâmetros de neutralidade exterior e passa a depender de conveniências pessoais, torna-se justo e compatível com a ordem jurídica o que for de gosto do governante. Assim, não se pode falar em existência de legitimidade, mas sim de exercício de puro arbítrio.

1.1 ESTADO E GOVERNO: DUAS FORÇAS DISTINTAS, MAS IDEALMENTE CONVERGENTES

Georges Burdeau³¹ usa de uma ilustração para demonstrar que, ao obedecermos a um guarda de trânsito que ordena a utilização da faixa de pedestres, não nos submetemos à vontade de um homem, mas sim ao poder estatal, do qual o homem que o representa é um mero instrumento. Não importa se temos uma superioridade física em relação àquele que nos

²⁸ BURDEAU, 2005, p. 24.

²⁹ Ibidem, p. 24.

³⁰ SILVA, O., 2004, p. 311.

³¹ BURDEAU, op. cit., p. XII.

ordena, ou se dispomos de instrumentos que nos deixam em franca vantagem em relação a ele. A obediência é fruto do medo da sanção institucionalizada ou do receio da reprovação social, mas, sempre, em qualquer um dos casos, está presente a questão psicológica; pensamos no Estado e acreditamos nele, e só assim ele existe.

Toda a confusão entre Governo e Estado, que são duas coisas distintas, leva muitas vezes a, equivocadamente, combatermos a instituição estatal, ao invés de empregarmos nossa oposição veemente contra aqueles que se servem ilegitimamente desse poder para camuflar suas opções políticas como ato estatal.³²

Como observou Eros Roberto Grau³³, a expressão mais profunda dessa incompreensão encontra-se na aceitação da dicotomia entre interesse público primário e interesse público secundário, considerando-se que, nesse último, o Estado é sujeito de interesses contrários aos interesses da coletividade. Desta forma, pratica-se uma concepção de supremacia do interesses público sobre o interesse privado, privilegiando não o interesse do Estado como verdadeiro interesse da sociedade, mas sim os interesses político-partidários daqueles que detêm o controle estatal.³⁴

A verdade dogmaticamente divulgada de que Estado e indivíduo, ou estado e sociedade estão em pólos opostos é estimulada pela noção do Direito Administrativo, cujos fundamentos ainda estão ancorados no pensamento liberal, que tem sua razão de ser na defesa do indivíduo em face do Estado. Essa noção inspira nossos doutrinadores até os dias de hoje e serve para instalar o pressuposto de que há um rompimento entre Estado e indivíduo e estado e sociedade.³⁵

A razão do Estado como o primado da política é a responsável por essa suposta independência ou superioridade do juízo político sobre o juízo moral. Preconizada por Maquiavel, essa foi a base de sustentação para o Estado moderno, propagando a existência de uma razão do Estado diferente da razão dos indivíduos ou da coletividade, o que quer dizer que o Estado é livre para perseguir os próprios objetivos sem se importar com preceitos morais que obrigam o indivíduo singular em suas relações com outros indivíduos.³⁶

Tal teoria afigura-se completamente incompatível com a idéia de Estado. A entidade estatal deve expressar toda a expectativa que a coletividade faz de seu futuro; deve ser uma esperança de concretização da ordem desejável pelo titular da soberania, para o qual o direito

³² GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 258.

³³ Teoria defendida por Renato Alessi e difundida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 53).

³⁴ GRAU, 2005, p. 258.

³⁵ Ibidem, p. 261.

³⁶ BOBBIO, 2005, p.85.

desempenhará um papel de fundamental importância, impondo a disciplina necessária para orientar os comportamentos individuais até ser alcançada a finalidade estatal.³⁷

O Estado pensado por nós e de existência inequívoca sobrevive enquanto acreditamos nele, seja para considerá-lo forte, fraco, omissivo ou arbitrário. Ele é o sujeito, despersonalizado e institucionalizado, cobiçado por todos aqueles que querem uma justificativa ou um alibi para suas ações, que se tornam ações do Estado. O simples fato de alguns adeptos de determinada corrente ideológica virarem governantes e encobrirem suas escolhas sob o manto da legitimidade estatal já é o bastante para se fazer ouvir, para angariar credibilidade.³⁸ Os governantes não são o Estado, mas se utilizam dele, na maioria das vezes, como “[...] biombo de uma empreitada de dominação”.³⁹

É dessa relação entre o direito e o Estado que surgiu a concepção de que as atividades políticas só são válidas se praticadas dentro dos limites jurídicos, ou seja, a aceitabilidade da atuação estatal depende de sua adequação com o direito. Esse é o modelo adotado depois que o Estado se institucionalizou e afastou o critério religioso e carismático como legitimadores do poder, pois, até então, os atos de governo não comportavam controle, principalmente porque o direito reproduzia a vontade do príncipe.⁴⁰

Diante do exposto, uma pergunta emerge: Como formarmos um direito que não tem base carismática nem divina? A alternativa é o consenso dos cidadãos, que nos estados democráticos é obtido pelo respeito aos procedimentos que garantam uma participação igualitária no processo de formação das normas, o que quer dizer que válida será a norma na qual todos que por ela puderem ser afetados tenham oportunidade de prestar sua concordância num discurso racional.⁴¹

Mas como formarmos um direito que não tem base carismática nem divina? A alternativa é o consenso dos cidadãos, que nos estados democráticos é obtido pelo respeito aos procedimentos que garantam uma participação igualitária no processo de formação das normas, o que quer dizer que válida será a norma na qual todos que por ela puderem ser afetados tenham oportunidade de prestar sua concordância num discurso racional.

Essa é a teoria habermasiana, na qual o importante não é o consenso efetivo dos cidadãos em relação a norma, mas sim que ela seja fruto de um procedimento que garanta e pressuponha igualdade de todos os interessados como agentes morais autônomos. Essa

³⁷ BURDEAU, 2005, p. 42.

³⁸ Ibidem, p. 36.

³⁹ Ibidem, p. XIV.

⁴⁰ Ibidem, p. 36.

⁴¹ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 112.

igualdade e autonomia dos interessados vai depender do que Gustavo Binebojm⁴² denomina de existência de *condições democráticas*, que nada mais é do que o respeito aos direitos fundamentais.

Hannah Arendt⁴³ cita os trabalhadores numa sociedade moderna, que pela diminuição ou ausência total de autonomia da vontade se sujeitam a uma dominação que prescinde da força, mas que se utiliza de uma forma muito mais repugnante de coação, que é a necessidade imediata inerente à sobrevivência.

Assim, resta claro que a existência de uma democracia depende dos direitos fundamentais assegurados, e a existência desses mesmos direitos depende da democracia para serem gerados, mediante um processo de comunicação plena que garanta a participação igualitária de todos, num discurso racional.⁴⁴ Alertamos para o fato de que a teoria habermasiana é concebida para um modelo de democracia que nós ainda não alcançamos. Nosso processo de democratização, ao contrário, ainda está em seus primeiros passos. A maioria de nossos direitos fundamentais ainda não passa de meta a ser atingida e falar em discurso racional e em um processo com igualdade de participação na formulação do direito brasileiro ainda é, para nós, utopia.⁴⁵

Nessa questão, muito bem argumenta Fábio Konder Comparato, ao chamar a atenção para o fato de que, como já lembrava Aristóteles, não é o fato de se atribuir a soberania à lei e não aos homens que resolverá o problema, uma vez que as leis são originadas no meio político no qual são adotadas. Portanto uma oligarquia só poderá produzir leis oligárquicas.⁴⁶

A democracia moderna é baseada num modelo representativo. Embora os homens se governem, eles o fazem por meio de seus representantes eleitos, que atuam num quadro de poderes delimitados, internamente pela separação de poderes e externamente pelos direitos fundamentais. Por esse motivo é que a democracia contemporânea não admite a ilimitação do

⁴² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.

⁴³ ARENDT, Hanah. *O que é política?* 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 80.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

⁴⁵ “Apesar de algumas idéias utópicas serem eventualmente realizadas, não é da natureza da utopia ser realizada. Pelo contrário, a utopia é a metáfora de uma hiperarência formulada ao nível a que não pode ser satisfeita. O que é importante sobre ela não é o que diz sobre o futuro, mas a arqueologia virtual do presente que a torna possível. Paradoxalmente, o que é importante nela é o que nela não é utópico. As duas condições de possibilidade da utopia são uma nova epistemologia e uma nova psicologia. Enquanto nova epistemologia, recusa o fechamento do horizonte de expectativas e de possibilidades e cria alternativas; enquanto nova psicologia, a utopia recusa a subjetividade do conformismo e cria a vontade de lutar por alternativas. Como Ernst Cassirer mostrou magistralmente no caso da Renascença e do Iluminismo, uma transição paradigmática implica sempre uma nova psicologia e uma nova epistemologia (Cassier, 1960;1963). O conhecimento sem reconhecimento nem a si mesmo se conhece.” (SANTOS, 2006, p. 324).

⁴⁶ MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 24.

poder popular, já que ele fica circunscrito a uma área reservada aos “[...] direitos fundamentais, naturais, inalienáveis e imprescritíveis que possui cada indivíduo”.⁴⁷

Denotamos do exposto que não adianta apenas termos consciência da forma de se obter um direito legítimo, por meio da democracia e dos direitos fundamentais asseguradores de um discurso racional com participação de todos. Temos que direcionar nossos esforços em momento muito anterior. Temos que tentar mudar a estrutura das relações sociais e econômicas, reais obstáculos à obtenção de um processo de comunicação desse tipo. Nossa população não tem acesso a instrução e é alienada pelos meios de comunicação de massa, que só propagam ideologia de dominação. Isso já é o bastante para demonstrar que igualdade de condição e autonomia ainda é algo a ser conquistado, assim como a própria democracia.

Entendemos que é impossível falar de algo tão à frente, discurso racional, processo de comunicação plena, igualdade de participação para todos os afetados pela norma, quando não conseguimos garantir para a população nem acesso à justiça, única forma de se ter restabelecido direito fundamental violado.

Na lição de J.J. Calmon de Passos⁴⁸, a norma jurídica é bifronte, submete governantes e governados, reduzindo desta forma o espaço do arbítrio e da álea do futuro, o que empresta razoável segurança e razoável previsibilidade das conseqüências imputáveis da conduta humana. Ocorre que essa razoável segurança está diretamente ligada ao conteúdo estabelecido por esse direitos, por isso J.J. Calmon de Passos prossegue afirmando que, embora o direito seja essencialmente cultural, ou seja, não existe independente de ações humanas, nem por isso está condenado ao subjetivismo e à irracionalidade. Isto porque é um fazer voltado para a exigência de se obter a mais proveitosa convivência humana.

Esse raciocínio remete-nos para o seguinte questionamento: se as leis são postas pelo poder político, como podem elas próprias limitar esse poder? As respostas mais comuns encontradas reportam-nos ou para o campo do direito natural, que se baseia na existência de leis anteriores aos homens, ou baseiam-se na existência de um legislador onipotente que deu a seu povo uma Constituição à qual os futuros dirigentes deverão obedecer; num momento posterior, remete-nos à idéia de separação de poderes até chegar à última luta pela limitação do poder ocorrida sobre o terreno dos direitos fundamentais do homem e do cidadão.⁴⁹

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 30.

⁴⁸ PASSOS, 2005, p. 16.

⁴⁹ “Estado limitado por excelência que é o Estado liberal e a todas as formas sucessivas que, embora reconhecendo outros direitos fundamentais, como os direitos políticos e os direitos sociais, não diminuíram o respeito aos direitos de liberdade. Costuma-se chamar de ‘constitucionalismo’ à teoria e a prática dos limites do poder: pois bem o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.” (BOBBIO, 2005, p. 96).

Divergente não é o posicionamento de Georges Burdeau⁵⁰, que exalta o papel desempenhado pelo soberano na construção de um direito limitador do poder. Para esse autor, é o soberano quem decide qual é a idéia de direito na coletividade. O soberano pode ser um indivíduo — o rei —, pode ser uma classe da nação — oligarquia — e pode ser uma nação inteira — democracia.

Observe-se que, independentemente de quem é o soberano, a idéia de direito não nasce de sua vontade, mas sim da consideração de uma ordem desejável, que dependerá de seu assentimento para se impor como objetivo da regulamentação jurídica. A soberania está acima de qualquer estatuto jurídico e não depende de nenhuma ordem constitucional preexistente.

Só no seio do Estado é que poder e direito se solidarizam de forma perfeita e harmônica. Embora o Estado só se exteriorize por intermédio de seus agentes, esses agentes estão subordinados à persecução da finalidade do poder, e essa subordinação é muito bem delimitada na norma constitucional dos Estados. A Constituição como obra do soberano tem duas funções na organização estatal: demonstrar a ordem social desejada; e sujeitar os governantes ao direito, determinando os procedimentos de designação deles e ditando as modalidades de suas ações.⁵¹

Nesse ponto Georges Burdeau⁵² faz uma importante ressalva para esclarecer que o Estado como instituição absorve o poder com suas faculdades dominadoras, mas estas devem ser sempre condicionadas pelo direito, posto que é somente no direito que o Estado se legitima, e esse direito é fruto da idéia predominante no grupo, o que não deve ser contrariado pelos governantes.

Conforme ensina Edvaldo Brito⁵³, o poder soberano não está vinculado a nenhuma ordem constitucional; atua como sua fonte, mas pertence a outro mundo, é repositório das aspirações sociais que anseiam por um poder político conformado pelo direito. Em razão disso é que podemos afirmar ser o Estado Democrático de Direito, definição exata da submissão das funções públicas — legislativa, administrativa e jurisdicional — à lei emitida vinculadamente à Constituição, que tem como fonte a vontade da sociedade civil⁵⁴, que deposita na função jurisdicional a garantia da preservação dessa submissão.

⁵⁰ BURDEAU, 2005, p. 46-49.

⁵¹ Ibidem, p. 43.

⁵² Ibidem, p. 44.

⁵³ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 34.

⁵⁴ “Como o espírito só é real no que tem consciência de ser; como o Estado enquanto espírito de um povo é uma lei que penetra a vida desse povo, o costume e a consciência desse povo, o costume e a consciência dos indivíduos, a Constituição de cada povo da depende da natureza e cultura da consciência desse povo, é nesse povo que reside a liberdade subjetiva do Estado, e, portanto, a realidade da Constituição.” HEGEL. *Princípio da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1986. p. 232.

O certo é que, com o estabelecimento do exercício de um poder político, mesmo que circunscrito numa esfera limitada pela Constituição e pelas leis, a liberdade de cada cidadão somente estará protegida se esse exercício for fiscalizado o tempo todo.⁵⁵

De tudo o que afirmamos até o momento, podemos tirar a seguinte conclusão: o direito é o instrumento adequado para que o Estado, cuja característica essencial é a diferença entre os governantes e os governados, possa intermediar essa relação de domínio sem contar apenas com a utilização da força, mas sim por meio de normas jurídicas oriundas de um processo que garanta o direito de participação de todos em sua formação, o que só ocorrerá com a garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Sumariamente, podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito é o modelo de Estado que tem como eixo central essas duas forças — a democracia e a garantia dos direitos fundamentais — previstas na Constituição da República como norma superior.

Enfatiza Marçal Justen Filho⁵⁶ que o Estado somente se justifica como instrumento para a realização dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O autor prossegue afirmando que num Estado em que vigora a legitimação racional do poder político sempre haverá limites para as decisões dos governantes, o que será garantido por um dos postulados do Estado Democrático de Direito, que é a universalização da jurisdição. Essa universalização da jurisdição é que produz a idéia de controle de validade dos atos estatais, sejam eles, até em parte, exteriorização de juízos políticos; não importa, todos terão que se desenvolver dentro dos limites jurídicos, sendo a validade o primeiro critério de legitimação desses atos.

Assim, com o advento do Estado Democrático de Direito dota-se o Judiciário de uma função que jamais deveria ter fugido de sua competência: controlar a atividade estatal, que não está a salvo de revisão judicial de seus atos, por todas as razões aqui expostas.⁵⁷

Conforme ensina Wilson Alves de Souza⁵⁸, o acesso à justiça é o mais fundamental de todos os direitos, pois não fosse ele garantido constitucionalmente e se consagrado postulado do Estado democrático de direito, não existiria possibilidade de se exercitar um direito quando ele fosse violado.

⁵⁵ ARENDT, 2006, p. 74.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 60.

⁵⁷ MÜLLER, 2003. “Onde está diante da tirania da exclusão o lugar dos juristas? Certamente não onde Montesquieu os rastreia, quando afirma, ao lado de todo grande tirano encontrei um grande jurista que lhe justificava os atos.” (Ibidem, p. 100).

⁵⁸ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. 423 f. Tese (Pós-Doutoramento em Direito Público) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2006. p. 70.

Concluimos que a omissão do Judiciário em sindicatizar atos administrativos de quaisquer espécies e sob qualquer pretexto, principalmente sob o lacônico e obscuro fundamento de impossibilidade de adentrar no mérito administrativo, ou de suposta afronta ao princípio da tripartição de poderes, afigura-se como prática absolutamente inconstitucional, que deve ser rechaçada por ser inteiramente incompatível com os fundamentos de nosso Estado, não se tratando apenas de legítima diversidade de corrente ideológica.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹ classifica os países, quanto a seu estágio democrático, em três blocos: *substancialmente democráticos*, aqueles que alcançaram a democracia mediante maturação histórica e conquistas políticas; *formalmente democráticos*, aqueles que acolhem apenas nominalmente em suas constituições os princípios democráticos importados de realidades estrangeiras; *em transição para a democracia*, aqueles países que se constituem em agentes transformadores, dedicados a suprir de recursos sociais básicos as camadas mais desfavorecidas.

Entendemos, portanto, que, não podendo ser considerado um país substancialmente democrático, o Brasil ocupará, no máximo, a classificação intermediária, que nada mais é do que uma expectativa para o futuro, deixando-nos conscientes de termos hoje a maior parte da população sem o mínimo de cultura política que garanta a consciência do poder detido por meio da titularização da soberania popular, pilar no qual se assenta a democracia.⁶⁰

Desta forma, não temos como afirmar que os membros do Congresso Nacional ou o Presidente da República são escolhidos pelo povo legitimamente, pois, para legitimá-los de verdade, deveríamos ter um povo que desfrutasse de um padrão econômico-social acima da mera subsistência, com acesso à cultura, à educação e, sobretudo, à informação por fontes diversificadas; aí sim, teríamos uma verdadeira democracia, capaz de legitimar seus escolhidos.

Comentando a condição de povo ativo, Friederich Müller⁶¹ afirma que este só existirá quando forem respeitados e praticados os direitos fundamentais individuais e políticos que, para ele, não são valores, privilégios ou exceções do poder estatal, mas sim fundamentos jurídicos de uma sociedade libertária. Sem a efetivação desses direitos fundamentais o povo permanecerá como “[...] metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade”.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Jus Navigandi*. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

⁶⁰ MÜLLER, 2003, p. 59.

⁶¹ *Ibidem*, p. 63.

Em razão disso, não consideramos um argumento suficientemente forte para retirar do Judiciário a legitimidade em efetivar o controle dos atos administrativos, o fato de seus membros não serem fruto de um processo eleitoral. Até porque, frisemos, o concurso público, principal forma de ingresso na magistratura, é uma das expressões mais democráticas que existem hoje no Brasil, basta verificar os critérios anti-republicanos que imperavam antes da Constituição Federal de 1988.

J.J. Calmon de Passos⁶² afirma que o risco do absolutismo judicial torna transparente a importância do magistrado para a democracia com a necessidade correlata de imunizar-se a sociedade contra a “[...] tentação diabólica de transformarem-se os produtores do direito em novos tiranos [...]”, daí a prestigiar-se a independência da magistratura e a institucionalização de um sistema de responsabilização dos magistrados e de controle social sobre eles, para eliminar a possibilidade de virem a reproduzir o déspota que se pretende eliminar quando se busca o Judiciário.⁶³

1.2 SEPARAÇÃO DE PODERES: FREIOS E CONTRAPESOS TAMBÉM AO AVANÇO SOCIAL

Na lição de Fábio Konder Comparato⁶⁴ esse sistema de *checks and balances* entre os diversos ramos do poder, se consegue impedir o Estado de fazer o mal, também o impede de fazer o bem, pois retira dele a capacidade de empreender. No modelo de Estado Liberal, essa inação do Estado era até desejada, mas, assim que a consciência jurídica universal passou a reconhecer, ao lado dos direitos individuais, também os direitos sociais, esse modelo de freios e contrapesos tornou-se embaraçoso e até mesmo incongruente do ponto de vista ético.

⁶² PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁶³ “Conseqüentemente, somar poderes ao magistrado sem lhes acrescer, também, a responsabilidade é deslegitimá-lo democraticamente. Como bem posto por Przerworski, a característica dos sistemas autoritários é que alguém tem a capacidade efetiva de evitar conseqüências políticas contrárias a seus interesses. Este alguém pode ser uma pessoa (o líder) uma organização (as forças armadas, por exemplo; ou os magistrados, acrescentamos) a polícia, o partido, a burocracia, ou mesmo algo menos facilmente identificável, com uma “panelinha” de grupos e indivíduos. Para que tal não ocorra, é fundamental a existência de algum foro perante o qual seja possível processar-se a desconfirmação dos que, investidos de poder para servir, passam a servir-se do poder, e este foro jamais poderá ser o da própria instituição ou órgão em que se integra aquele cuja responsabilidade se pretende efetivar. Permitir-se que esta distorção ocorra equivale a eliminar a possibilidade de efetiva apuração da responsabilidade de determinados agentes públicos, o que importa em negação mesma do sistema democrático de governo, e incentivo à tentação de dominação, presente sempre em todo detentor de poder.” (Ibidem, p. 106).

⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. *Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1989. p. 61-101. p. 71.

Com o crescimento da sociedade industrial, passou-se a exigir dos poderes políticos tarefas de direção e empreendimento que somente o Executivo — na tripartição clássica — tinha condições de exercer, o que gerou o agigantamento do Executivo, que se apoderou parcialmente até da atividade normativa.⁶⁵

Em verdade a repartição de funções idealizada por Montesquieu, por inspiração aristotélica e lockiana, tem que ser analisada no contexto histórico em que foi idealizada por seu autor, num momento em que o principal objetivo era frear as arbitrariedades do poder absoluto. O que se queria era salvaguardar as liberdades individuais por meio da limitação do poder.⁶⁶

Observemos que a motivação central daquela época foi intensamente centrada no controle, conforme já tivemos oportunidade de acentuar, tanto que o Poder Judiciário foi considerado por Montesquieu como um poder nulo. Fruto da idéia inspiradora do princípio de que poder detém poder, ao Judiciário caberia tão somente a função típica de conter ou reparar as violações praticadas pelos outros dois Poderes, sendo mais adequado mantê-lo politicamente neutro.

As críticas atuais lançadas ao sistema de separação de poderes advêm dessa herança absolutista que privilegia as potestades em detrimento dos deveres funcionais; e da preocupação em controlar acima de tudo, o que não poderia ser diferente no contexto em que se vivia. Ocorre que a história prosseguiu e o Estado hoje sofre as conseqüências dessa má-formulação político-estrutural no que tange ao desempenho das funções estatais, no que é incongruente e responsável por várias distorções.⁶⁷ Ressaltamos que é impossível subsumir todas as funções do Estado a apenas três principais espécies classificatórias e, mais ainda, atribuir cada uma dessas funções com exclusividade a um desses distintos órgãos-poderes. Só para ilustrar, podemos citar o Ministério Público⁶⁸ que, embora seja um órgão estatal, não integra nenhum dos poderes e a própria atividade de governo que, na condição de suprema atividade diretiva, também não se encaixa perfeitamente em nenhum desses três poderes.⁶⁹

⁶⁵ COMPARATO, 1989, p. 73.

⁶⁶ SOUZA, W., 2006, p. 159-160.

⁶⁷ COMPARATO, op. cit., p. 70.

⁶⁸ Não defendemos a idéia de que o Ministério Público formaria um quarto poder, mas sim que sua existência comprova a insuficiência e inadequação da tripartição de poderes, já que a função desempenhada pelo *parquet* ficaria de fora, não se enquadrando exatamente em nenhuma dessas três funções, sem, no entanto, deixar de ser típica função de Estado.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p.109-129, jul./set. 2001. p.111.

1.3 FUNÇÕES DO ESTADO E DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS: GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme ensinamento de Jorge Miranda⁷⁰, as funções do Estado podem ser entendidas como tarefa ou como atividade. No primeiro sentido, temos uma expressa legitimação do exercício do poder; no segundo sentido, temos a manifestação procedimentalizada do poder político. Contudo o autor chama atenção para o fato de que a função estatal, seja no sentido de tarefa, seja no sentido de atividade, pressupõe sempre um fim a ser perseguido, alterando-se apenas a relevância que se dá em relação ao que se pretende. Na versão tarefa, pretende legitimar-se a função, o que é feito mediante a aferição da correlação da atuação com o fim perseguido; já na versão atividade, o que se preconiza é a obediência ao devido processo, o que não autoriza ou possibilita uma desconsideração dos fins visados, mas permite que a legitimação se dê por um outro mecanismo não menos eficaz, que é a observância de um procedimento que vise a mesma finalidade.

Diante disso, percebemos que os dois sentidos mencionados pelo autor nada mais são do que os dois lados de uma mesma moeda. Isto porque, não havendo função estatal sem elemento finalístico, a tarefa condiciona a atividade a ser desenvolvida e a atividade não existe em si mesma, mas apenas para realizar a tarefa, que nada mais é do que um fim do Estado em determinada época histórica.

Todas as funções do Estado, como atividade, são condicionadas pelas tarefas que, constitucional ou legalmente, está incumbido de realizar. A qualidade de *estatal* lhe é emprestada pela norma jurídica, razão pela qual todas as funções do Estado são funções jurídicas. “Não há atividade do Estado à margem do Direito.”⁷¹

Assim, mesmo alertando para a existência de zonas de fronteira ou funções atípicas dentre aquelas funções denominadas fundamentais do Estado, Jorge Miranda⁷² enumera essas funções fundamentais e classifica como função política, função administrativa e função jurisdicional. A função política subdistingue-se em função legislativa (quando expressa em atos normativos) e função governativa ou política *stricto sensu* (quando expressa em atos de conteúdo não-normativo).

⁷⁰ MIRANDA, 2005, p. 230-231.

⁷¹ Ibidem, p. 232.

⁷² Ibidem, p. 232-238.

Sobre a função política *lato sensu*, Jorge Miranda⁷³ a distingue das demais, utilizando alguns critérios: por meio do critério material, ela se diferenciaria pela definição primária do interesse público, de acordo com a interpretação dos fins do Estado; como critério formal, ele a particulariza pela liberdade ou discricionariedade máxima, advertindo que isso não pressupõe não subordinação à regra legal, nem, principalmente, à Constituição; e como critério orgânico, destaca-se pela conexão direta com a forma e sistema de governo, ausência de hierarquia e apenas relação de responsabilidade política.

Em relação à função administrativa, Jorge Miranda⁷⁴ utiliza os mesmos critérios e apresenta os seguintes resultados: pelo critério material, esta função está conectada à satisfação das necessidades coletivas quotidianas; pelo critério formal, ela é parcial na perseguição do interesse público, além de ter iniciativa na busca das necessidades coletivas; e pelo critério orgânico, o autor a distingue das demais pela hierarquia descendente e subordinação no interior de cada sistema de órgãos.

Em relação à função jurisdicional Jorge Miranda⁷⁵, utilizando os mesmos critérios, conclui: pelo critério material, essa função declara o direito, decidindo questões jurídicas; pelo critério formal, ela distingue-se pela passividade e imparcialidade; e, finalmente, pelo critério orgânico, é desempenhada com independência por cada um de seus órgãos, sem prejuízo de recursos, além de ser atribuída, em princípio, a órgãos específicos formados por juízes.

Diante dessa classificação, o autor considera que o Estado pratica diversas categorias de atos referentes às três funções já citadas, e esses atos integram um vasto conjunto denominado por ele de *atos jurídicos-públicos*, que representam todos os atos do Estado no exercício de um poder público e sujeitos à norma de direito público. Dessa categoria ampla de atos do Estado, destacam-se os *atos jurídico-constitucionais* que, segundo o autor, numa definição formal, são aqueles cuja regulamentação pertence ao Direito Constitucional e, numa definição material, são aqueles de concretização imediata da Constituição, ou seja, os atos da função político-legislativa e governativa, além dos atos complementares de garantia jurisdicional da constitucionalidade e das normas de Direito Internacional.⁷⁶

⁷³ MIRANDA, 2005, p. 232-238.

⁷⁴ Ibidem, p. 232-238.

⁷⁵ Ibidem, p. 232-238.

⁷⁶ Ibidem, p. 278-287.

Diferentemente se posiciona José Afonso da Silva.⁷⁷ Para ele, o Estado manifesta-se mediante seus órgãos, que denomina de supremos — o governo⁷⁸ — ou de dependentes — a administração. Aos primeiros, entende que incumbe o exercício do poder político⁷⁹; aos segundos, em plano hierarquicamente inferior, cabe executar as opções políticas.

De acordo com o citado autor, ao Estado falta vontade própria, manifestando-se em consonância com a vontade de seus órgãos, que representam nada mais do que *exclusiva vontade humana*. Assim, ao governo, que tem por missão formular a vontade do Estado, cabe o exercício das funções do poder político — executiva, legislativa e jurisdicional. Nesse ponto, o autor chama a atenção para o fato de que a distinção de funções do poder não se confunde com a separação de poderes, pois, embora estes sejam temas conexos, a distinção de funções leva em consideração tão somente a natureza das funções exercidas pelo governo, independentemente de quem as exerça; já a separação de poderes tem como fundamento a especialização funcional, que distribui as funções de governo para cada órgão específico.⁸⁰

Como podemos observar dos dois posicionamentos referidos, não há um consenso acerca das funções políticas do Estado. Para Jorge Miranda⁸¹, considera-se como função política do Estado aquela que engloba a função legislativa e a função de governo *stricto sensu*, afastando dessa função a jurisdição; em contrapartida, José Afonso da Silva⁸² considera as funções legislativa, jurisdicional e executiva como típicas do poder político a serem exercidas pelo governo, independentemente da especialização de funções entre os órgãos ou poderes. Os dois autores estão em concordância, entretanto, quanto à exclusão da função administrativa do rol de funções governamentais e, conseqüentemente, políticas.

Segundo J.J. Gomes Canotilho⁸³, governar é o mesmo que fazer política; é atividade de direção, iniciativa, coordenação; é uma “[...] conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas, militares, de natureza econômica, social, financeira e cultural, dirigidas a individualização e gradação dos fins consitucionalmente

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 107-109.

⁷⁸ “O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelo órgão de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.” (Ibidem, p. 107).

⁷⁹ “O poder é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme aos fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.” (Ibidem, p. 106-107).

⁸⁰ MIRANDA, 2005, p. 232-238.

⁸¹ Ibidem, p. 237.

⁸² SILVA, J., op. cit., p. 107-109.

⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Consitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 754.

estabelecidos”. O autor acentua o caráter discricionário dessa função, marcada pela grande margem de liberdade de conformação, sujeita apenas aos limites impostos pela Constituição.

O autor citado entende que todas essas formas de função política são jurídico-constitucionalmente vinculadas, variando tão somente em relação à gradação desses vínculos, que podem ser de competência constitucionalmente vinculada ou com larga liberdade de conformação política, ou ainda exercitada com simples discricionariedade.

Declara o autor a dificuldade em distinguir funções de governo de funções administrativas, julgando vulgares e insuficientes os critérios de diferenciação que levam em conta, primeiro, a posição hierárquica dos órgãos do Executivo (as funções exercidas pelo alto escalão seriam de governo e a função administrativa seria exercida pelo escalão inferior); e segundo, a natureza de cada uma dessas funções em relação a sua primariedade e derivação (a função de governo seria livre e inicial e a administrativa seria derivada e meramente executiva). Para J.J. Gomes Canotilho⁸⁴ esses critérios não são úteis, na medida em que um ato administrativo pode transformar-se funcionalmente em ato de governo, assim como um ato de governo pode ser valorado funcionalmente como simples ato administrativo. A diferenciação com base na conceituação constitucional de Administração Pública, que leve em conta uma definição material positiva, é mais eficiente e deverá ser a seguinte “[...] persecução permanente e autônoma de tarefas da comunidade efetuadas por órgão do Estado e institutos públicos, através de medidas concretas juridicamente vinculadas a fins de interesse público constitucional e legalmente pré determinados”.⁸⁵

Diante dessa noção de Administração Pública, o autor conclui que não existe apenas uma Administração Pública, mas várias Administrações Públicas, incluindo a Administração do Estado em seus vários escalões, até a administração direta do governo. Para ele, as formas de atuação da Administração são variadas e se relacionam com medidas concretas que tanto podem ser atos administrativos individuais, contratos administrativos, como também podem ser atos planejadores e diretivos.⁸⁶

Desta forma, seu posicionamento afasta a possibilidade de separação entre Administração e Governo, na medida em que conceitua a atividade de governar como uma conexão entre as várias funções do Estado, dentre elas a administrativa, e acrescenta que não existe apenas uma administração, mas várias, incluindo a administração direta do governo.

⁸⁴ CANOTILHO, 1995, p. 755.

⁸⁵ Ibidem, p. 755-756.

⁸⁶ Ibidem, p. 767.

Na lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁸⁷, as funções executiva e legislativa do Estado podem ser denominadas de função administrativa, entendida como um gênero que engloba todas as duas funções que objetivam uma mesma finalidade: a concretização da vontade do Estado-poder para a organização dos serviços estatais e para promover o bem-estar da coletividade. Defende que há somente diferença entre esta e a função jurisdicional, uma vez que o objetivo desta última é preservar a ordem jurídica em vigor, não tendo caráter realizador, prestacional, mas apenas contemplativo, de dizer e fazer valer o direito preexistente.

Não nega o autor que nas duas funções estatais — administrativa e jurisdicional — há a persecução da satisfação do interesse público, contudo o fazem por meio de processos distintos. No primeiro caso, o Estado age diretamente perante a coletividade; no segundo caso, ele age de modo indireto sobre as partes litigantes.⁸⁸

O que defende esse doutrinador é a substituição da tradicional concepção trina dos poderes, por uma concepção dual dos poderes básicos do Estado que, neste caso, seriam: o poder político, exteriorizado pela criação das normas e sua execução por meio de atos administrativos ou de governo; e o poder jurisdicional, responsável pelo assecuramento da ordem jurídica.

Observemos que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁸⁹ denomina de Administrativa a função classificada pelos outros doutrinadores como atividade de governo ou atividade política. Assim, ele rompe com uma concepção reducionista da atividade administrativa, entendida apenas como a execução de atos concretos para a satisfação direta de necessidades coletivas.⁹⁰

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24-28. v. I.

⁸⁸ “Na administrativa, o objeto da ação tanto legislativa como executiva, é a utilidade pública a ser alcançada, mediante a promulgação de normas jurídicas e execução de atos jurídicos concretos, com fundamento naquelas, e atividades materiais complementares, que constituem formas de sua realização efetiva em cada caso. Assim, o direito constitui mero instrumento de efetivação de utilidade pública, processo empregado pelo Estado-poder para atingi-la. A prudência é a virtude que preside essa ação. Ela consiste na virtude pela qual se ordena a ação, mediante deliberação normativa e execução concreta, através do uso da reta razão, tendo em vista a natureza humana e a utilidade prática de soer obtida, como mais conveniente e adequada, e em atenção a determinado fim ou bem. Na realidade, condiciona as demais virtudes, ante o bom discernimento da razão de todos os atos relativos à prática. Na jurisdicional, o objeto é o próprio direito, a resolução de controvérsias ou contestação jurídica, para manter a ordem jurídica normativa vigente, declarando ou decretando em definitivo o direito das partes e determinando o seu respeito.” (Ibidem, p. 26).

⁸⁹ Ibidem, p. 26.

⁹⁰ O posicionamento reducionista da atividade administrativa é defendido também por Hely Lopes Meirelles (2007, p. 65), que assim diferencia Administração e Governo: “Comparativamente, podemos dizer que governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para por em prática as opções políticas do Governo. Isto não quer dizer que a Administração não tenha poder de decisão. Tem. Mas o tem somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, em qualquer faculdade de opção política sobre a matéria.”

É justamente trilhando o caminho demarcado primordialmente por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁹¹ que que nós iremos desenvolver a nossa pesquisa, procurando demonstrar a absoluta ausência de separação entre Governo e Administração, o que se tornou ainda mais profundo em meados do século passado, com o crescimento da Administração em proporções gigantescas.

Defendemos que o governo e a administração são fases de um mesmo processo. Trata-se de direcionamento, opção, fixação de metas e de execução, concretização. Não existiria o conseqüente sem o antecedente; por outro lado, seria inócuo o antecedente sem sua conseqüência.

Entendemos que a pior amarra legada à Administração pela teoria liberal foi a ausência de comunicação entre o político e o jurídico, com a qual não se pode desenvolver uma verdadeira administração, considerada no sentido mais abrangente possível, desde a eleição entre a melhor forma de atingir o bem comum — atividade política — até a execução dessa tarefa — atividade administrativa.

A análise sobre o Estado, a Administração e o poder político no Brasil, permitiu-nos perceber que o Direito é o elo de ligação entre o poder político e o Estado; é a força legitimadora de um poder que não lhe pertence, mas sim aos fatores sociológicos, mas que somente poderá ser executado num Estado submetido a um ordenamento jurídico, depois de conformado com a ordem jurídica.

Assim, ressaltado o valor do direito, cabe identificar de qual direito estamos tratando: daquele que só garante a dominação da classe econômica mais forte, ou daquele que reflete as aspirações de uma sociedade pluriclasse. Optamos pelo direito ideal, que tem como objetivo diminuir as desigualdades sociais e garantir a dignidade do homem acima de tudo. Assim, para compreendermos com mais clareza esta questão, trataremos, no Capítulo 2, da incorporação dos valores constitucionais ao direito administrativo.

⁹¹ BANDEIRA DE MELO, 2007, p. 24-28. v. I.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

“Esse é tempo de partido,
tempo de homens partidos.
Em vão percorremos volumes,
viajamos e nos colorimos.
A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua.
Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.
As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.
Meu nome é tumulto, e escreve-se na pedra.”
Carlos Drummond de Andrade (1989, p. 105)

2.1 ENTENDENDO O FENÔMENO NEOCONSTITUCIONAL

Desde o final do século passado a dogmática brasileira sofreu um impacto do que alguns chamam de pós-positivismo ou principialismo. Caracteriza-se pelo esforço de se ultrapassar o legalismo estrito, que rejeitou o jusnaturalismo e as categorias metafísicas. É um movimento de oposição ao positivismo normativista que dá ensejo à normatividade dos princípios; à definição de sua relação com valores e regras; à reabilitação da argumentação jurídica; à formação de uma nova hermenêutica constitucional; e, principalmente, ao desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.¹

Diante dessa transformação de eixo central, todo o ordenamento jurídico e todos os ramos do direito passaram a ter como parâmetro de legitimidade a Constituição. A esse movimento Luís Roberto Barroso, Paulo Ricardo Schier e Clèmerson Merlin Clève² chamam de *filtragem constitucional* e Tércio Sampaio Ferraz³ chama de *força neutralizadora da*

¹ “A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com 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 a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na lei maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.” BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional*. Salvador: Podium, 2003b. p.328- 391. p. 341-342.

² Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

³ “A noção dogmática e ideológica de legitimidade permite uma compreensão operacional da Constituição, para se obter uma congruência entre seus diversos planos de atuação. Essa noção faz com que no agir constitucional e no agir conforme a constituição, normas valham em procedimentos que equivalem a suposições do consenso de todos. Isto é possível porque, num sentido global, legitimidade é tomada como uma espécie de valoração neutralizadora, ou seja, um ponto de vista avaliativo que tem por efeito básico a neutralização, entendendo-se por neutralização não a eliminação, mas a possibilidade de fazer com que outras possibilidades não sejam levadas em conta, ou seja, não sejam tomadas como relevantes.” FERRAZ, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989. p.19.

Constituição. É o fenômeno por meio do qual todos os institutos do direito são vistos sob a ótica das normas constitucionais, e o direito administrativo, por sua vez, não poderia ficar à margem desse fenômeno.⁴

Essa mudança de eixo do direito, que passou a ter como substância e limite a Constituição, ocorreu com o fim da segunda guerra mundial, acompanhada da decadência da teoria tradicionalista, centrada na lei, fato que está diretamente associado à derrocada do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, quando regimes se apoiaram na legalidade para cometer todas as barbáries de que o mundo teve notícia. Isto pôde ser sentido no Tribunal de Nuremberg, onde os acusados não se mostravam cruéis assassinos, mas apenas burocratas que alegavam ter cumprido a lei.⁵

Com o surgimento desse novo ideal de justiça implementado pelos valores constitucionais, o ambiente humano tornou-se muito mais seguro, haja vista que o direito protegeu-se contra as criações arbitrárias e egoísticas das subjetividades transitórias, estabelecendo garantias rígidas de um mínimo de valores assegurados, que não poderiam ser modificados ao sabor das opções e conveniências políticas.

Luís Roberto Barroso⁶ sintetiza o pensamento sobre o neoconstitucionalismo a partir de alguns marcos que resultaram nesse profundo fenômeno de constitucionalização do direito: (i) como marco histórico, aponta a formação do Estado constitucional de direito; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo mostra a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, indica mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Podemos depreender do excerto acima que as modificações referidas pelo autor culminam no efeito máximo desse processo, que é justamente a disseminação dos valores

⁴ “A constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democráticos e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo por meio do qual tais sistemas espraiam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas, tem sido chamado de constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo.” BINENBOJM, 2006, p. 86.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jusnavigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 set. 2006. p. 3.

⁶ *Ibidem*, p. 8.

constitucionais⁷ por todo o sistema, com força normativa, cogente, relegando a lei a uma posição de absoluta subordinação, passível, inclusive, de invalidação e retirada do ordenamento jurídico, caso viole a norma fundamental.

É oportuno enfatizar que constitucionalizar o direito não é o mesmo que inserir na Constituição normas de vários ramos distintos. O processo de constitucionalização refere-se a uma mudança de ponto de vista em relação ao objeto que se analisa; é a reinterpretação de institutos sob uma nova ótica, o que impõe a conclusão de que toda aplicação do direito envolve aplicação da Constituição, seja de forma direta ou, principalmente, de forma indireta.⁸

Ana Paula de Barcellos⁹ ordenou as principais características do neoconstitucionalismo, dividindo em dois blocos pertinentes a elementos de natureza diferente: um congregando os elementos formais e o outro englobando os elementos materiais. Em se tratando do aspecto formal, o neoconstitucionalismo baseia-se em três premissas: a normatividade da Constituição¹⁰; a superioridade da Constituição¹¹; e a centralidade da Constituição no sistema jurídico, o que implica na interpretação de todos os ramos do direito a partir dela e por meio dela.¹²

Entendemos, acerca dessa sistematização, que da normatividade da Constituição exsurge a obrigação jurídica de cumprimento dos mandamentos constitucionais, principalmente por parte do poder público em relação aos direitos fundamentais; da superioridade da Constituição decorre o limite para o legislador, tanto ordinário — legislativo — como extraordinário — executivo.

⁷ Sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto escreve: “Por derradeiro, mas não sem menor importância, a mutação alcança as Constituições, convocadas a desempenhar um novo papel, qual seja o de oferecer a superior referência positiva de princípios fundamentais, aos quais se vão acrescentando princípios gerais até setoriais, para vários ramos do direito, tais como, e.g., os atinentes à Constituição Econômica, à Constituição Cidadã, à Constituição Social, a de um proto-estatuto para o Servidor Público e de um outro, para a magistratura, e até de um, para os serviços públicos, que atraem a si a referência aplicativa do direito e possibilitam a sua direta influência, rompendo a metodologia geométrica da pirâmide normativa kelseniana. Enfim: está encetada a marcha, aparentemente irreversível, da constitucionalização do direito, desvendando ricos desdobramentos aplicativos da Lei Maior, a serem garimpados e desenvolvidos: um fenômeno sobre o qual muito já se tem escrito ultimamente sob a designação de neoconstitucionalismo.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 235.

⁸ BARROSO, 2006, p. 12.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005. p. 83-84.

¹⁰ Para aprofundamento do tema, vide HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. p. 161-174.

¹² Aprofundar-nos-emos mais adiante na análise deste tópico, que se confunde com o efeito central da constitucionalização do direito administrativo, tema que nos propomos a desenvolver neste capítulo.

Em se tratando especificamente da centralidade da Constituição decorre a grande inovação trazida pelo neoconstitucionalismo, que é a leitura do direito sob o filtro constitucional, capaz de aproximar o direito de valores dantes dele apartados, como a moral e a ética.

Tratando do aspecto material, a autora enuncia dois elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo: a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, com ênfase para a promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana; e ainda a inclusão dentro do sistema constitucional de conflitos entre as opções políticas e filosóficas.

A citada autora adverte para o fato de que nesses elementos materiais caracterizadores do neoconstitucionalismo reside seu maior desafio, pois, inserindo no texto constitucional valores e opções políticas, essas matérias foram erigidas à categoria de norma, não afetas originalmente ao direito. Dotadas de coercitividade, elas passaram de valores morais e políticos à condição de norma jurídica, vinculativa e obrigatória, não integrando mais a discricionariedade da política.¹³

Para nós essa irradiação constitucional vinculante sobre todo o ordenamento jurídico é o que justifica denominar de “neo” — novo — o constitucionalismo já existente desde a implantação do Estado liberal. Essa é a novidade trazida pela Constituição Federal Brasileira de 1988, que além de não conter meros conselhos, mas sim impositivos jurídicos¹⁴, também constituiu importante marco evolutivo na juridicização do político e na reaproximação de valores éticos e morais com o direito, considerado em toda a sua plenitude.

¹³ “As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores — associados, em particular à dignidade e aos direitos fundamentais — ou a opções políticas, gerais (com a redução das desigualdades sociais) e específicas (com a prestação, pelo Estado, e serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e com o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado.

Com a superação desses regimes, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada — e continua a ser — pelo fato de tais elementos gozarem do *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado.” BARCELLOS, 2005, p. 85.

¹⁴ “A força normativa da constituição não se resume apenas na adaptação de uma realidade. A constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas ela mesma deve representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a vontade do poder, mas também a vontade da Constituição.” HESSE, 1991, p. 56.

Essa possibilidade de filtragem das normas do ordenamento jurídico, de capacidade legitimadora das normas positivas, bem como a força neutralizadora da Constituição decorrem de característica própria de nosso sistema jurídico, que é um sistema normativo de regras, princípios e diretrizes políticas, similar ao modelo português, conforme lição de J.J. Gomes Canotilho.¹⁵

De acordo com a tradicional doutrina juspositivista, os princípios tinham uma função subsidiária e supletiva na ordem jurídica, o que pode ser globalmente constatado ainda hoje pelo teor do art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.¹⁶ Já no direito constitucional, especificamente, a marca deixada pela doutrina positivista foi a redução no valor dos princípios, considerados como “normas constitucionais não auto-aplicáveis, desvestidas de valor jurídico”.¹⁷

Atualmente, as discussões doutrinárias acerca da normatividade da Constituição passaram a versar, principalmente, sobre esses elementos normativos que ora integram o sistema jurídico e não se confundem com as regras. Os esforços se concentram na distinção entre esses outros elementos normativos e as regras; sobre a aplicação desses mesmos elementos pelos operadores do Direito; e sobre as técnicas de harmonização de conflitos entre essas novas normas.¹⁸

Interessa-nos em especial, na doutrina de Ronald Dworkin¹⁹, a idéia de que o sistema jurídico, além de conter regras e princípios, também está integrado por um terceiro elemento que não se confunde nem com as regras, nem com os princípios. São as políticas, que o autor assim designa:

[...] tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas) [...]²⁰

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1187.

¹⁶ Art. 4º da LICC: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p. 60-61.

¹⁸ Para aprofundamento do tema, vide CANOTILHO, op cit.; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 3. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁹ DWORKIN, op. cit.

²⁰ Ibidem, p.36.

Essa noção contrapõe-se ao que o autor citado denomina de *princípio*: “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade [...]”²¹

Constata Eros Grau²² que a categoria política de Dworkin identifica-se com os princípios constitucionais impositivos descritos por Canotilho²³, bem como com o que ele denomina de norma-objetivo, constituindo-se todas essas categorias em impositivos aos órgãos do Estado, enunciadores dos fins das políticas públicas. E é justamente por assumir essa função de cunho teleológico que toma para si a importante tarefa de determinar o processo de interpretação do direito.²⁴

Verificamos que, seja na teoria dworkiana, na qual se encontram diferenciadas as políticas dos princípios, seja na teoria de Eros Grau²⁵, que considera as diretrizes como normas-objetivos, seja na teoria de Canotilho²⁶, na qual a política está abrangida pelos princípios impositivos, é comum a idéia de que as diretrizes traçadas para a implementação das políticas integram o direito e têm força cogente, portanto, constituem impositivo aos entes públicos ou privados que prestem atividades de natureza pública.

Observe-se que elencamos anteriormente, com base na lição de Ana Paula de Barcellos²⁷, os elementos materiais caracterizadores do neoconstitucionalismo, citando a incorporação explícita de valores e opções políticas no texto constitucional, o que, associado aos elementos formais caracterizadores do mesmo fenômeno — superioridade, centralidade e normatividade da Constituição — aponta claramente para o maior desafio neoconstitucionalista: a criação de uma teoria que consiga impregnar de eficácia jurídica esses padrões — princípios

²¹ DWORKIN, 2002, p.36.

²² GRAU, 2002, p. 94-95.

²³ “Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores de fins do Estado, princípios diretivos fundamentais, ou normas programáticas definidoras de fins ou tarefas.” CANOTILHO, 1995, p. 173.

²⁴ GRAU, op. cit., p. 196-197.

²⁵ Eros Grau (ibidem) critica a diferenciação formulada por Dworkin (op. cit.) entre princípios e política, utilizando como argumento suas próprias afirmações: “A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos a distinção tem usos que se perdem, quando ela desmorona dessa maneira.” Ibidem, p. 198-199.

²⁶ CANOTILHO, 2003, p. 1159-1187

²⁷ BARCELLOS, 2005, p. 84.

e políticas — que não são da mesma espécie que as regras, mas estão dotados de força normativa.

Oportuno frisar, entretanto, com base nas afirmações de Fábio Konder Comparato²⁸, que as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam a estabelecer uma meta, uma finalidade coletiva. Além disso, complementa o autor, a política, como programa de ação, não pode ser considerada nem como norma, nem como ato jurídico, distinguindo-se completamente dos elementos jurídicos sobre os quais os juristas desenvolveram suas reflexões ao longo do tempo.²⁹

Tecidas essas considerações básicas para o entendimento genérico do fenômeno neoconstitucional, sem pretensão de ter esgotado o assunto, até porque não é esse o objetivo central de nosso trabalho, passaremos a demonstrar a incidência do fenômeno neoconstitucional sobre o direito administrativo e suas principais conseqüências para o objeto de nosso estudo.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO SUPERAÇÃO DO *DÉFICIT* TEÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Observa Paulo Ricardo Schier que grande parte dos doutrinadores nacionais que teorizam sobre direito administrativo, prevalecendo-se de idéias que embasam o regime jurídico-administrativo, principalmente na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, justificam a vulneração de “direitos fundamentais e de seu regime jurídico-constitucional”,³⁰ o que demonstra a contra-mão do direito administrativo brasileiro em direção ao processo de constitucionalização.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de constitucionalidade das Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 44. v. 2.

²⁹ Ao afirmar que a política não se confunde com ato nem com norma, Comparato (Ibidem) está se referindo não à diretriz prevista constitucionalmente como elemento normativo abstrato e genérico, mas à forma de concretização e implementação dessas políticas.

³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do interesses público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 114-145. p. 217-218.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho³¹ demonstra que o processo de constitucionalização do direito administrativo ainda está pendente de concretização, porque o instrumental teórico em que se funda esse direito está fora do contexto histórico, social e político do país. Para esse autor, o direito administrativo ainda convive e reflete as necessidades de um século atrás, quando sua fundamentação teórica e filosófica se relacionava com a disputa entre Duguit e Hauriou³² — sobre o que deveria integrar o conteúdo de serviço público — e a organização administrativa estruturava-se nos moldes rígidos da hierarquia militar napoleônica.

Diante da desagradável constatação desse atraso no desenvolvimento do direito administrativo em relação à realidade sociopolítica, Marçal Justen Filho chega a imputar ao direito administrativo, cujo ritmo de evolução não acompanha o do direito constitucional, a dificuldade encontrada por esse ramo do direito em efetivar os valores que consagra. Afirma o autor que dotar um país de uma Constituição não é o bastante para se realizar os valores desejados, pois “[...] a transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas”.³³

Adotamos sem restrições o ponto de vista do autor, esclarecendo que a afirmação acima transcrita em nada diminui ou altera a supremacia da Constituição e sua força normativa, ao contrário, permite concretizar os ideais constitucionalistas que têm como elementos caracterizadores formais tanto a supremacia da constituição quanto sua força normativa. A idéia é não permitir que essa supremacia e normatividade constitucionais resumam-se a meros elementos de discurso, o que somente ocorrerá com o auxílio do direito administrativo.

No mesmo sentido afirma Caio Tácito³⁴ que o Direito Administrativo e o Direito Constitucional completam-se, pois as Constituições se tornarão inúteis repositórios de conselhos sem o socorro do Direito Administrativo, “[...] que fará do sonho a realidade, da norma programática a efetividade da prestação administrativa, como duas faces que se completam na concretização dos ideais de justiça e igualdade social.”

³¹ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 36

³² Para Marçal Justen Filho (2005a, p. 18) a disputa travada entre esses pensadores franceses no início do século XX não poderia ter se deslocado nunca para a nossa realidade, pois o cerne das discussões incidia sobre o critério de definição da competência da jurisdição administrativa, não adotada no Brasil, que contempla jurisdição única.

³³ JUSTEN FILHO, op cit., p. 13.

³⁴ TÁCITO, Caio. A constituição e o direito administrativo. In: CORRÊA, Sérgio Moura (Org.). *Temas de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.78-90. p. 27.

Na tentativa de explicar a origem desse descompasso entre o direito administrativo e o direito constitucional Gustavo Binbenbojm³⁵ narra a história do Direito Administrativo numa versão pouco divulgada, partindo de sua gênese e passando por toda a sucessão de impulsos contraditórios que marcaram a evolução desse direito, que para ele é produto da tensão dialética entre a “[...] lógica da autoridade e a lógica da liberdade”.

Nessa narrativa, Gustavo Benenbojm³⁶ demonstra que é falsa a noção de que o direito administrativo nasceu submetido à vontade do legislador. Segundo o autor, sua origem é pretoriana, uma vez que foi obra do Conselho de Estado francês a formulação de princípios gerais e novas regras jurídicas derogatórias do direito civil aplicado aos casos envolvendo a Administração Pública. Daí deduzir que a criação de um direito especial para a Administração Pública não decorreu da vontade geral, mas sim de decisão autovinculativa do próprio Executivo.

O resultado da tensão entre a lógica da liberdade e a lógica da autoridade, na maioria das vezes não se mostra tão revolucionário ou garantístico como parece, ao contrário, mostra-se muito mais inclinado a preservar o que já existia. As mudanças são muito mais superficiais e cautelosas, próprias daqueles que, sofrendo do mal de um paradoxo como manter/romper, decidem imprimir apenas algumas mudanças ao sabor e ritmo de suas conveniências políticas, não desejam limites impostos pelo direito, nem tampouco aplicadores imparciais e independentes.³⁷

Demonstrada a ausência de contemporaneidade do direito administrativo com o cenário econômico, social, político e também com o direito constitucional, apresenta-se a constitucionalização do direito administrativo como a solução para seu *déficit teórico*, o que ocorrerá mediante a “[...] adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos”.³⁸

³⁵ A versão doutrinária corrente de que o direito administrativo nasceu com o cunho garantístico de limitar o poder à lei, superando a estrutura política do antigo regime, é completamente desacreditada por Gustavo Binbenbojm (2006, p. 11), que assim opõe sua crítica: “A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou de ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia de interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicidade embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-lo ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para a sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.”

³⁶ BINENBOJM, 2006, p. 14-15.

³⁷ Ibidem, p. 14-15.

³⁸ Ibidem, p. 16. Essa é a solução apontada pelo autor citado, que elenca os principais *déficits* teóricos do direito administrativo: (i) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; (ii) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada do Poder Legislativo; (iii) a intangibilidade do mérito administrativo consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias pela Administração; (iv) idéia de um Poder Executivo unitário baseado na subordinação hierárquica.

Assim posto, encontramos-nos inseridos no seguinte contexto: a Constituição e o Direito Constitucional precisam do Direito Administrativo como instrumento de realização das transformações sociais; em contrapartida, o Direito Administrativo precisa da assimilação dos valores constitucionais para poder desenvolver seu instrumental teórico e se mostrar capaz de guiar a Administração Pública — considerada em sua acepção mais ampla — na concretização dos programas constitucionais.

Acreditamos que o direito administrativo, ao se submeter à força constitucional neutralizadora ou passar pelo filtro constitucional, adotará a Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade, o que será responsável pelas demais mudanças que consistem principalmente³⁹ na *aproximação entre a administração e os cidadãos* e na redução da extensão e importância de termos como *legalidade, interesse público, discricionariedade e mérito administrativo*, que terão que ser redimensionados em níveis constitucional e democrático.⁴⁰

2.2.1 Aproximação entre a Administração e os cidadãos mediante a processualidade adequada

Com a crise da democracia representativa⁴¹, que por questões práticas constitui-se no modelo democrático dominante, a Administração vem sofrendo o influxo do descrédito social no tocante a tudo o que diz respeito ao poder político e seus agentes. Desta forma, foi imperiosa a busca por outras práticas de legitimação que não apenas aquelas relativas às pessoas que decidem — governantes —, mas, principalmente, à forma como elas deverão governar — escolhas políticas.⁴²

É fruto de um progresso histórico ainda em lento desenvolvimento — pelo menos nos países em processo de democratização — a diminuição da distância entre poder político, sociedade e indivíduo, pois os modelos políticos antigos — até meados do século XX — fundamentavam-se na coerção como forma de impor comportamentos e assegurar uma

³⁹ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 236-237), os focos de atraso do direito Administrativo formam a seguinte lista, sem pretensão de exaustividade: 1º a imperatividade sem limites; 2º a intangibilidade dos atos políticos; 3º a insindicabilidade da discricionariedade administrativa; 4º a exclusão do administrado das decisões, inclusive por deficiência processual; 5º persistência mítica do conceito de razões de Estado e de supremacia do interesse público.

⁴⁰ Cf. BUCCI, 2006a, p. 36; BINENBOJM, 2006, p. 25; JUSTEN FILHO, 2005a, p. 14.

⁴¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121-122.

⁴² MOREIRA NETO, 2006, p.58.

convergência social.⁴³ Logo se reconheceu, entretanto, que nenhuma força coercitiva é capaz de assegurar íntegra a convergência social por longo período, sendo imprescindível a obtenção da adesão popular por outros meios, o que nos remete ao pensamento de Jürgen Habermas⁴⁴, para quem só haverá legitimidade quando as decisões políticas se originarem de um procedimento democrático que permita a participação de todos aqueles que sofrerem seus efeitos.

Interliga-se, portanto, indissociavelmente, a participação popular a um processo racional de comunicação que garanta a intervenção igualitária de todos, sob pena de não podermos considerar o consenso obtido como expressão da democracia substancial, festejada nas constituições modernas e que não fazem distinções conceituais sobre o que é o povo. Nesse particular vale transcrever o pensamento de Friederich Muller⁴⁵:

Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. Todas as formas de decisão representativa arredam [nehmen aus dem spiel] a imediatidade [Ummittelbarkeit]. Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como “demo” cracia.

Acatamos o pensamento sobre a necessidade imperiosa da participação popular no exercício dos poderes políticos, e sobremaneira na gestão pública, o que legitimará a atividade administrativa independente da legitimação política de seus agentes. Contudo, somente será concretizada essa participação efetiva pela processualização adequada⁴⁶, que garanta oportunidade de serem ouvidos todos os setores da sociedade que de alguma forma sofrerem os efeitos dessas escolhas e práticas administrativas.

Sobre essa participação na administração, Agostín Gordillo⁴⁷ enaltece as multiplicações das previsões de técnicas consultivas e de gestão participativa nos ordenamentos jurídicos, o que, para ele, garante não apenas maior democratização, mas também uma satisfação mais efetiva das aspirações sociais. Para esse autor a Administração Pública como instrumento dessa satisfação deverá tornar-se uma das primeiras áreas de ação a institucionalizar a participação direta do povo.

⁴³ MOREIRA NETO, 2006, p.61.

⁴⁴ HABERMAS, 2003, p. 189.

⁴⁵ MÜLLER, 2003, p. 57-58.

⁴⁶ Convém ressaltar, com apoio em JUSTEN FILHO, 2005a.

⁴⁷ GORDILLO, Agostín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 1.

O autor não só menciona a legitimação, mas enfatiza, ao lado dela, a eficiência como outra importante justificativa para a adoção do modelo de participação popular. Essa posição coincide com a de Patrícia Baptista⁴⁸, segundo a qual é pela participação que o administrador terá acesso a uma gama maior de informações, obtendo “[...] visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao objeto da decisão”, o que contribuirá para melhorar a qualidade das decisões administrativas.

Nessa mesma vertente é o posicionamento de Marcos Augusto Perez⁴⁹, para quem a legitimidade e a eficiência são finalidades que se alimentam reciprocamente, havendo uma relação direta entre o aumento da legitimidade e o aumento da eficiência na atuação administrativa e vice-versa.

O que podemos extrair desses argumentos, de uma forma muito evidente, é que há uma estreita ligação da participação do povo na tomada de decisões com a qualidade das decisões adotadas. O que não deve surpreender, haja vista ser de alcance do senso comum que ninguém dirige melhor seus interesses do que os próprios interessados, principalmente sendo eles os principais afetados.

Com apoio em Marçal Justen Filho⁵⁰, alertamos que a democratização não é tarefa da lei; é uma escolha de governo. Não é imposta pela Constituição, mas sim criada pela própria sociedade. Essas afirmações nos levam a uma conclusão: que a democratização das práticas administrativas concretizadas pela participação popular nos processos decisórios é de responsabilidade do governo e da sociedade.

Em relação ao governo, não haverá gratuito incentivo a uma prática que legitima o poder de forma impessoal e genérica, desmistificando a figura do “salvador da pátria”. O governo não é simpático à intervenção popular em assuntos políticos, considerados ainda hoje pela doutrina pátria como atos insindicáveis pelo Judiciário.

O governo somente acatará e incentivará a participação popular efetiva quando ela for cogente, quando dela depender a validade da decisão adotada. Enquanto as audiências públicas e demais instrumentos de participação forem previstos apenas como *plano abstrato e exclusivamente teórico*⁵¹ não poderemos falar em previsão de verdadeira participação popular, mas apenas em disfarce para neutralizar o argumento da ausência de legitimidade.

⁴⁸ BAPTISTA, 2003, p. 133.

⁴⁹ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134-192. p. 167-168.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, Curitiba, ano II, n. 6, p. 39-41, 2005b.

⁵¹ Expressão cunhada por BAPTISTA, op. cit., p. 139.

Vale ilustrar, citando a lei 9.472/1997⁵², instituidora da ANATEL, que prevê em seu art. 42 a submissão das minutas de atos normativos à consulta pública, que seria um importante instrumento de participação social não fosse pelo forte caráter formalista, demonstrado ao prever a divulgação no Diário Oficial da União, cuja publicação não alcança parcela expressiva da população. Além disso, a consulta visa apenas críticas e sugestões dos cidadãos, que, segundo o dispositivo, “merecerão exame”, não constando em nenhuma parte do diploma legal citado no que consiste esse exame e de que forma ele será procedido.⁵³

A despeito de todas as vantagens que enaltece em relação à participação da sociedade na atividade administrativa, não são poucas as críticas lançadas a esse modelo, nem inexistentes os riscos de distorção do papel desempenhado pela participação, o que passaremos a analisar.

O primeiro argumento levantando seria a perda do caráter técnico inerente à Administração Pública, que passaria a ser direcionada por cidadãos destituídos de conhecimentos específicos sobre questões administrativas complexas. Contrapomos a esse argumento o fato de que o cidadão não será chamado para discutir questões que envolvam áreas técnicas complexas, mas sim a relação custo benefício da proposta administrativa, o que não requer profundo conhecimento em nenhuma especialidade. Qualquer indivíduo que gerencia suas finanças e tem consciência de suas necessidades prioritárias pode optar em relação ao que vale a pena ser feito ou não.

Cabe enfatizar, entretanto, que essa suposta dificuldade em tornar as discussões acessíveis ao público, por versarem sobre questões técnicas e complexas, segundo relata Marçal Justen Filho⁵⁴, não passa de uma manobra engendrada pela Administração, que, no

⁵² Lei 9.472/97 art. 42: “As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.”

⁵³ Nesse sentido, a crítica contundente e oportuna de Paulo Modesto: “Reivindica-se com veemência a superação dialética da democracia representativa pela democracia participativa, encarecedora da participação direta dos cidadãos na tomada das decisões coletivas. Infelizmente, neste tema como em outros, o entusiasmo da vontade freqüentemente obscurece a clareza da razão. Diversas abordagens do tema têm incorrido em discursos retóricos, pouco ocupados com questões de um detalhamento mais sistemático e realista das formas de operacionalização da participação popular. Diante da dificuldade na objetivação do tema, parece urgente refletir exatamente sobre as formas básicas de participação e os instrumentos processuais que lhe podem servir de veículo de expressão, bem como sobre as condicionantes extraleais da participação cidadã, pois a participação popular tem sido entre nós sobretudo um discurso, não se traduzindo de modo constante e relevante em facticidade.” MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de controle. *Jus navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>> Acesso em: 21 out. 2007. p. 2-3.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, 2005b, p. 39-41.

intuito de afastar uma interferência inconveniente, torna o diálogo impossível, diante da absoluta falta de compreensão acerca das propostas apresentadas.⁵⁵

O segundo argumento contra a efetivação dos procedimentos participativos seria a lentidão e o encarecimento dos processos decisórios da Administração Pública, o que comprometeria a eficiência administrativa. Redargüimos esse argumento com base na aferição da melhoria de qualidade das decisões administrativas com a consulta direta daqueles que, conhecendo os fatos de perto, podem prestar informações mais precisas sobre a matéria objeto da decisão.

Patrícia Baptista⁵⁶ acrescenta que a participação na administração vale o custo da democracia que, envolvendo mais pessoas, implica em maior despesa operacional do que a decisão tomada por poucos ou por apenas um.

Por derradeiro, Marcos Augusto Perez⁵⁷ apresenta como perigosa a abertura da Administração à participação, pelos riscos da aproximação entre o Governo e os movimentos sociais, o que pode conduzir à incorporação destes como um setor do Estado. Tal manobra lembra as práticas fascistas italianas e a história do populismo na América Latina e, realmente, é uma ameaça real à participação administrativa. Entendemos que a única forma de afastar o perigo da captura dos movimentos sociais pelo Governo é a institucionalização da participação por meio da transparência e da racionalidade dos procedimentos e mediante a efetivação das formas de controle existentes — judiciais e políticas.

2.2.2 Dimensão constitucional do princípio da legalidade

Diante dessa premente necessidade de constitucionalização do Direito Administrativo, entra em crise um de seus pilares mais consistentes, que é a vinculação positiva à lei, como se a Administração pudesse ser realmente apenas uma aplicadora mecanicista da regra legal. A erosão da lei formal e o desprestígio do legislador, somados ao surgimento do Estado

⁵⁵ “Por exemplo, no processo de regulamentação das agências reguladoras há a realização de audiências públicas, mas elas abordam temas tão complexos que nenhum cidadão se dispõe a participar. Somente haverá participação popular quando as discussões forem feitas de modo a permitir a compreensão sobre o conteúdo e a extensão das decisões. O que as pessoas entendem a propósito da concessão de rodovias? A grande maioria dos cidadãos não entende nem a questão técnica nem jurídica, mas entende os aspectos econômicos, que é ‘quanto eu vou pagar e qual é o benefício que terei’.” JUSTEN FILHO, 2005b, p. 40.

⁵⁶ BAPTISTA, 2003, p.157.

⁵⁷ PEREZ, 2006, p. 173-175.

providência, que criou para a Administração Pública uma série de atribuições novas, culminou com a derrocada do paradigma da estrita vinculação legal.⁵⁸

Necessário, entretanto, fazermos uma breve análise da doutrina tradicional brasileira e da concepção por ela difundida no meio jurídico acerca da vinculação da Administração à lei.

Para Hely Lopes Meirelles⁵⁹:

[...] enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza; para Miguel Seabra Fagundes⁶⁰ administrar era aplicar a lei de ofício; para Jean Rivero⁶¹ a lei era o fundamento e a medida da Administração.

Baseada nessa doutrina clássica foi construída a dogmática do Direito Administrativo brasileiro, que era adequado para um momento histórico, político e sociológico que não mais existe. Construimos um Estado democrático de direito dotado de uma Constituição com força normativa e por isso não podemos admitir que seja imposta uma inversão na sistemática jurídica para privilegiar a norma infraconstitucional em detrimento da Constituição, com absoluta indiferença a sua superioridade.

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha⁶², a atividade administrativa é o direito dinamizado. Neste sentido não se pode falar que ela se submete ao Direito, mas sim que ela faz funcionar o Direito posto pela norma, sendo apenas outra etapa desse processo de fazer o Direito, a de concretização. A juridicidade é o liame que identifica o Direito em sua estática (legislação) e em sua dinâmica (administração), conferindo harmonia e unidade à ação estatal.

Podemos concluir, a partir dessa relação direta estabelecida entre a atividade legislativa e a atividade administrativa — dois momentos distintos de elaboração do direito —, que a mesma obediência devida pelo legislador à Constituição da República é devida pelo administrador público, cuja ação tem o mesmo caráter de primariedade que as outras ações estatais, legislação e jurisdição, não se subordinando a nenhuma delas.⁶³ Por isso é que

⁵⁸ BINENBOJM, 2006, p. 35.

⁵⁹ MEIRELLES, 2007, p. 87.

⁶⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos jurídicos pelo judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. p. 17.

⁶¹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

⁶² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 83-84.

⁶³ Em sentido contrário, Geraldo Ataliba defende a superioridade da atividade legislativa: “Essa fenomenologia é universal e tem clara e objetiva explicação: a mais transcendental de todas as funções do Estado é a legislação. Tudo o mais é-lhe subordinado: todas as demais funções resolvem-se em obedecer à lei, dar cumprimento à lei. Por isso Kelsen valoriza tanto o processo de criação do Direito como critério do estudo científico de suas manifestações.” ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 68.

Carmen Lúcia Antunes Rocha⁶⁴ justifica a necessidade de submissão da atividade administrativa à lei, já que as duas ostentam qualidade paritária: “[...] para se resgatar a juridicidade que, eventualmente, e por desmando e ruptura em determinado desempenho, se verifique tenha ocorrido.”

Acreditamos, nesse caso, que a lei será parâmetro para a atividade administrativa retomar o curso da legitimidade, o que somente ocorrerá se a lei não tiver divorciada da materialidade da Justiça e da expressão dos valores fundamentais da sociedade, hoje positivados na Constituição. Portanto, é mediante a distinção entre legalidade e legitimidade⁶⁵, amadurecida no século XIX, principalmente a partir do segundo pós-guerra, considerando a *legalidade como exercício do poder e a legitimidade como qualidade do poder*, que é formada a idéia de juridicidade administrativa, como reunião da forma (legalidade) e da substância (legitimidade).⁶⁶

Não é mais admissível no mundo contemporâneo a ingênua afirmação de que a lei como expressão da vontade geral já presume a legitimidade.⁶⁷ Os exemplos são fartos e atestam o sentido contrário dessa falsa noção, expondo a facilidade com que a lei formal foi utilizada como instrumento de dominação e como até hoje é objeto de um jogo político que na maioria das vezes não visa o interesse do povo.⁶⁸

Assim, a legalidade administrativa não é rejeitada pelo direito administrativo, mas passa a ocupar uma posição secundária em relação à juridicidade administrativa, que prestigia os princípios e regras constitucionais como parâmetros de aferição da legitimidade das leis.

⁶⁴ ROCHA, 2004, p. 84.

⁶⁵ Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 52) argumenta: “Nem por outra razão, tenho marcado em meus escritos que entendo a legitimidade como um valor que se agrega à legalidade, pois se esta é a adequação da lei à vontade política formalmente manifestada, a legitimidade é a adequação da manifestação política formal à vontade geral, tal como o entendem grandes pensadores sociais contemporâneos do porte de Carl Schmitt, Niklas Luhmann e Jürgen Habermass.”

⁶⁶ ROCHA, op. cit., p. 104-106.

⁶⁷ Ensina Eros Roberto Grau (2003, p. 178): “Eis então a legalidade erigida em mito do liberalismo burguês, sob o qual repousa a afirmação, extraída à falaciosa leitura de Max Weber (1969), de que legalidade, enquanto legitimidade racional, foi e permanece sendo. A legalidade, destarte, enquanto noção que substituiu — execrando-a — a de legitimidade, opera a exclusão do âmbito dos debates jurídicos a respeito desta última. A legalidade é mito — cujo rito é o procedimento legal — e, assim, retém o estudioso do direito em um universo de dever-ser axiologicamente neutralizado. No discurso jurídico, esvazia o real e pacifica a consciência dos juristas, inclusive dos juízes, fazendo com que todos se conformem com a situação que lhes foi imposta por quem detém o poder de por o direito (Warat 1979/129).”

⁶⁸ “A legalidade formal, redutora do comportamento estatal administrativo ao quanto posto como norma pela entidade política, e, principalmente, a aceitação da suficiência dessa legalidade para a formação, informação e conformação do desempenho administrativo público, faziam com que, nos regimes anti-democráticos, a Administração Pública fosse cúmplice dos governantes de ocasião e o aparato burocrático administrativo fosse utilizado, sem embaraços, pelos autores de leis positivadas à força de baionetas.” ROCHA, op cit., p. 105.

É nesse sentido que Gustavo Binenbojm⁶⁹ adota a juridicidade administrativa em substituição à legalidade, que deixa de ser princípio altaneiro para se tornar princípio intrínseco a um conceito mais amplo — juridicidade —, o que acarreta modificações profundas na vinculação da atividade administrativa, que será, em regra:

[...] (i) segundo a lei quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*); (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente; (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

De acordo com a lição extraída do excerto acima, o autor admite a atuação administrativa até mesmo *contra legem*, desde que a lei se mostre inconstitucional e o princípio da legalidade ceda num juízo de ponderação com outros valores.⁷⁰

A atividade administrativa *contra legem*, quando a lei se mostra inconstitucional, em nada fere a estabilidade ou segurança jurídica em favor dos cidadãos, configurando-se como consectário lógico de tudo o que acabamos de defender acerca da necessidade de ampliação do conceito de legalidade formal como parâmetro da atuação administrativa.

Observe-se que a ausência de subordinação entre as atividades estatais — legislativa, jurisdicional e administrativa — não deixa dúvida quanto ao dever de a Administração Pública se insurgir quanto a um ato legislativo inválido, mesmo que isto ainda não tenha sido pronunciado pelo Judiciário. A isonomia entre essas atividades e a sujeição única à Constituição dispensam a qualquer uma delas autonomia para se pautar de acordo com o que é legítimo à luz dos valores constitucionais supremos.⁷¹

⁶⁹ BINENBOJM, 2006, p.143, grifos do autor.

⁷⁰ Nesse sentido, cf. DAVI, Kaline Ferreira. O Direito Administrativo, os atos de Governo e os Direitos Sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo. *Revista do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 13, p. 139-154, 2002.

⁷¹ As razões fundamentais que autorizam e exigem essa atuação administrativa são em síntese as seguintes, conforme ensinamento de Gustavo Binenbojm (2006, p. 175): a vinculação da Administração à Constituição faz com que a ela também caiba zelar por sua supremacia; o Chefe da Administração tem o dever de ordenar o não cumprimento de lei inconstitucional para preservar a superioridade hierárquica da Lei Maior; não é monopólio do STF, a quem cabe a última palavra, a interpretação e aplicação das normas constitucionais; a legitimação ativa para a propositura das ADINS restritas a algumas autoridades públicas dispensaria um tratamento desigual injustificável para as diversas administrações públicas do País; e, por fim, a disciplina da ação declaratória de constitucionalidade, ao aludir ao Poder Executivo como destinatário da decisão, tornou clara a possibilidade de descumprimento da lei pelos órgãos administrativos.

2.2.3 Dimensão constitucional do interesse público como fundamento do direito administrativo

O conceito de interesse público deveria ocupar a preocupação central da doutrina do Direito Administrativo por sua relevância. Reserva-se a esse conceito indeterminado, ou determinável, toda a finalidade justificadora do exercício das competências públicas, o que traz como fundamental consequência a instrumentalização de todos dos poderes titularizados pelo Estado.

Tem-se imputado ao interesse público, principalmente a sua superioridade em relação aos interesses privados, todos os atos e procedimentos adotados pela Administração Pública que trazem algum traço de arbitrariedade ou uso abusivo de prerrogativas. Tal prática somente é facilitada pela ausência de transparência em torno desse conceito, que passa a ser um conveniente biombo para práticas incompatíveis com a ordem constitucional democrática.⁷²

Admitimos que, por se tratar de um *suposto conceito jurídico indeterminado*⁷³, a noção de interesse público é temporal, mutável com o desenvolvimento das coisas e capaz de sofrer alterações diante da situação concreta, razão pela qual se torna complexa sua definição. Contudo vale lembrar que a indeterminação não é um defeito, uma imperfeição prejudicial à aplicação do direito, mas sim, conforme Marçal Justen Filho⁷⁴, um atributo destinado a permitir sua aplicação de uma forma mais adequada.

Partindo do posicionamento defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁵, faremos uma breve síntese de como a doutrina nacional vem definindo o interesse público. Para esse autor, o interesse público não está divorciado do interesse das partes, manifestando-se como um conjunto de interesses dos indivíduos em sua qualidade de membros da sociedade. Afirma o jurista que essa conceituação tem o objetivo de desfazer dois mitos perigosos: primeiro desmascarar a falsa noção de que o interesse público não pode ser defendido por particulares, mesmo quando seu desatendimento produz agravos pessoais;

⁷² “Toda obra de Direito Administrativo alude a interesse público, mas sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. O discurso restringe-se a afirmar a relevância do interesse público para a construção dos institutos do Direito Administrativo. Bem por isso, Tércio Sampaio Ferraz Júnior observou que o interesse público é um lugar comum e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, o que permite utilização mais eficiente.” JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999. p. 117.

⁷³ A utilização pela doutrina brasileira da denominação “conceito jurídico indeterminado” é objeto de crítica por Eros Grau (2003, p. 34) e será desenvolvido em seção específica sobre o tema.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 118.

⁷⁵ MELLO, 2005, p. 68-78.

segundo mitigar a suposição reinante entre nós de que todos os interesses titularizados pelo Estado seriam considerados interesses públicos. Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles⁷⁶ defende que os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, “[...] assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros”.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷, o interesse público é um princípio positivado na Lei 9.784/99, no art. 2º, cujo caráter de irrenunciabilidade obriga ao exercício das competências atribuídas à Administração para sua consecução. Em relação ao conteúdo desse interesse público, a autora associa a ele o princípio da impessoalidade, asseverando que a Administração pública não pode agir com vistas a beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, devendo nortear-se sempre pelo interesse público.

Sobre o tema, Lúcia Valle Figueiredo⁷⁸ admite que o conceito de interesse público é pragmático e, portanto, passível de conotações diversas, dependendo da época, da situação socioeconômica, das metas a atingir e de várias outras circunstâncias. Contudo, para a autora, essa indeterminação tem limites, o que chama de *núcleo mínimo de compreensão*, que deverão ser retirados das normas e princípios informadores do ordenamento.

Para Odete Medauar⁷⁹, o interesse público é um princípio do direito público em geral que rege muitos institutos e normas do direito administrativo. A expressão associa-se a bem de toda a coletividade e à percepção geral da vida na sociedade.

Apontando uma insuficiência doutrinária na precisão do termo *interesse público*, Marçal Justen Filho⁸⁰, mesmo ciente das dificuldades que giram em torno de se definir uma noção passível de alterações históricas, políticas e sociais, adota uma conceituação negativa, partindo das seguintes exclusões:

- a) interesse público não é o mesmo que interesse do Estado. Nesse tópico o autor inverte um raciocínio frequentemente disseminado na nossa doutrina, ao defender que o interesse é atribuído ao Estado por ser público e não o contrário. Assim, por opção política, existem alguns interesse públicos que não são atribuídos ao Estado,

⁷⁶ MEIRELLES, 2007, p. 86.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 70-71.

⁷⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33-34.

⁷⁹ MEDAUAR, 2006, p. 130.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 35-47.

o que não implica que ao Estado seja lícito titularizar interesses de natureza privada, o que infringiria nosso princípio republicano;⁸¹

- b) interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo. Admite o autor que o Estado pode até defender certas conveniências, como sujeito de direito, assemelhando-se a um sujeito privado, mas essas vantagens não serão jamais reconhecidas como interesse público. Ele rejeita a distinção feita por Alessi⁸² entre interesse público primário e interesse público secundário, sob o argumento de que as conveniências egoísticas da Administração Pública não podem se consideradas nem como interesse — na acepção jurídica do termo — nem como público, consistindo em meras conveniências circunstanciais alheias ao direito. Não é lícito ao Estado, em hipótese alguma, tentar obter a maior vantagem possível ao custo do sacrifício de direitos fundamentais;
- c) interesse público não se confunde com interesse do agente público. Nesse item o autor separa o interesse público do interesse privado do sujeito que exerce a função administrativa. A condição de agente público não altera o regime jurídico a que está submetido o agente público, seus bens e interesses pessoais;
- d) interesse público não é o mesmo que interesse da totalidade nem da maioria da população. Nesse sentido não haveria uma diferença qualitativa entre o interesse público e o interesse privado, residindo a distinção apenas em um aspecto quantitativo. Tal solução não poderia ser aceita por dois motivos: primeiro porque a unanimidade nunca seria alcançada; e, segundo, o critério da maioria conduziria à opressão, haja vista que o interesse público a ser respeitado numa democracia não é apenas o da maioria da população, mas também o da minoria, segundo parâmetros

⁸¹ Embora defenda esse posicionamento, o autor faz a seguinte ressalva: “Mas não há como eliminar a possibilidade prática de o Estado ser investido da titularidade de interesses privados. Tal ocorreu na história recentemente do Brasil. Por exemplo quando, durante o período não democrático, houve confisco de bens privados, que foram integrados ao patrimônio da União. O Estado passou a ser titular de empresas que não envolviam qualquer espécie de interesse público, mantendo-as em seu poder e dando continuidade à atividade empresarial [...] A única solução jurídica em situações dessa ordem reside em o Estado imediatamente promover a reintegração dos bens e direitos privados a órbita apropriada. Verificando que se tornou, circunstancialmente, titular de interesse de natureza privada, o Estado não tem outra alternativa. O Estado deverá transferir os bens para a esfera dos particulares, gratuita ou onerosamente. 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.” JUSTEN FILHO, 2005a, p. 37.

⁸² ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. Tomo I.

constitucionais. Existe interesse público em tutelar as minorias raciais, mesmo que seus interesses eventualmente conflitem com os da maioria do povo. Do mesmo modo não é porque a maioria do povo brasileiro gosta de futebol que os assuntos relacionados a esse esporte devam ser regidos pelo direito público;

e) interesse público não é o mesmo que interesse da sociedade. Não é admissível numa democracia que o todo — sociedade — seja considerado como algo superior à soma dos interesses individuais. A desvinculação entre o individual e o público gera o reconhecimento de interesses supra-individuais, expressão do autoritarismo, próprio das políticas totalitárias.

Afastadas essas possibilidades, ainda assim não se tem uma definição de interesse público, o que leva o autor a crer na existência de um *atributo peculiar* que qualifique de público algum interesse. Essa reflexão remete-nos para a diferença entre o público e o privado, o que induz ao reconhecimento da indisponibilidade como característica comum a tudo aquilo que é colocado sob o severo regime de direito público. Não podendo ser objeto de transigência, o interesse sai da esfera privada e passa a integrar a esfera pública. Assim, concluímos que o atributo peculiar é a indisponibilidade. O interesse é público por ser indisponível, e não o inverso, “[...] portanto a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse, pelo contrário, o interesse é reconhecido como público por ser indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.”⁸³

Diante de tal afirmação, acrescenta Celso Castro⁸⁴ que a indisponibilidade também é uma característica, um atributo do interesse, não se constituindo em essência, mas sim em consequência do valor transcendental de algo que extrapola a esfera do individual, do imanente, e por isso torna-se indisponível.

Diante disso, entendemos que a diferença entre interesse público e interesse privado não reside numa questão técnica, quantitativa, aritmética, mas sim numa questão ética, qualitativa, relacionada aos valores e princípios que a Administração deverá realizar, o que resulta no único posicionamento acertado diante de tudo o que vimos sobre interesse público:

⁸³ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 43.

⁸⁴ CASTRO, Celso. Aula do Curso de Especialização em Direito do Estado. Fundação Faculdade de Direito, Pavilhão de Aulas do Canela, Salvador, 23 de novembro de 2006.

o “[...] núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas sim nos direitos fundamentais.”⁸⁵

Conforme preceitua Agostín Gordillo⁸⁶, nenhum interesse público “[...] entendido como abstração permanente e generalizado [...]”, pode ser aceito axiomática ou dogmaticamente. Terão que ser identificados os interesses em jogo, para que se possa avaliar em cada caso a intervenção ou abstenção administrativa mais adequada. Além disso, o interesse público invocado previamente à aplicação do direito ou anterior à atividade decisória da Administração Pública não poderá legitimar a atuação estatal, pois “[...] somente uma decisão proferida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais poderá traduzir o interesse público”.⁸⁷

Temos, portanto, que o interesse público não é o fundamento da atividade administrativa, mas sim seu resultado, razão pela qual a preocupação central da doutrina não deverá recair no interesse público, inicialmente, mas sim no respeito ao procedimento que deverá ter como principal objetivo a garantia dos direitos fundamentais com ênfase na dignidade humana.

2.2.4 Dimensão constitucional da discricionariedade e do mérito administrativo

Inicialmente, vale fazer um breve relato da aferição histórica da discricionariedade. No século XVI ela era considerada a genuína expressão da soberania do monarca, até a Revolução Francesa, quando surgiu a preocupação com os direitos individuais. A partir do século XIX é que houve a retirada da prerrogativa do Executivo de editar leis, substituindo-se a vontade do monarca pela vontade do povo. Surgiu a separação dos poderes e a distinção entre Governo e Administração, sendo ao primeiro atribuída função política e discricionária livre da apreciação judicial e à segunda a administração propriamente dita.

Ensina Andreas J. Krell⁸⁸ que o grande desafio para o jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do executivo com a legalidade. Nesse tempo a

⁸⁵ CASTRO, 2006, p. 44.

⁸⁶ GORDILLO, 2003, p. II-6; II-7.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 45. Para o jurista: “O processo de democratização conduz a necessidade de verificar em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais.” Ibidem, p.45.

⁸⁸ KRELL, Andréas J. *Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19-25.

discricionarieidade era vista como uma herança indesejável do absolutismo e deveria ser estirpada. Em momento posterior, porém, foi visto que a discricionarieidade era necessária para a eficiência da Administração, pois ao legislador não é possível prever todos os acontecimentos; por isso deixa à discricionarieidade do administrador.

Percebemos do exposto sobre a discricionarieidade que ela originou-se do poder ilimitado da monarquia absoluta, para depois se transformar em uma técnica de eficiência para a Administração, o que nos leva a duvidar dessa finalidade virtuosa como única intenção do poder político em admiti-la — maior eficiência para a Administração — para apostarmos numa finalidade concorrente bem menos desejada: a abertura para o arbítrio.

Superada essa visão positivista da legalidade com vinculação única do administrador, passamos a considerar a Administração vinculada ao sistema jurídico globalmente considerado, inserindo-se nele além das normas-regras, as normas-princípios e a Constituição, o que reduz em muito o espaço de liberdade outorgado pelo legislador à Administração. Neste caso, esta última terá que guiar também sua escolha de acordo com os princípios constitucionais. Assim o cerne da questão, a espinha dorsal da problemática envolvendo a discricionarieidade administrativa e o controle judicial possível de ser realizado é a delimitação do mérito administrativo. Doutrinadores e Judiciário ainda divergem sobre os limites do mérito administrativo e, principalmente, sobre a extensão do controle judicial que poderá incidir sobre a prática discricionária. Nesse ponto, cabe rever, sem pretensa exaustividade, parte da literatura existente sobre a matéria, para que possamos avaliar criticamente a situação atual.

Odete Medauar⁸⁹ define o mérito administrativo como expressão do juízo de conveniência e oportunidade efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário da escolha. Para ela a discricionarieidade pressupõe uma *liberdade-vínculo*, o que demonstra uma real preocupação em limitar a liberdade política dos agentes públicos imbuídos do agir discricionário. Acrescenta que “[...] o processo eleitoral ou a nomeação para um cargo de confiança na cúpula do executivo não ensejam passaporte para o absoluto, que dotaria os administradores de poderes incondicionados”.⁹⁰

Lúcia Valle Figueiredo⁹¹ critica o que hoje tem sido admitido como mérito do ato administrativo, um *abre-te sésamo* a legitimar desmandos administrativos insuscetíveis de

⁸⁹ MEDAUAR, 2006, p. 111-114.

⁹⁰ Ibidem, p. 114.

⁹¹ FIGUEIREDO, 2004, p. 213.

controle, uma vez que é corriqueiro o Judiciário furtar-se ao controle de determinados atos por temer adentrar no mérito, deixando de aferir os próprios postulados da legalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁹² define o mérito administrativo como o círculo de liberdade indispensável para avaliar, perante o caso concreto, o que é conveniente e oportuno. A discricionariedade é por ele definida como *liberdade remanescente* para eleger, razoavelmente, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante o caso concreto, quando, por força da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma decisão unívoca.

Hely Lopes Meirelles⁹³ acredita ser o mérito administrativo a valoração dos motivos e a escolha do objeto do ato, o que ocorre somente quando a Administração estiver autorizada a decidir sobre oportunidade, conveniência e justiça da decisão a ser tomada, o que só ocorre nos atos administrativos discricionários.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁴, a despeito de todas as malversações sobre o tema, não se pode deixar de admitir que ao Judiciário é vedado controlar o mérito do ato administrativo, que considera como o aspecto político que abrange a oportunidade e a conveniência. Não obstante, ressalva como inaceitável utilizar-se do mérito como escudo da atuação judicial em casos que envolvam questões de legalidade e moralidade administrativa, o que somente poderá ser evitado com a delimitação exata do que é discricionariedade. Este termo é definido pela autora como a possibilidade de escolha entre duas ou mais soluções igualmente válidas, segundo critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade, ou seja, segundo razões de mérito.

Caio Tácito⁹⁵ entende que o mérito do ato administrativo não pode ser mais do que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno para o objetivo da lei. Nunca será liberdade para agir em dissonância com este objetivo.

Seabra Fagundes⁹⁶ defende que o mérito administrativo compreende questões relativas a interesses, não se envolvendo em questões de direitos. Assim, não cabe ao Judiciário resguardar interesses contrariados pelo ato administrativo, mas apenas desrespeito aos direitos individuais acaso sofrido. Para o autor o mérito constitui-se de elementos políticos e

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48-82.

⁹³ MEIRELLES, 2007, p. 155.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 129-130.

⁹⁵ TÁCITO, Caio. Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 25-42, 1993. p. 42.

⁹⁶ FAGUNDES, 1950, p. 174-180.

estritamente técnicos, peculiares à Administração. Por esta razão é obra exclusiva do Executivo, não podendo o Judiciário nele penetrar sem ferir a separação e independência de poderes.

Observamos, em todas as definições colacionadas, que não existe univocidade de pensamento entre os doutrinadores, mas evidencia-se uma tendência atual pela sindicabilidade do que se denomina de *mérito administrativo*, que está sendo visto como uma liberdade mitigada para a atuação da Administração.

Marçal Justen Filho⁹⁷ tem um posicionamento sobre a discricionariedade que difere daqueles já apresentados. Para este autor a discricionariedade não consiste em uma simples escolha dentre as várias possíveis. Quando a lei configura uma discricionariedade, pode agir assim pela impossibilidade de solucionar antecipada e abstratamente todas as alternativas de solução de um problema, ou então pode fazê-lo por julgar que a matéria exige conhecimento técnico científico, variando as soluções de acordo com o progresso.

Por meio de uma perspectiva neoconstitucional, Gustavo Binbenbojm⁹⁸ expõe sua versão da discricionariedade administrativa, afastando a idéia de legalidade, conceito em crise, para substituí-la pela juridicidade administrativa. Essa modificação altera muito o tratamento dispensado ao tema, haja vista que a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite a velha dicotomia entre vinculação e discricionariedade, mas sim uma gradação maior ou menor de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, que representa a lei, os princípios e a Constituição. O que significa dizer que o maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá ao maior ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos.

No mesmo sentido Juarez Freitas⁹⁹ considera legítima a discricionariedade apenas quando seu exercício está conforme com as regras e, acima delas, com os exigentes princípios constitucionais, que precisam ter sua primazia impregnada na mente dos controladores e administradores como empreendimento cultural premente. Para o autor é necessária uma nova disciplina capaz de desfazer os auto-enganos sobre a discricionariedade, o que será um trabalho de cunho muito mais pedagógico do que de redefinição técnica.

Ocorre, desta forma, o estreitamento do denominado *mérito administrativo*, que fica muito mais permeável ao controle judicial, já que a aplicação dos princípios em nada implica liberdade para o agir subjetivo, devendo o Judiciário verificar no caso concreto se o agente

⁹⁷ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 154-167.

⁹⁸ BINENBOJM, 2006, p. 38.

⁹⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o Direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 13-14.

público investido da competência discricionária desconsiderou os princípios aplicáveis à situação, que poderiam, inclusive, ter reduzido a discricionariedade a zero.¹⁰⁰

Depreendemos do que foi exposto que o direito administrativo precisa do constitucionalismo para superar sua defasagem teórica, o que ocorrerá com a adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático. Esses vetores serão responsáveis por imprimir mudanças radicais na relação entre a Administração e os cidadãos — aproximando-os e informando-os — afastando o paradigma weberiano de distanciamento da Administração dos conflitos sociais e políticos como forma de garantir sua autonomia e eficiência.¹⁰¹

Defendemos o estabelecimento de um canal de comunicação entre a política e o direito, nos moldes propostos por Maria Paula Dallari Bucci¹⁰², o que alimentará as alternativas facultadas ao administrador público no exercício da competência discricionária. Esse abandono do isolamento político pela Administração resultará na definição do conteúdo de interesse público de uma forma participativa, em que os titulares do referido interesse serão consultados.

Essa transformação deverá ser instrumentalizada pelo Direito Administrativo, que passará a reger não somente atos administrativos como expressão da simples execução da lei, mas toda a atividade administrativa, desde a escolha política do caminho a ser seguido, passando por sua execução, até o alcance dos fins. Assim teremos o mais eficaz instrumento para a concretização dos valores constitucionais, um direito administrativo constitucionalizado, capaz de resolver os problemas entre Estado e cidadão, autoridade e liberdade, sociedade e indivíduo. Ressaltamos que não se trata de um campo estritamente jurídico, mas sim jurídico-político.

Existe uma lacuna no espaço intra-estatal entre o momento da decisão e o instante da execução. Essa lacuna é um vácuo, no qual as leis e normas não conseguem manter seu poder coativo. Falta o instrumento correto, para nós, a atuação do Direito Administrativo.

¹⁰⁰ Essa hipótese de eliminação da discricionariedade ocorre quando as alternativas postas na lei como conformes ao direito e, portanto, passíveis de serem escolhidas pelo administrador mostrarem-se, em um determinado caso, vedadas por incidência de um princípio, o que reduzirá suas opções a apenas uma alternativa. BINENBOJM, 2006, p. 230-231.

¹⁰¹ “Para nós a participação serve justamente para romper com o distanciamento entre sociedade e Administração, aproximando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão responsiva, dinâmica, atenta à pluralidade dos interesses sociais, com vistas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, fator essencial para a eficiência das atividades de bem-estar que devem ser conduzidas pela Administração e para a sua legitimidade, tanto em função da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes a executar, como em razão da eficiência dessa atuação conjunta.” PEREZ, 2006, p. 169.

¹⁰² BUCCI, 2006a, p. 38-40.

3 DELIMITANDO O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

“Tudo evolui; não há realidades eternas: tal como não há verdades absolutas.”

Friederich Nietzsche (2000, p. 46).

3.1 DESMISTIFICANDO A SEPARAÇÃO ENTRE GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO

A separação entre Governo e Administração é um dogma consagrado entre os administrativistas brasileiros, que sem suscitar qualquer discussão a respeito dessa dicotomia estabelecem-na acriticamente, embora no mesmo texto admitam que os critérios de diferenciação entre os atos de governo e os atos administrativos não apresentam bases sólidas.

Vimos com Hely Lopes Meirelles¹ que o Governo é expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente, atuando com autonomia política e discricionária na condução dos negócios públicos. Em sentido diverso, a Administração Pública é atividade neutra, apolítica, de mera execução das escolhas políticas do Governo.

Com Celso Antônio Bandeira de Mello² percebemos que a distinção se concentra na diversidade entre funções políticas ou de governo de um lado, e funções administrativas de outro. Ensina o autor que, do ponto de vista substancial, a função administrativa aproxima-se da gestão concreta, direta, prática, imediata, rotineira dos assuntos da sociedade, enquanto as funções de governo ou políticas são atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem decisões eminentemente políticas. Do ponto de vista formal, o autor aponta como diferenciação, o fato de os atos de governo não estarem entre os comportamentos infralegais ou infraconstitucionais vinculados.

¹ MEIRELLES, 2007, p. 64-65.

² MELLO, 2005, p. 34-35.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ estabelece uma diferença entre o Governo e a Administração, admitindo a existência de dois sentidos para a Administração Pública: o estrito — abrangendo o fomento, a polícia e o serviço público — e o amplo — envolvendo a Administração e o Governo. Ao final, a autora adverte que a Administração sem sentido estrito é o objeto do Direito Administrativo, sendo o Governo e a função política objeto do Direito Constitucional.

Odete Medauar⁴ ressalta em seus comentários a dificuldade em estabelecerem-se fronteiras rígidas entre Governo e Administração, mas admite que em alguns casos seja possível perceber essa diferença pela atuação de impulso da função governamental, a exemplo de opção por determinada política econômica, tomada de posição em questão internacional. Acrescenta a autora que, no Brasil, a atividade de Governo e a Administrativa são exercidas pelo Executivo, devido a adoção do regime presidencialista, razão pela qual o emaranhado de Governo e Administração é mais acentuado, “[...] o que permite evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática”.⁵

Marçal Justen Filho⁶ não considera a função de governo relacionada à satisfação de necessidades essenciais, mas sim atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias. O autor adota o entendimento de que a função de governo não se submete ao mesmo regime jurídico da função administrativa, justamente por ter natureza diversa. Por esta razão a função de governo submete-se ao Direito Constitucional e não ao Direito Administrativo.

De acordo com a doutrina dominante, parece pacífica e sem espaço para qualquer discussão a diferença estabelecida entre Governo e Administração, assim como também a diversidade de regime jurídico a que estão adstritos. Entendemos, no entanto, que carece de qualquer justificativa razoável a manutenção de uma teoria que teve inspiração unicamente política, com o objetivo de aumentar a esfera de poder do Executivo, que passaria a atuar sem controle externo em relação aos atos de maior importância da Administração Pública.

Como será demonstrado, essa inaceitável separação entre Governo e Administração é uma herança francesa indesejável, fruto da influência de uma concepção arcaica da “teoria

³ DI PIETRO, 2001, p. 57-59.

⁴ MEDAUAR, 2006, p. 46-47.

⁵ Ibidem, p. 46-47.

⁶ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 32.

dos atos de governo”, o que, parafraseando Gustavo Binенbojm⁷, é mais uma “[...] repetição acrítica de um discurso de embotamento da realidade”.

3.1.1 Origem da separação: esclarecimentos históricos e políticos

O Conselho de Estado Francês, órgão de criação napoleônica, responsável pelo julgamento dos litígios envolvendo a Administração Pública, foi atacado pelo retorno dos Bourbons ao poder que, para se proteger da eventual perda de sua jurisdição, decidiu diminuir suas atribuições a fim de sobreviver. Com esse intuito, o Conselho de Estado transferiu para o Judiciário e para os Tribunais comuns algumas matérias que antes lhes eram afetas; em relação a outras questões, considerou-as insindicáveis, impossíveis de serem revistas por qualquer órgão jurisdicional.⁸ Essa foi a explicação histórica e política para a criação da teoria dos atos de governo na França. Uma manobra promovida pelo Conselho de Estado francês para não sucumbir totalmente às mudanças políticas ocorridas na era pós-napoleônica.

Sob o pretexto de conter um móbil político, o Conselho de Estado francês concedeu ao governo um domínio no qual, por política jurisprudencial, decidiu não penetrar. Advertimos que esse era um domínio elástico, cujas dimensões eram estabelecidas pelo próprio poder Executivo. Nesse contexto, qualquer ato administrativo, conforme adverte Agostín Gordillo⁹, podia transformar-se em ato de governo.

Por volta de 1872, ao cair o regime imperial na França, os atos de governo passaram a necessitar de uma justificativa mais adequada ao espírito da legalidade que se desenvolvia no país, razão pela qual o critério do móbil político foi substituído pela separação entre Governo e Administração¹⁰, considerando-se a atividade administrativa subordinada a atividade de governo. Administrar — para Laferrière, Hauriou, Tissier — era a aplicação diária das leis; era velar pelas relações dos cidadãos com o Poder Público e as diversas administrações entre

⁷ BINENBOJM, 2006, p. 31. O autor utiliza essa expressão para criticar a associação da gênese do Direito Administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França.

⁸ GORDILLO, 2003, Tomo 2, p. VIII-8-VIII-9

⁹ Ibidem, Tomo 1, p. VIII; Tomo 2, p. VIII-10.

¹⁰ “Se num primeiro momento a teoria do móbil político havia declarado como insindicáveis determinados actos do poder executivo pela simples invocação, no caso concreto de um motivo de oportunidade política, agora porém basta apenas que o Tribunal considere *in abstracto* que o acto se reveste de uma natureza política especial para que, dada a natureza objetiva das coisas e os princípios gerais de direito, estes escapem *in toto* ao controle jurisdicional.” QUEIROZ, Cristina M.M. *Os atos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 120-121.

eles próprios. Governar, por sua vez, era solucionar os assuntos excepcionais e velar pelos grandes interesses nacionais.¹¹

Para Agostín Gordillo¹², a justificação dos atos de governo baseada na suposta distinção entre Governo e Administração é tão vaga e imprecisa quanto o fundamento no móbil político. Para ele todas as tentativas de diferenciação entre Governo e Administração caem numa imprecisão que impede toda e qualquer conotação útil que derivaria dessa separação. Resume-se a um carácter puramente verbal, por meio do qual a doutrina cria uma diferenciação sem critérios jurídico-científicos.

No mesmo sentido, Garcia de Enterría¹³ reporta-se ao novo critério — separação entre Administração e Governo — como *puramente empírico e casuístico*. Passa a ser ato de governo aquele classificado pela jurisprudência como tal, o que termina por implantar um sistema de enumeração ou de lista, destituído de qualquer justificação material.

Observamos do que foi exposto que a origem da dicotomia entre Administração e Governo e, conseqüentemente, a diferenciação entre atividade administrativa e atividade de governo, inclusive com a subordinação da primeira pela segunda, teve como único objetivo acobertar a manutenção de uma teoria que não se adequava aos valores defendidos por um Estado que pretendia submeter todos — governantes e governados — ao império do Direito.

A teoria dos atos de governo encapsulava alguns atos estatais — considerados de maior relevância política — tornando-os infensos a qualquer controle. Esta teoria precisava de um fundamento que a justificasse, mas, por outro lado, não ferisse tão escandalosa e ostensivamente o Estado de direito. Esta justificativa foi achada na separação entre Administração e Governo.

Reforçando essa explicação histórica, Eduardo García de Enterría¹⁴ cita a Lei do Contencioso Administrativo, editada na Espanha em 1956, que tentava diminuir a dimensão dos atos políticos irrevisíveis, utilizando-se da expressão Governo como limitação ao que considerava ato político. Assim, só seriam classificados como atos políticos aqueles que emanassem de órgãos superiores, como era o caso do Conselho de Ministros.

Citando a exposição de motivos dessa mesma lei, o autor demonstra como era negada expressamente aos atos políticos a natureza de atos administrativos, afirmando não constituírem os atos políticos espécie do gênero atos administrativos, mesmo quando

¹¹ GORDILLO, 2003, Tomo 2, p. VIII-11-VIII-12.

¹² Ibidem, Tomo 2, p. VIII-13.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 38, p. 159-205, maio/ago. 1962. p. 184.

¹⁴ Ibidem, p. 181-183.

considerados como atos discricionários num grau máximo¹⁵. A lei classificava os atos políticos como espécie essencialmente diversa, concluindo que as funções administrativa e política são distintas, cabendo ao Direito Administrativo apenas regular os atos meramente administrativos, ordinários, de mera execução da lei.

Essa separação considerava como critério a relevância das grandes decisões políticas que comprometiam o destino da comunidade — de um lado as atividades políticas ou de governo; e do outro as atividades rotineiras dos últimos funcionários da hierarquia organizativa — atividade administrativa. Tal distinção de importância entre as decisões administrativas é óbvia e apóia-se em realidade fática que ninguém duvida, entretanto, não há nenhuma diferença jurídica entre esses atos que justifique a insubmissão de alguns deles ao Direito Administrativo.¹⁶

García de Enterría¹⁷ expõe de forma bastante didática seu pensamento, ao fazer uma correlação entre a separação dos atos de governo e atos administrativos, comparando-os com os atos praticados numa sociedade empresarial. Ele cita uma grande sociedade e refere-se aos atos praticados pela junta geral de acionistas e aos atos praticados por qualquer outro setor que integre essa sociedade. Neste caso, embora haja uma profunda diferença de grau entre os atos, todos eles estarão submetidos ao mesmo regime jurídico. Absurdo seria supor que os atos da junta geral não sejam atos da sociedade; ou que somente os atos dos setores inferiores sejam atos mercantis e os da junta geral não o sejam; ou, mais absurdo ainda, que os atos da junta geral não sejam passíveis de revisão judicial. O que o autor defende é que, para o Direito Administrativo, não há nenhuma diferença entre o ato mais importante do Conselho de Ministros e o ato mais ínfimo do último funcionário da escala hierárquica. Isso porque são todos órgãos da mesma pessoa, do mesmo sujeito de direito.¹⁸

Demonstramos com essa digressão histórica que a separação Governo e Administração não se sustenta fora do contexto em que foi criada, como fundamento artificial para a subtração de alguns atos praticados pela Administração Pública da

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962, p. 182.

¹⁶ Ibidem, p. 182.

¹⁷ Ibidem, p. 182.

¹⁸ A principal razão jurídica na qual Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández apóiam-se para afastar a diversidade de regime jurídico entre atos de governo e atos administrativos é o fato de estarmos diante de órgãos que integram a Administração Pública como pessoa jurídica, como sujeito de direito. Para o autor a Administração pública não é uma função objetiva ou material, mas sim uma pessoa jurídica que emana declarações de vontade, celebra contratos, é titular de patrimônios, é responsável, é sujeita a jurisdição, etc. O Estado, para os autores, só é admitido como pessoa no seio da comunidade dos Estados, enquanto sujeito do Direito Internacional, não no plano interno, no qual essa figura um tanto mística do Estado não é vista, mas apenas um de seus elementos: a Administração Pública. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 2 v. p. 36-37.

jurisdição do Conselho de Estado francês, que precisava abrir mão de algumas competências para não sucumbir completamente diante das alterações políticas atravessadas pela França pós-napoleônica.

O problema é que até hoje é repetida pela doutrina a idéia de separação entre Governo e Administração, o que gera uma instabilidade no controle e regulamentação dessas denominadas atividades de governo. Entre nós resta uma sombra sobre essa parcela de atuação do poder público, na medida em que é afastado do domínio de atuação do Direito Administrativo. Por outro lado, não pode ser suficientemente regulada pelo Direito Constitucional¹⁹, pelo menos enquanto atividade material de execução, diversa da atividade normativa.

3.1.2 Ultrapassando o paradigma weberiano: a politização unida à profissionalização da Administração Pública

Concordamos que no século XIX o Estado sofreu um grande avanço na substituição de uma Administração Pública do tipo patrimonialista para um modelo burocrático e Max Weber que foi seu principal idealizador. Este filósofo fixou as bases dessa nova forma de administrar na atuação racional, no estrito cumprimento das leis, num modelo hierárquico rígido, na obediência estrita aos procedimentos e na separação entre a administração especializada e a política.²⁰

O tipo de administração patrimonialista erguida com o absolutismo, no qual não havia separação entre o patrimônio público e o privado, originava um contexto satisfatório à proliferação do nepotismo e da corrupção, o que já não era compatível com o cenário que se delineava no século XIX — capitalismo industrial e democracias parlamentares —, época em que a administração pública burocrática foi adotada como solução para os principais problemas do antigo modelo.²¹

Não obstante se mostrar como a alternativa mais viável e compatível com as mudanças políticas e sociais, a Administração Pública burocrática idealizada por Weber não alcançou os resultados esperados em relação à eficiência. Na virada do Estado liberal para o Estado social, verificou-se que a Administração burocrática não garantia rapidez, boa qualidade, nem custo

¹⁹ A insuficiência do Direito Constitucional será tratada em momento posterior de forma mais aprofundada.

²⁰ WEBER, 2006, p. 81-83.

²¹ PEREIRA, Luiz C. Bresser. Da administração burocrática à administração gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, v.120, n.1, p. 95-105, jan./abr. 1996.

baixo para os serviços prestados ao público, demonstrando-se “[...] pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos”.²²

Nesse momento surgiu um novo modelo de atuação para a Administração Pública, no qual o distanciamento entre ela e os conflitos sociais e políticos era rompido, com a adoção de uma gestão mais adequada à pluralidade dos interesses sociais, visando à satisfação dos direitos fundamentais, tarefa que se constituiu em dever para a Administração de um Estado voltado ao bem-estar social.²³

Referindo-se a essa dicotomia imposta pela Administração burocrática entre os assuntos políticos e os propriamente administrativos, Maria das Graças Rua²⁴ considera essa separação contraditória. Afirma que enquanto a adoção dos meios mais adequados para atingir os fins visados pelo Estado supõe escolha de alternativas previamente estabelecidas pela lei — atividade administrativa instrumental —, a definição primária desses objetivos e dos meios para atingi-los remete ao mundo da política, esfera na qual as próprias alternativas são construídas e as decisões são tomadas em resposta aos interesses, necessidades e demandas freqüentemente conflituosos.²⁵

A contradição apontada pela autora reside justamente na suposta racionalidade da atividade administrativa como instrumento de adequação dos meios aos fins. Não há como defender a neutralidade política de uma ação que informa escolhas e decisões que irá executar, gerando adiante outras decisões com base nos resultados anteriores, o que forma um elo indissociável entre a profissionalização, a técnica, a racionalidade e a política.

Diante dessa dependência recíproca entre a burocracia e a política, Paulo Otero²⁶ chama atenção para dois movimentos contraditórios no desenvolvimento do Direito Administrativo: a conciliação da legitimidade política das decisões e a crescente exigência de qualificação técnica na satisfação das necessidades coletivas.

Não há mais formulação de processo decisório sem prévio aconselhamento técnico e não há execução das decisões sem esse mesmo aparato especializado. Isto se explica pelo aumento da complexidade técnica dos problemas que são colocados no âmbito do Legislativo e da Administração. São estruturas especializadas que detêm e controlam a informação,

²² PEREIRA, 1996, p. 99-100.

²³ PEREZ, 2006, p. 168-169.

²⁴ RUA, Maria das Graças. Desafios da administração pública brasileira: governança, autonomia, neutralidade. *Revista do Serviço Público*, Brasília, Ano 48, n. 3, p. 133-152, set./dez. 1997. p. 135-136.

²⁵ Neste sentido, ao enfatizar a racionalidade enquanto ação instrumental de adequação entre meios e fins, o modelo de administração burocrática como mecanismo de dominação racional-legal implica uma dicotomia entre administração e política que é, ela própria, contraditória. *Ibidem*, p. 135-136.

²⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação Administrativa a Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 297.

prevêm o sucesso das opções entre as diversas alternativas, condicionando em muito as decisões políticas.²⁷

Entendemos que esse diálogo inevitável e imprescindível entre a técnica e a legitimação política impede a dissociação entre Administração e Governo. Não há decisão política legítima, quando em desacordo com um parecer técnico que aponta para solução diversa, pois um Estado que acolhe a moralidade e a eficiência administrativas como princípios constitucionais não pode validar uma opção política sem comprometimento com a boa administração.²⁸

Vale ressaltar que essa neutralidade política do ideal weberiano tinha como principal objetivo manter a integridade dos valores éticos e morais desejáveis para a Administração Pública, como se isto fosse impossível em relação aos agentes políticos. Tal discriminação não é mais possível no nosso tempo, quando todos devem se pautar de acordo com os padrões éticos vigentes, inexistindo licença para qualquer deles — sejam “políticos” ou “burocratas” — se conduzirem legitimamente de acordo com interesses que não sejam os da coletividade.

Entendemos que os valores democráticos devem prevalecer e imperar sobre o favoritismo, a patronagem, a venalidade e a discriminação em todas as esferas do poder público, sejam elas predominantemente técnicas ou predominantemente políticas. Isto porque somente quem acredita numa diversidade de natureza jurídica entre a Administração e o Governo pode conceber que alguns agentes públicos exerçam parcela de poder sem comprometimento com a impessoalidade e com a busca pela satisfação dos direitos fundamentais do cidadão.

A aparente neutralidade da Administração e outorga exclusiva das atribuições políticas ao governo é considerada por Maria Paula Dallari Bucci²⁹ como um tipo ideal e não uma descrição que corresponda à realidade das instituições político-administrativas da atualidade. O modelo weberiano é compreensível no contexto da Alemanha pós-Bismarck, onde o Parlamento e o Governo tentavam recuperar atribuições políticas usurpadas pela burocracia, o que demonstra que, para esse modelo, o problema da burocracia era a política.

Defendendo a superação da distinção doutrinária entre a Administração e o Governo, Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁰ considera-os como faces de uma mesma função primária do Poder Público, afirmando:

²⁷ OTERO, 2006, p. 296.

²⁸ Juarez Freitas (2007, p. 96) defende o direito fundamental à boa administração pública como: “[...] direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, acarreta o dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais [...]”

²⁹ BUCCI, 2006a, p. 106-107.

³⁰ ROCHA, 2004, p. 15-16.

Não são duas atividades opostas as de Governo e Administração Pública, mais apenas dois momentos da mesma atividade, que tem os mesmos fundamentos jurídicos, a mesma finalidade social, a mesma natureza e incidência de igual gravidade e responsabilidade. Uma decisão de governo pode não passar de discurso se o desempenho administrativo, que lhe daria seqüência e incidência, não sobrevier. Não há este desempenho se a deliberação governamental anterior não existir. A Administração Pública tem a dimensão e a natureza do Estado. Retrata-lhe o regime político, mostra a sua opção econômica, vinca o modelo social por ele buscado.

Nesse sentido é que vertemos nossos esforços para defender a total ausência de fundamento científico na separação entre Governo e Administração, que são partes de um mesmo processo e, portanto, não pode sofrer solução de continuidade. De acordo com o que vimos até aqui, fica evidente que a tomada de decisão não pode ter natureza completamente diversa de sua própria execução, pois estão imbricadas numa relação de total interpenetração.

Titular da postura mais ampla acerca da Administração Pública, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³¹ rejeita peremptoriamente qualquer divisão entre Governo e Administração, chegando ao ponto de defender uma separação dúplice do poder, em que existiria o poder político, representado pelo Executivo e Legislativo, e o Poder Judiciário, integrando um poder jurídico. Para o autor não existe distinção entre a função legislativa e a função administrativa, pois elas correspondem à mesma função, apenas exercidas em momentos sucessivos, mas sem deixar de depender uma da outra.

Referindo-se ao vocábulo *administrar* e sua significação corrente, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³² enfatiza que o sentido da palavra abrange muito mais do que apenas prestar serviço e executá-lo. Administrar denota um sentido de dirigir, governar, “[...] exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil”.³³ Chama a atenção para o fato de que até vulgarmente o termo *administrar* quer dizer “[...] traçar programa de ação e executá-lo”³⁴.

Etimologicamente, *administração* vem do Latim, e tem duas versões: segundo uns, deriva da preposição *ad* e do verbo *ministro-as-are*, que significa servir, executar; segundo outros, deriva de *ad manus trahere* que envolve a idéia de direção ou gestão, o que sugere a utilização ampla do termo para designar tanto a execução quanto o comando. Na língua germânica, o substantivo *Verwaltung*, que significa *administração*, deriva do verbo *walten*, que se traduz por reinar, imperar; já na língua inglesa, o verbo *to manage* corresponde a administrar, abrangendo também o sentido de planejar, organizar e dirigir.³⁵

³¹ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 57-58.

³² *Ibidem*, p. 59.

³³ *Ibidem*, p. 59.

³⁴ *Ibidem*, p. 59.

³⁵ *Ibidem*, p. 59.

É desta forma que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello expõe sua objeção a uma visão reduzida da Administração apenas como atividade de execução apartada do planejamento e da tomada de direção que, para ele, também se constituem em atos administrativos, já que objetivam às mesmas finalidades de criação e realização da utilidade pública para produzir efeitos de direito. O fato de algumas dessas atividades estarem mais impregnadas de caráter político não basta para lhes desvirtuar a finalidade. Vejamos:

Sem dúvida, verificam-se na atividade estatal atos jurídicos que imprimem a direção superior da sua vida política, que formam e manifestam originariamente sua vontade e cogitam dos órgãos a quem competem essas atribuições, ao lado de outros, mais subalternos, que completam e desenvolvem aqueles, na afirmação da utilidade pública, condicionando às relações internas com os próprios órgãos ou com terceiros. Mas todos são atos administrativos, ante o objetivo que têm em mira.³⁶

Assim, analisando o modelo de Administração weberiano, calcado na neutralidade política e na racionalidade, percebemos que esse era o antídoto, à época, para os males vividos com os desmandos da Administração patrimonialista. Ultrapassado esse tempo, não desejamos distanciar os clamores sociais da atividade que tem por fim a realização de seus interesses, nem tampouco separar o aparato técnico da política, para que aquele não se contamine com os valores negativos desta. Queremos uma atividade estatal uniforme, impregnada dos mesmos valores éticos e morais estabelecidos constitucionalmente, o que advirá da regulamentação e controle adequados, tanto em relação à técnica quanto à política.

3.2 ATIVIDADE POLÍTICA E DIREITO ADMINISTRATIVO

É com esse intuito que aproximamos a atividade política do direito, principalmente do direito administrativo, que já regulamenta as atividades estatais, constituindo-se assim no regime jurídico mais apropriado para reger não só o aparato técnico da Administração, mas também a parcela de poder político que anima as ações estatais.

Não desconsideramos a distinção entre a política e o direito, nem consideramos um como parte do outro, mas defendemos como absoluta a legitimação da política por meio do direito.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 480-481.

3.2.1 Análise sobre o sentido da política

O vocábulo *política* deriva do latim *politicus*, *politica*, *politicum*, cuja raiz vem do grego *polis*, significando cidade. A despeito da precisão na origem etimológica da palavra, nos tempos modernos tem havido uma divergência na delimitação do significado de política. Alguns adotam o conceito de política como eleição dos meios para alcançar os fins do Estado; outros acreditam que a política não se refere apenas aos meios, mas também aos fins; e terceiros relacionam a política com o exame do próprio Estado; há também aqueles que pretendem seja a política uma arte; e há ainda aqueles que pretendem classificá-la como ciência.³⁷

Vemos, portanto, que *política* é uma palavra polissêmica e de sentido análogo³⁸, pois embora possa apresentar-se com diferentes significados, todos eles guardam entre si certa proporção, uma relação comum. Em todas as correntes que tentam estabelecer um sentido para o termo, há sempre um ponto convergente, que é o estabelecimento de ordem na convivência em comum, sendo a ordem nada mais do que a “[...] exata disposição das partes, pela qual se realiza a unidade na multiplicidade”.³⁹

A formulação feita por J.J. Gomes Canotilho⁴⁰ é normativa-ontológica, na qual a política aparece como um “[...] campo de decisões obrigatórias, dotadas de autoritas e de potestas, tendo como objetivo a estabelecimento e conservação da ordem, da paz, da segurança e justiça da comunidade”.

Na conceituação exposta por Ronald Dworkin⁴¹, política é um padrão que estabelece objetivos a serem alcançados, geralmente representados por melhoria para a comunidade, admitindo, inclusive, que essa melhoria pode apresentar o aspecto negativo de inibir mudanças em determinados aspectos.

Para Cristina M.M. Queiroz⁴², a política é o método pelo qual as sociedades livres são governadas; é uma atividade humana, vontade e ação. A política dirige e ordena outras ações

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 101-103.

³⁸ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 101), os termos podem ser unívocos, equívocos e análogos. Unívoco é o termo que se refere a uma única realidade. Equívoco é o termo que se refere a realidades completamente distintas, às quais se atribui significados díspares. Análogo é o termo intermediário entre os outros dois, ou seja, ele se refere a realidades diversas, porém seus significados guardam entre si uma semelhança.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 110.

⁴⁰ CANOTILHO, 1995, p. 31-32.

⁴¹ DWORKIN, 2002, p. 36.

⁴² QUEIROZ, 1990, p. 23.

humanas até a obtenção de um fim comum. Não é uma ideologia, mas apenas uma atividade que não se deixa definir facilmente.

Maria Paula Dallari Bucci⁴³ define política como o processo de escolha dos meios para a realização dos fins do governo, contando com a participação dos agentes públicos e privados.

Todas essas conceituações guardam pertinência entre si, na medida em que relacionam a política com o objetivo do Estado, o qual somente será atingido mediante o uso dos meios adequados e da unificação das forças sociais divergentes, processo que resultará na realização do bem comum, na obtenção da tranqüilidade social e no estabelecimento da ordem na sociedade política.⁴⁴

A discussão em torno de a política ser considerada arte ou ciência tem relevância, quando tomamos como base a divisão das ciências utilizada por Aristóteles e repetida por S. Tomás de Aquino, que diferenciavam as ciências que se preocupavam em *saber o que é* das ciências, e as que se preocupavam em *saber o que deve ser*; ou seja, as primeiras, denominadas ciências naturais, e as segundas, ciências práticas.⁴⁵

São essas ciências práticas que nos interessam, pois elas dizem respeito ao homem e a sua ação coordenada para alcançar certo objetivo, que tanto pode ser influenciada pela moral, como pela técnica. No primeiro caso, temos uma ciência do agir, voltada para a relação dos homens com seus semelhantes; no segundo caso, temos uma ciência do fazer, ação do homem buscando produzir um resultado exterior, uma obra, que tem comprometimento apenas com o belo ou com o útil. A arte é a ciência do fazer, na qual o artista deve respeitar princípios que o levarão a produzir o útil ou o belo, sendo indiferente o aspecto moral. Já a ciência do agir diz respeito à prudência, à escolha dos melhores meios para atingir o bem, devendo o homem nortear seu comportamento exterior pelo respeito aos princípios morais.⁴⁶

A par dessa distinção, jamais a política poderá ser considerada arte ou ciência do fazer, mas sim ciência do agir, conforme lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁷:

Sendo a política, como a ciência do governo da sociedade civil, a que tem por objeto o emprego dos meios adequados para a realização do fim do Estado — ou seja, a melhor utilidade social —, e unificando as forças sociais em divergência, consiste na virtude da prudência do bem comum, na virtude da prudência relativamente aos negócios do Estado, isto é, no hábito de praticar o bem de maneira a dispor as coisas

⁴³ BUCCI, 2006a, p. 259.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 110.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 115.

para que melhor sejam harmonizados os interesses sociais e atingidas em consequência, as finalidades do Estado. Por conseguinte dever ser classificada entre as ciências ativas ou do agir. Jamais entre as ciências do fazer ou artísticas, porque é uma ciência da conduta do homem em sociedade, e nunca da produção de coisas. De forma que o bom governante não é aquele que realiza, tão-somente; mas aquele que realiza dentro dos princípios da Moral.

Acrescenta o autor que, além dos princípios morais, o governo também deverá obedecer aos princípios sociológicos e utilitários, referindo-se em primeiro lugar à percepção da realidade social circundante, para que as medidas adotadas não sejam *pura construção no vácuo*; em segundo lugar, refere-se ao dever de melhorar a organização da vida social com a mínima perda de esforços e com o maior rendimento, o que significa eficiência.⁴⁸

3.2.2 Política como categoria jurídica: hipótese e execução

Esclarecidos alguns aspectos da definição de política, restou demonstrado que embora não se trate de uma ação desvinculada, a política pressupõe escolha entre alternativas possíveis para alcançar o fim do Estado, cabendo a Administração Pública implementar programas e ações das mais diferentes espécies, o que terá na Constituição a confluência entre o jurídico e o político.

Afirma Maria Cristina Queiroz⁴⁹ que a pertença da política ao domínio constitucional resolve o problema de sua natureza normativa e de sua titularidade, já que é uma atividade partilhada por todos os órgãos constitucionais sem exceção:

A todos os títulos, uma atividade de realização da constituição, que se concretiza e atualiza, além do mais, no contexto das normas diretivas e programáticas como normas jurídicas determinativas dos fins e tarefas gerais do Estado. Estas por seu turno não dizem respeito apenas ao legislador *tout court*, antes se dirigem a todos os órgãos constitucionais chamados à importante tarefa da sua concretização e atualização.

Isso quer dizer que a política não se circunscreve apenas a atividade administrativa, mas também está presente nas funções desempenhadas por todos os outros órgãos constitucionais. Além disso, por estar impregnada da força normativa da Constituição, obriga o Estado.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 117.

⁴⁹ QUEIROZ, 1990, p. 112-113.

Analisando o papel desempenhado pela Constituição, Lênio Luiz Streck⁵⁰ considera-a espaço no qual se fundamenta o sentido jurídico do político. Ferdinand Lassale⁵¹ ensina-nos que a Constituição é o espaço em que se fundamenta o sentido jurídico dos fatores reais de poder. Com esta definição, o autor faz referência à existência de duas constituições: a real, caracterizada pelo resultado dos clamores sociais; e a escrita ou jurídica, que precisa refletir os ideais da primeira para ter valor.

Embora pareça um paradoxo sintetizar o pensamento de Ferdinand Lassale e de Lênio Streck, já que o primeiro foi considerado pela doutrina como um autor que esvaziou o sentido normativo da Constituição e o segundo, ao contrário, é um defensor aguerrido da constituição dirigente⁵², não consideramos opostas as posições defendidas por cada um deles.

Ferdinand Lassale não acreditava numa norma escrita divorciada da realidade política do povo que é seu destinatário; o que o aproxima de Lênio Streck, que defende uma Constituição dirigente sem afastá-la do nível do cotidiano e também da interação social. Ferdinand Lassale rejeita a possibilidade de uma folha de papel determinar mudanças no mundo fático; Lênio Streck considera a Constituição como documento que *constitui-a-ação* do Estado, estabelecendo uma nova feição para o direito, que não mais protege o cidadão ante o Estado, mas sim implementa mudanças sociais que deverão ser protagonizadas por esse próprio Estado.

A linha comparativa traçada entre esses dois modelos de pensamento supostamente antagônicos permite-nos observar que eles se identificam muito mais do que se contrariam. Quando Lênio Streck defende o papel da Constituição como documento que constitui-a-ação do Estado, não se refere a uma norma que, sozinha e como num passe de mágica, realizará todas as transformações necessárias para que o Brasil tenha toda a sua população vivendo com dignidade humana. Ele acredita que a Constituição pode não se limitar ao que está mais próximo e lançar-se para além da realidade como condição de possibilidade do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade. Essa é a perspectiva *dirigente-compromissária*, que vincula a atividade estatal em todas as suas expressões.

Essas considerações nos permitem entender que a idéia de uma Constituição Dirigente não transforma a Constituição em uma norma auto-executória que prescinde da vontade

⁵⁰ Este e outros juristas, a exemplo de Ferdinand Lassale e Lênio Streck, participaram de uma vídeo-conferência coordenada por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

⁵¹ LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

⁵² Titula-se dirigente a Constituição que não se resume a enunciar competências e regular processos, mas, principalmente, estabelece diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, como se fosse um plano global normativo da sociedade e do Estado brasileiro. COUTINHO, op. cit.

política e administrativa e da atuação humana, únicas capazes de por em prática as disposições normativas. Ao contrário, valendo-nos da lição de Konrad Hesse⁵³, verificamos que a força normativa da constituição não se resume apenas à adaptação de uma realidade. A constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas deve representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso, ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a vontade do poder, mas também essa vontade da constituição.

Reforçando esse entendimento, Gilberto Bercovici⁵⁴ afirma que a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática, que não é nada mais do que a expressão da vontade da Constituição, entendida como integração entre a ordem normativa e a conduta humana.

No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier⁵⁵ admite que a Constituição não pode por si só realizar nada, mas pode impor tarefas que somente serão transformadas em ação se existir uma vontade destinada a sua realização. Esta vontade, entretanto, precisa estar presente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

Sem pretender simplificar a complexidade do tema, mas querendo emprestar um cunho didático à questão relativa à política e sua relação com o jurídico, deduzimos, com base na doutrina revisada, que a Constituição é uma norma e tudo o que ela prescreve tem sua mesma natureza, que é normativa, portanto, tudo o que se relaciona à política e foi absorvido pela Constituição passa a ter natureza normativa. Este é um lado da moeda: a natureza jurídica das opções políticas incluídas na Constituição. Contudo as políticas não se iniciam e se finalizam nas normas jurídicas. Admitimos que a política tem suas bases erigidas, num Estado democrático de direito, pelas normas, mas essas são concretizadas mediante processos que contêm atos de diversas categorias e naturezas, unificadas apenas por sua finalidade.

As normas constitucionais estabelecem as premissas materiais, o fundamento e a direção permanente da atuação estatal, mas não substituem as políticas. Segundo Gilberto Bercovici⁵⁶, o programa constitucional não tolhe a discricionariedade do governo, “[...] nem impede a renovação da direção política [...]”, mas exige adequação dessa definição de linhas de direção política com os “[...] fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma”.

⁵³ HESSE, 1991, p. 43.

⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. p. 44.

⁵⁵ SCHIER, 1999, p. 74-75.

⁵⁶ BERCOVICI, op. cit., p. 40.

Consoante Fábio Konder Comparato⁵⁷, a política como programa de ação não é norma nem ato, distinguindo-se completamente dos elementos da realidade jurídica sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de seus estudos, caracterizando-se como atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos visando determinado objetivo.

Maria Paula Dallari Bucci⁵⁸, embora admita que “[...]” a exteriorização da política está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico [...], considera-a distinta das demais categorias jurídicas já existentes, aproximando-a mais do conceito de atividade.

Ratificando esse posicionamento, Ana Paula de Barcellos⁵⁹ imputa à Administração Pública a tarefa de efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, cabendo-lhe implementar ações e programas das mais variadas naturezas, o que a identifica como um conjunto de atividades que considera como políticas públicas.

Deduzimos do exposto que o diálogo entre a política e o direito ocorre na Constituição, na qual os fatores reais de poder — de nítido caráter político — transformam-se em norma cogente, a ser concretizada mediante atividade administrativa, que planeja, dirige, programa e traça as metas por meio de um conjunto de atos das mais variadas espécies, os quais, só ganham força e sentido por seu entrelaçamento lógico — procedimentalização.

3.2.3 Papel a ser desempenhado pelo Direito Administrativo

Já desenvolvemos uma análise sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, para superar o *déficit* teórico existente. Esta é uma condição indispensável para que esse ramo do direito público possa desempenhar com sucesso as tarefas que lhe são próprias, mas, por razões não científicas, são subtraídas de seu âmbito de atuação.

Não há dúvida que, afastando a separação entre Administração e Governo, admitimos a simbiose entre direito, técnica e política, aumentando significativamente a relevância do Direito Administrativo. Com este procedimento, este deixa de ser considerado simplesmente instrumento de proteção do cidadão contra o Estado, para tornar-se um meio de concretização dos direitos fundamentais, que em nosso País é, primordialmente, tarefa do Estado.

⁵⁷ COMPARATO, 1997, v. 2, p. 45.

⁵⁸ BUCCI, 2006a, p. 255-256.

⁵⁹ BARCELLOS, 2005, p. 95.

Como afirmou Fábio Konder Comparato⁶⁰, não importa qual o projeto adotado para o desenvolvimento do Brasil, pois sua realização depende das instituições estatais e de interesse público, ou seja, dos órgãos governamentais e dos centros de poder na sociedade, que devem atuar de forma ordenada para a realização dos fins eleitos pela comunidade.

Observemos que até o momento utilizamo-nos de um Direito Administrativo cujo instrumental teórico ainda nos remete para o Estado Liberal, tendo como principal ou única tarefa proteger a liberdade individual contra os abusos da atuação estatal. Não se exigia do poder público a construção de uma nova sociedade ou a modificação da condição existente; era-lhe exigido apenas proteção às liberdades individuais e manutenção da ordem pública.⁶¹

Diante dessa insuficiência teórica, desde o advento de Estado de bem-estar o regime jurídico-administrativo vem passando por uma crise denominada *fuga para o direito privado*. Esse processo implica na manutenção de prerrogativas do poder público e afastamento das restrições por meio da criação de entidades administrativas com personalidade de direito privado, o que caracteriza uma *hibridiz de regimes jurídicos*, com a *interpenetração entre as esferas públicas e privadas*, o que, segundo Gustavo Binbenojm⁶² representa um dos elementos da crise de identidade do Direito Administrativo.

O Estado que era liberal passou a ser um Estado prestacional e agora se torna um Estado regulador. Todas essas transformações profundas impactam e modificam inteiramente sua forma de atuação e as expectativas geradas em torno dele. O que se espera de um Estado guardião, protetor não apresenta qualquer identidade com as exigências lançadas sobre um Estado prestador, ordenador e gestor de desenvolvimento social e econômico.

Maria Paula Dallari Bucci⁶³ compartilha essa idéia ao comentar que foram atribuídas ao Estado, a partir do século XX, uma série de tarefas complexas que, inevitavelmente, exigem uma comunicação entre a política e o direito, não apenas restrita à Constituição, mas que esteja também presente nos demais atos normativos e nos atos administrativos, capazes de realizar o interesse público, a vontade geral e o bem comum, tudo conforme as formas estabelecidas pelo direito.

Nesse ponto cabe a indagação: qual direito poderia fazer essa ligação entre o político e o jurídico nas atividades de concretização dos programas constitucionais? Somente o Direito Administrativo, que rege a Administração, compreendida como o Estado em ação, ponto nevrálgico da função de Governo. “É por meio da Administração Pública que o Estado adquire realidade e tem razão de ser.”⁶⁴

⁶⁰ COMPARATO, 1989, p. 61.

⁶¹ Ibidem, p. 68.

⁶² BINENBOJM, 2006, p. 20.

⁶³ BUCCI, 2006a, p. 38-39.

⁶⁴ GARCIA, Maria. Prefácio. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XI-XV. p. XII.

Admitimos que em algum momento da história o Direito Administrativo serviu apenas para limitar os poderes do Estado, em especial a atuação do Estado-Administração. Considerando a Administração como atividade não criadora, contudo, conforme preleciona Eros Grau⁶⁵, a evolução histórica conduziu à busca da realidade de novos direitos, de maneira que, para o Estado poder desempenhar seu “[...] papel de legitimação capitalista [...]”, passou a ser responsável pela “[...] harmonia social e pela proteção dos mais fracos [...]”, transformando-se, então, em agente de produção e implementação de políticas públicas.

Reconhece Eros Grau⁶⁶ que o Direito Administrativo não pode se ater apenas a instrumentalizar a defesa do indivíduo contra o Estado, mas antes de tudo deve dotar esse novo Estado, que reclama dinamismo, de meios para a concretização dessa Administração concebida como atividade criadora, voltada à realização de determinados fins.

Diante dessa realidade emergente, em que a Administração passa a ser considerada como atividade criadora, não há possibilidade de continuar sendo regida por um Direito Administrativo compatível com uma Administração que apenas executa fielmente as leis e não se deixa impregnar dos valores políticos.

Afirma Prosper Weil⁶⁷ que o Direito Administrativo é um direito político e não jurídico, por isso difere de todos os outros ramos do direito. Para ele o Direito Administrativo insere-se em problemas fundamentais da ciência política como são as relações entre o “[...] Estado e o cidadão, a autoridade e a liberdade, a sociedade e o indivíduo”.

Ciente desta nova perspectiva sobre o Direito Administrativo e o importante papel que deverá ser desempenhado por ele, Marçal Justen Filho⁶⁸ formulou uma definição capaz de traduzir os elementos que hoje devem indiscutivelmente integrar o conteúdo desse ramo do direito:

⁶⁵ COMPARATO, 1989, p. 95-97. A obra *Brasil, o Desenvolvimento Ameaçado: Perspectivas e Soluções* divulga as exposições e debates ocorridos no *Simpósio Brasil — O Desenvolvimento Ameaçado: Perspectivas e Soluções*. Este texto de Fábio Conder Comparato teve como debatedores Geraldo Ataliba, Eros Roberto Grau, Janio de Freitas e Luiz Werneck Vianna.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 96.

⁶⁷ WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977. p. 17. Para este autor: “O direito é a continuação da política por outros meios e o direito administrativo é um dos meios escolhidos pela tradição política francesa para assegurar a salvaguarda dos direitos e liberdades dos cidadãos. Ora os receios e as esperanças do direito administrativo actual permanecem os da época liberal e nem sempre correspondem às necessidades do nosso tempo.” *Ibidem*, p. 9.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 1. A definição proposta pelo autor marca a evolução do direito administrativo em relação às definições tradicionais, que apenas faziam alusão a uma lacônica busca pela finalidade pública, sem estabelecer qualquer ligação entre o direito administrativo e a finalidade precípua do Estado, que é a dignidade da pessoa humana. Para efeito didático, vale transcrever algumas definições tradicionais: Para Hely Lopes Meirelles (2007, p. 40): “Conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.” Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2003, p.52): “Ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.” Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 35): “É o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem.”

O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.⁶⁹

Deduzimos dessa definição que o Direito Administrativo tem íntima ligação com o conceito de atividade, o que impõe a desqualificação do ato jurídico como principal categoria desse direito, para ceder espaço à natureza procedimental de atuação do Estado.⁷⁰

Além disso, essa definição vincula o Direito Administrativo à realização dos direitos fundamentais embasados na dignidade da pessoa humana, o que se exterioriza em dois planos distintos: (i) de atuação negativa ou omissiva, em que o Direito Administrativo instrumentaliza a limitação do poder estatal e não estatal, visando evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos produza o sacrifício de liberdades e outros valores fundamentais; (ii) de atuação positiva ou comissiva, em que o Direito Administrativo tem um compromisso com a realização efetiva dos interesses coletivos e com a *produção ativa dos valores humanos*.⁷¹

Quanto ao primeiro aspecto da realização dos direitos fundamentais — conduta omissiva — embora ainda seja necessário revisitar vários institutos do Direito Administrativo, capazes de vulnerar essa tarefa de contenção do poder, mostra-se ainda muito mais crítico o segundo aspecto, relacionado com a atividade positiva do Direito Administrativo, pois todo o arcabouço do regime jurídico de direito público, reflete uma muralha de contenção — legalidade, separação de poderes —, porém conta com poucos instrumentos aptos a realizar concretamente atividades prestacionais.

Essa dificuldade é apontada por Maria Paula Dallari Bucci⁷², que imputa à teoria liberal ter legado à contemporaneidade um modo de governar que se caracteriza pela falta de comunicação entre as escolhas políticas e as alternativas facultadas ao administrador — discricionariedade. Esse é o modelo burocrático weberiano, no qual a definição do conteúdo de interesse público no nível da Administração é tarefa burocrática e não política.

Acrescenta a autora que a limitação da discricionariedade tem que existir, não há dúvida, mas a forma de limitação existente hoje, representada por um conjunto de barreiras à atuação da Administração Pública em defesa dos direitos individuais, é insuficiente; faltam os parâmetros de limites positivos à ação administrativa, tornando mais transparente as diretrizes informadoras para as escolhas abertas ao Administrador.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, 2005, p. 1.

⁷⁰ Ibidem, p. 1.

⁷¹ Ibidem, p. 3.

⁷² BUCCI, 2006a, p. 39.

Depreendemos do exposto que a atividade administrativa deverá ter estabelecido pelo Direito Administrativo seus limites positivos e negativos, tendo seu âmbito de ação redefinido entre o momento da proposição legal e o da execução da política, o que foi assim resumido por Maria Paula Dallari Bucci⁷³:

Hoje, o desafio da atuação estatal, num Estado como o brasileiro, é exatamente o da coordenação para a execução das políticas, pois o que se tem verificado é que há uma profusão de leis e normas de cunho declaratório (ou meramente retórico) que não encontram eficácia, uma vez que seu poder coativo se perde no espaço intra-estatal entre os momentos da decisão e da execução.

Não resta dúvida, diante do que foi visto até aqui, que o Direito Administrativo precisa se contextualizar para poder regulamentar eficazmente essa atividade administrativa criadora, que comunica a técnica e a política, devendo submeter todas as escolhas administrativas ao direito.

3.3 DEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA DA CONSTITUIÇÃO: O OUTRO LADO DA MOEDA

Dedicamos o Capítulo 2 à constitucionalização do Direito Administrativo, processo imprescindível no amadurecimento desse ramo do direito, cujos institutos ainda refletem uma imprecisão e uma fluidez, fruto da ausência de proximidade entre os valores constitucionais e seu arcabouço teórico.

Entretanto, conforme adverte Paulo Otero⁷⁴, os últimos anos evidenciam uma “[...] bilateralização da tradicional relação de dependência entre a Administração e a Constituição”, o que se traduz numa igual relação de dependência entre normas constitucionais e a Administração Pública.

Não há como negar que textos constitucionais programáticos têm por função definir programas de ação transformadores da realidade a serem cumpridos preponderantemente pelo Estado, que não age, nesses casos, apenas por meio do Legislativo, mas também da Administração. Lição que também extraímos de Paulo Otero⁷⁵:

⁷³ BUCCI, 2006a, p. 40.

⁷⁴ OTERO, 2007, p. 29.

⁷⁵ Ibidem, p. 30.

Urge esclarecer, porém, que a efetivação das imposições constitucionais em matéria de bem-estar não se esgota através do simples exercício de uma actividade normativa: se a Constituição necessita de normas para implementar os seus preceitos e aquelas, por sua vez, necessitam ainda de uma execução normativa complementar, o certo é que tudo isto será sempre insuficiente para garantir qualquer concretização real do bem-estar.

Não basta a Constituição proclamar que todos têm direito à educação ou direito à saúde, tal como não é suficiente a sua transposição para medidas legislativas que, através de uma lei sobre o sistema de ensino ou o serviço nacional de saúde, confirmam execução às normas constitucionais; se a Administração não elaborar os regulamentos necessários à execução de tais leis ou, tendo-os elaborado não disponibilizar as verbas necessárias à execução de tais leis ou, tendo-os elaborados, não disponibilizar às verbas necessárias para a construção de escolas e hospitais, ou ainda que tenha disponibilizado as verbas, não existir a decisão viabilizando a sua construção e a posterior abertura de concurso para munir tais estabelecimentos de meios humanos e materiais que permitam o seu efetivo funcionamento, tudo será em vão — os direitos fundamentais nunca passarão de meras proclamações de papel.

Entendemos que essa dependência da Constituição em relação à Administração Pública é flagrante e põe em risco toda a idéia de Constituição dirigente, força normativa da Constituição, concreção constitucional. Sem uma Administração que realize os mandamentos normativos, que traduza em ação os imperativos constitucionais, não há qualquer transformação da realidade social.

Nesse mesmo sentido expressa-se Paulo Bonavides⁷⁶, ao considerar íntimos os laços que unem o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. Acrescenta o autor que “[...] o direito constitucional é uma espécie de direito em repouso e o Direito Administrativo um direito em movimento, estabelecendo-se uma diferença de grau e não de espécie, de conveniência e não de lógica”.

Consideramos esses dois direitos — administrativo e constitucional — como direitos complementares e reciprocamente dependentes. A atuação de um começa exatamente onde termina o poder de atuação do outro, cabendo ao Direito Administrativo regular a parte dinâmica, que envolve conduta humana e atividade administrativa convertida em procedimento racional.

3.3.1 Atividade administrativa preponderando sobre o conceito de ato administrativo

Depois de nos referirmos ao dinamismo da ação administrativa, não nos podemos omitir de analisar um dos fenômenos mais relevantes do regime jurídico-administrativo, que é

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

a atividade como cerne da teoria do Direito Administrativo, em substituição ao ato administrativo, que passa a ocupar uma posição secundária, caracterizando apenas a unidade de um todo mais coerente e significativo.

Sobre o tema Fábio Konder Comparato⁷⁷ lembra que o conceito de atividade é relativamente novo na ciência jurídica, mas já se encontra no centro do direito empresarial, fazendo alusão à substituição dos atos de comércio pela atividade empresarial, assim como no cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia.

Prossegue o autor analisando as ações concretizadoras das normas constitucionais programáticas, as quais considera distintas das normas e dos atos — englobadas como suas unidades componentes — constituindo-se em atividades, ou seja, “[...] conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”⁷⁸

Tal encadeamento lógico e racional, operado entre atos de diversas naturezas, tem o poder de desnaturar o regime jurídico que lhe era próprio antes de constituir parte de um todo, o que significa dizer que o juízo de validade de uma atividade não se confunde com o juízo de validade de uma norma ou ato que a compõe.⁷⁹

Essa reflexão já evidencia um outro fator relevante para a dependência do Direito Constitucional em relação ao Direito Administrativo, que é justamente a insuficiência do juízo de constitucionalidade, que somente prevê o controle das leis e atos normativos, mostrando-se incapaz de controlar, sozinho, a validade das atividades de concreção constitucional.⁸⁰

Denominando de crise do ato administrativo, Vasco Manuel Pascoal da Silva⁸¹ explica que o descuido da doutrina tradicional com o procedimento administrativo decorreu de duas principais causas: da clássica perspectiva *atocêntrica* que dava atenção apenas à perspectiva jurisdicional da Administração Pública, só cuidava dos elementos do ato administrativo que seriam examinados pelos juízes — como o objeto das decisões judiciais resumiam-se aos atos finais, só a eles era dada importância; a segunda causa teve origem na herança do direito privado, cuja doutrina privatística não dava importância ao modo de formação da vontade ou, pelo menos, não com a mesma intensidade do direito público; daí que o procedimento ou não

⁷⁷ COMPARATO, 1997, v. 2, p. 49.

⁷⁸ Ibidem, v. 2, p. 49.

⁷⁹ Afirma Fábio Konder Comparato (ibidem, v. 2, p. 49): “Uma lei editada no quadro de uma determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam em si mesmas, inconstitucionais.”

⁸⁰ Ibidem, v. 2, p. 49.

⁸¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 302.

era considerado, ou, quando era, apenas representava mero instrumento a serviço do ato administrativo.

Hoje observamos uma inversão de posições. O ato administrativo foi resumido a um dos elementos formadores do procedimento. De acordo com essa nova doutrina, a complexidade da função administrativa não permite mais que as decisões administrativas se esgotem em apenas um ato. A sucessão de atos precisa, portanto, de uma ordenação, para não ser contraditória e incompatível, constituindo um todo único e harmônico, propício para atingir às finalidades estatais.⁸²

O Estado pós-moderno é uma estrutura organizacional que produz atos em massa para satisfazer grandes quantidades de interesses e necessidades inesgotáveis. Por isso é necessário reconhecer que cada ato isolado é condicionado pela atuação administrativa considerada globalmente. Merece destaque a atividade administrativa que é composta por atos de diversas naturezas.⁸³

As decisões públicas, segundo Schmidt-Assman⁸⁴, dependem da regularidade procedimental de sua formação para ter aferida sua racionalidade, o que implica em admitir que o procedimento é premissa para a racionalidade das decisões administrativas. Essa consideração importa em admitir o procedimento administrativo como o mais importante, ou até único meio hábil para o controle das escolhas políticas.

Para Patrícia Baptista⁸⁵ a processualização do Direito Administrativo é um movimento que vem tentar compensar as defasagens da administração pública, no tocante à legitimação, eficiência e de controle. Com esse novo instrumento que é o processo tenta-se suprir o *déficit* de legitimação com a participação popular; a ausência de eficiência com a racionalidade dos métodos; e a falta de efetivação do controle com a maior transparência dos atos e facilitação do acesso a informação.

Vale frisar que a idéia que defendemos sobre ausência total de separação entre a atividade administrativa e a atividade de governo torna ainda mais evidente a superação do ato administrativo como centro de atuação do Direito Administrativo. Isto, porque acreditamos numa atividade administrativa que se inicia com a elaboração das diretrizes e da formulação dos planos de ação, e desenvolve-se até a concretização dessas metas, chegando a alcançar ou não as finalidades fixadas constitucionalmente.

⁸² COMPARATO, 1997, v. 2, p. 303.

⁸³ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 137.

⁸⁴ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1980. p. 52.

⁸⁵ BAPTISTA, 2003, p. 245-246.

Comentando sobre o Direito Administrativo inglês — considerado parte do Direito Constitucional — Maria Paula Dallari Bucci⁸⁶ evidencia o relevo que é dado ao processo administrativo, entendido como aquele que lida com a operação real do governo. É por meio do processo que a Administração coloca em prática as políticas constitucionalmente definidas, e o Direito Administrativo inglês é quem regula esse processo, revelando os limites tangíveis e aplicáveis à ação administrativa.

Da mesma forma, no Direito Administrativo norte-americano, onde se apresentam como problemas do Direito Administrativo, as políticas públicas são relacionadas ao tema do processo administrativo, visto como processo contraditório apto a definir o interesse público prioritário para a atuação da Administração pública.⁸⁷ Diante dessa perspectiva, o ato continua existindo e tendo importância, porém não mais como uma unidade auto-suficiente, mas sim como componente de uma engrenagem capaz de lhe imprimir uma nova conotação jurídica. É nesse contexto que surgem expressões como *planejamento, plano, programa de ação, políticas sociais, políticas econômicas, política agrícola etc.*⁸⁸

Nesse contexto, Gilberto Bercovici⁸⁹ deduz que o Estado tem como meta o desenvolvimento nacional, que se constitui em sua principal política pública, conformando e condicionando todas as demais políticas por ele desenvolvidas. Tal reflexão nos faz compreender que nenhum Estado será capaz de promover mudanças sociais radicais sem um planejamento que imponha a coordenação, dinamização e reorientação das transformações econômicas e sociais capazes de se prolongarem no tempo, sem compromisso com os mandatos políticos.

A definição adotada por Maria Paula Dallari Bucci⁹⁰ para políticas públicas é suficiente para demonstrar o caráter procedimental dessa atividade administrativa de elevado grau discricionário:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral; processo de planejamento; processo de governo; processo orçamentário; processo legislativo; processo administrativo; processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

⁸⁶ BUCCI, 2006a, p. 68.

⁸⁷ Ibidem, p. 69.

⁸⁸ Ibidem, p. 23-25.

⁸⁹ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161. p. 144-145.

⁹⁰ BUCCI, op. cit., p. 39.

Como tipo ideal, a política pública deve visar realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

De igual modo, Gilberto Bercovici⁹¹, ao definir o planejamento:

O planejamento, embora tenha um conteúdo técnico, é um processo político, especialmente nas sociedades que buscam a transformação das estruturas econômicas e sociais. Por meio do planejamento, é possível demonstrar a conexão entre estrutura política e estrutura econômica, que são interligadas. O planejamento visa a transformação ou consolidação de determinada estrutura política. O processo de planejamento começa e termina no âmbito das relações políticas, ainda mais em um regime federativo, como o brasileiro, em que o planejamento pressupõe um processo de negociação e decisão política entre vários membros da Federação e setores sociais.

Como podemos ver, essas novas tarefas acometidas ao Estado, que em grande parte recaem sobre a Administração Pública, não podem de maneira alguma ser reguladas por um direito ainda voltado para a teoria do ato administrativo. Nesse sentido, a crítica lançada por António Francisco de Souza⁹² sobre a falta de correspondência entre as formas típicas do Estado Social e a necessidade de planificação⁹³ da atuação administrativa. Do mesmo modo, sobre a insuficiência dos instrumentos jurídicos à disposição de nosso Estado de Direito e da nossa Administração, para se adaptarem plenamente à planificação.

Ratificando essa crítica e trazendo o problema para o Estado brasileiro, Gilberto Bercovici⁹⁴ afirma que a nossa Administração Pública está longe das exigências do desenvolvimento, porque ela está organizada à moda tradicional, voltada para o modo liberal de proteção dos direitos individuais em face do Estado, e não para a implementação dos programas constitucionais. Denuncia o autor que as tentativas de planificação global no Brasil foram frustradas, sem continuidade ou coordenação entre os vários órgãos da Administração, que não estão organizados para atuar em planejamento. Surgem planos — concretização de uma política —, mas sem planejamento — que é o processo racional.⁹⁵

Concluimos que a atividade administrativa considerada amplamente, incluindo a administração criadora e a administração executora, já não pode se ater apenas aos atos

⁹¹ BERCOVICI, 2006, p. 146.

⁹² SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 130.

⁹³ Sobre a planificação administrativa, ensina António Francisco de Sousa (ibidem, p. 130): “O plano administrativo exige realização, ou seja, execução continuada no tempo. A formação do plano e sua concretização constituem um todo. Dando-se início à realização de um plano, ele atinge a sua plenitude apenas com o tempo. Plano e realização do plano tornam-se num todo que se prolonga no tempo como um intervalo musical. A planificação apenas pode ser entendida como uma função da Administração criadora, orientada à ordenação e ao desenvolvimento de setores sociais concretos.”

⁹⁴ BERCOVICI, op. cit., p. 147.

⁹⁵ Ibidem, p. 148.

administrativos, que são importantes como unidades de um todo, mas não podem mais ser valorados individualmente, estando inseridos sempre num todo mais abrangente e significante que é o processo que os contém.

Deste modo, o Direito Administrativo precisa colaborar com o bom desenvolvimento dessa Administração, que não age pontualmente e sem um plano de ação coordenado. Precisa regular essa atividade “[...] que significa não só prestar serviço, executá-lo, como outrossim dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil.”⁹⁶

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 58.

4 AÇÕES DO GOVERNO COMO OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

“Parece que não vês que as palavras são rótulos que se pegam as cousas, nunca saberás como são as cousas, nem sequer que nomes são na realidades os seus, porque os nomes que lhes destes não são mais do que isso, os nomes que lhes destes.”

José Saramago (2000, p. 46).

4.1 ATIVIDADE GOVERNAMENTAL COMO PARTE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E OBRIGATORIEDADE DE SEU CONTROLE

Já analisamos a origem da separação entre atividade de governo e atividade da Administração e desmistificamos qualquer possibilidade de ser justificada cientificamente essa dicotomia. Como foi visto, esta separação teve como objetivo preservar parte da competência do Conselho de Estado francês, em momento político desfavorável à manutenção do poder daquele órgão. Assim, cabe agora, ultrapassada a insustentável separação, demonstrar como o direito administrativo deverá atuar para controlar essa atividade político-administrativa, marcadamente criativa, que fixa metas, planeja e programa a escolha e adequação de meios para a concretização das normas constitucionais.

Lucia Valle Figueiredo¹ afirma que o ato político está inserido no conceito de ato administrativo submetido à legalidade, entendida amplamente — juridicidade — e, portanto, passível de controle pelo Judiciário. O fato de estarem esses atos submetidos diretamente à Constituição não modifica sua natureza jurídica, apenas altera sua fonte de validade que, em substituição à lei, é a própria Constituição.

Em oposição a esse entendimento Cristina M.M. Queiroz² não concebe os atos de governo como atos administrativos dimanados do uso da discricionariedade. Para ela, os atos de governo são típicos atos políticos, por estarem subordinados diretamente à Constituição.

¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 11, p. 6-20, 1995. p. 10.

² QUEIROZ, 1990, p. 177-178.

Acrescenta a autora que a questão da controlabilidade desses atos não repousa em sua conformidade com a lei, mas sim com a Constituição.

Divergimos deste entendimento com base nas idéias já desenvolvidas no Capítulo 2 desta Dissertação, quando tratamos da constitucionalização do direito administrativo, e defendemos que a filtragem constitucional tem como principal efeito adotar a Constituição como cerne da vinculação administrativa. Isto acarretará modificações profundas na vinculação da atividade administrativa, que só será segundo a lei quando esta for constitucional, podendo até se legitimar contra a lei, quando o princípio da legalidade for ponderado e ceder diante de outros princípios constitucionais.³

Por estas razões, afastamos a idéia de atribuir natureza jurídica diversa a algumas atividades administrativas, apenas pelo fato de se vincularem diretamente à Constituição. Não negamos o elevado grau de componentes políticos nessas atuações, contudo não reconhecemos nesse fato nenhuma força capaz de alterar a natureza da atividade, que continua sendo atividade administrativa, com acentuada presença de competência discricionária essencial no exercício da política.

Na atualidade, o Estado é o principal destinatário das normas constitucionais programáticas, exigindo-se dele ora ação, ora omissão. Tratando-se especificamente das ações estatais para a realização desses direitos, o ponto mais crítico do tema são as decisões acerca de dispêndio de recurso público.⁴

A implementação de ações e programas visando efetivar os comandos gerais da ordem jurídica envolve gasto de recursos públicos que são limitados — constatação fática e não jurídica; assim, será preciso priorizar onde gastar o dinheiro público, o que, embora contenha forte caráter político, deve sofrer incidência das normas constitucionais.⁵

Sobre a escassez de recursos públicos e a infinidade de carências humanas e sociais, define-se o problema central das escolhas políticas, que é estabelecer critérios racionais para justificar a promoção desigual de distribuição de ativos sociais, que não deve resultar apenas de uma relação de dominação.⁶ Desse modo, as políticas devem ter caráter redistributivo compatível com a relação entre os benefícios particulares e gerais, tomando por referência um padrão — para nós a Constituição e o devido processo. Caso essa adequação não se efetive, deverá ser acionado o controle judicial.

³ BINENBOJM, 2006, p.143.

⁴ BARCELLOS, 2005, p. 92-93.

⁵ Ibidem, p. 11.

⁶ DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 56.

Na Constituição Federal Brasileira de 1934 e 1937 constava regra no art. 68 e 97, respectivamente, que impedia o Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas, o que, para Fábio Konder Comparato⁷, nunca representou um amesquinamento do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, o que somente poderia ocorrer para aqueles que efetuavam uma hermenêutica pobre do texto constitucional. Apoiando-se em Pontes de Miranda o autor afirma que a declaração de guerra ou a licença para julgar um deputado são atos que refogem inteiramente à competência funcional do Judiciário, mas não estão a salvo do juízo de constitucionalidade para sua prática.⁸

Ressaltamos que a vedação constante das Constituições de 1934 e 1937 não foi repetida no atual texto constitucional, o que torna desnecessário um esforço hermenêutico para alimentar a idéia de que nossa Constituição não afasta nenhum ato da apreciação do Poder Judiciário.

Oportuno aludir ao Acórdão proferido na ADIn 293-7/600, que negou a reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional, mediante o qual o STF, unanimemente, sustentou a sindicabilidade judicial de todos os atos estatais que repugnem à Constituição, firmando incontestavelmente sua própria competência, sem fazer qualquer ressalva em relação a atos praticados no exercício de competências políticas.⁹

Deduz-se do que se viu até o momento que a atividade administrativa é toda aquela praticada pela Administração em sentido amplo, esteja ela executando uma lei ou a Constituição; esteja ela lançando as metas superiores do Estado ou executando atos rotineiros; esteja ela representada pelos órgãos de cúpula do Executivo ou pelos órgãos subalternos. A diferença reside apenas numa diversidade de graduação ou intensidade do vínculo estabelecido entre a atuação e a juridicidade.

Observemos que, quando se trata de atos corriqueiros da Administração Pública, cogita-se daqueles vinculados à lei infraconstitucional, cujo grau de vinculação da atuação é maior em razão do menor espaço de jogo estabelecido pelas normas hierarquicamente inferiores à Constituição. Quando se trata dos atos de superior gestão da vida pública, cogita-se daqueles vinculados diretamente à Constituição, cujo grau de vinculação da atuação é menor, devido à maior abstração da norma constitucional, toda ela de textura aberta, permitindo um espaço de jogo muito maior.

⁷ COMPARATO, 1997, p. 46.

⁸ Ibidem, v. 2, p. 46.

⁹ RT, 700:221. 1994, ADIn 293-7/600, rel. Min. Celso Mello.

Sobre esse espaço aberto estabelecido pela Constituição, assinala J.J. Gomes Canotilho¹⁰ que, para além das regras da Constituição, não existe um vazio, mas sim um “[...] espaço de jogo aberto à criatividade prática e estratégica dos jogadores”. A Constituição estabelece as regras desse jogo político, cabendo a seus participantes desenvolverem práticas diversas, variando em intensidade e forma, o que torna possível falar-se em função de direção política — *indirizzo político* —, que se caracteriza essencialmente pela possibilidade de escolha.¹¹

4. 2 ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A par dessas conclusões, que apontam para total ausência de diferença axiológica entre atividade administrativa vinculada à lei ou vinculada à Constituição, admitimos que existe uma diferença de grau de vinculação entre a atividade e a norma, o que está relacionado com a natureza dessa atividade — infralegal ou infraconstitucional. Posta a questão nesses termos, cabe iniciarmos uma análise sobre a discricionariedade administrativa, tema que traduz esses graus de vinculação da atividade administrativa à juridicidade, entendida como termo que abrange leis, princípios e Constituição.

4.2.1 Termo *discricionariedade* e a linguagem como reveladora de sentido

A palavra *discricionariedade*, no senso comum, é tomada no sentido de arbitrário ou caprichoso, o que se exerce sem restrições, sem condições.¹² Essa definição não se encontra completamente distante do sentido que alguns doutrinadores pregam como sentido técnico-jurídico da *discricionariedade*, quando praticada pela Administração Pública. Algumas correntes defendem uma liberdade mitigada, remanescente ou liberdade vínculo, não deixando de destacar sempre a idéia de liberdade como pressuposto de existência da

¹⁰ CANOTILHO, 1995, p. 222.

¹¹ Ibidem, p. 49-50.

¹² HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio*. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986. p. 483.

discricionariiedade.¹³ Outras correntes mais ortodoxas a consideram uma prerrogativa, acreditando numa liberdade muito mais ampla na atuação administrativa.¹⁴

O vocábulo *discricionariiedade* tem sua raiz no verbo latino *discernere*, que significa separar, distinguir ou avaliar.¹⁵ Estes verbos, para nós, não demonstram conexão imediata com o sentido de liberdade de ação, opção de escolha, exteriorização de vontade pessoal. Ao contrário, na nossa avaliação equivale a análise criteriosa, a prognóstico técnico, fruto de um exame da situação concreta, a fim de ser tomada a decisão mais adequada ao caso concreto, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse coletivo.

Oportuno apoiarmo-nos em Gadamer¹⁶ e em sua compreensão sobre linguagem, para demonstrarmos o quanto é relevante para o direito, enquanto objeto cultural, revelar o sentido das palavras, que corresponderá ao contexto histórico em que se vive, o que corrobora a lição gadameriana de que a linguagem é especulativa e está sempre em movimento.

Para Gadamer¹⁷ a linguagem é o *medium* onde se desenvolve a interpretação, por isso, para que se extraia o sentido de um texto tem-se que conhecer a linguagem por meio da qual ele nos fala. Esta linguagem não pertence ao homem, mas sim à situação; o homem não cria as palavras nem lhes empresta significado; ele apenas as aprende.

A função da linguagem não é apenas indicar coisas nem exteriorizar subjetividades, mas sim revelar o mundo, que é transpessoal, entendido como a compreensão partilhada pelas pessoas. Essa é a chamada *lingüisticidade da experiência humana do mundo*, que é a possibilidade de se ter um mundo, já que todo objeto de conhecimento é englobado no horizonte da linguagem, e essa não pode ser considerada como uma experiência particular, mas sim no mundo no qual ela se revela.¹⁸

Partindo dessas premissas de que a linguagem não apenas indica coisas, nem existe em função de nossa subjetividade, entende-se que o termo *discricionariiedade* não pode ser manejado da forma que se quer e ao sabor de nossas conveniências, mas sim em correspondência com essa compreensão partilhada, que nada mais é do que o mundo em que vivemos, e é para esse mundo que o termo *discricionariiedade administrativa* revelará seu sentido.

¹³ CRETILLA JÚNIOR, José. *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; DI PIETRO, 2001; MEDAUAR, 2006; MELLO, 2005.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José Santos. A Discricionariiedade: análise do seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariiedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 83-125.

¹⁵ KRELL, 2004, p. 20.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7. ed. São Paulo: Vozes, 2005. p. 503.

¹⁷ *Ibidem*, p. 503-517.

¹⁸ *Ibidem*, p. 503-517.

Não nos parece que a realidade social e política encaminhe-se para conceder liberdades a serem usufruídas pela Administração Pública. Afigura-se muito mais adequado ao contexto vivido o endurecimento das instâncias de controle, inclusive por conta da tendência demonstrada com o advento de leis como a de Ação Civil Pública, de Ação Popular, de Responsabilidade Fiscal e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Tais reflexões não apresentam nenhuma solução brilhante e definitiva sobre o sentido da discricionariedade administrativa, contudo consola a possibilidade de mudança, já que os juízos não são fixos nem dogmaticamente certos, modificando-se ao sabor das transformações sofridas por essa compreensão partilhada.

4.2.2 Mito da liberdade na atuação administrativa

A liberdade tem vários sentidos e conotações, a depender do contexto em que se insere. Em nosso caso, tratamos da liberdade na atuação administrativa, o que lhe imprime um significado de decisão por critério pessoal. Como ensina António Francisco de Sousa¹⁹, verificando-se intervenção de terceiro deixa de haver liberdade, pois é justamente na possibilidade de agir sem censura que está a liberdade do administrador.

Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁰ ensina que o fundamento do princípio da legalidade está justamente na ausência de liberdade da Administração Pública e ainda mais da pessoa que administra a coisa pública. Prossegue a jurista, esclarecendo que o Estado é criação do ser humano, é uma pessoa jurídica com capacidade política e, por isso, não pôde ser dotado de uma alma, uma vida anímica, pois este é “[...] o elemento que escapa ao toque criador e limitado do homem”.²¹ A liberdade está fora daquilo que o ser humano pode criar, “[...] ela é uma manifestação que supera o próprio homem, é a sua alma, a sua vida emocional e psíquica que se traduz na experiência de sua liberdade”.²²

A pessoa jurídica resume-se àquilo que seu criador fez e essa criação opera-se pelo direito; por isto a pessoa política tem suas competências limitadas ao que o direito sobre ela

¹⁹ SOUSA, 1994, p. 28.

²⁰ ROCHA, 2004, p. 81-82.

²¹ Ibidem, p.81.

²² Ibidem, p. 81-82.

dispõe, não existindo outro espaço fora do direito; “[...] este é seu berço e seu túmulo, o seu começo e o seu fim”.²³

Diante disso propomos uma inversão na forma de conceber a discricionariedade. Em substituição à liberdade como pressuposto obrigatório, utiliza-se o dever de eficiência como imposição de buscar a solução mais adequada e satisfatória ao interesse coletivo, a qual não pôde ser prevista pelo legislador ou pelo constituinte. Partir da idéia de liberdade remanescente, além de queimar etapas obrigatórias, únicas suscetíveis de demonstrar o acerto da solução, constitui antecipação de uma solução cômoda para aqueles que têm o dever de decidir pelo melhor.

4.2.3 Relação da discricionariedade com a liberdade de atuação administrativa

A discricionariedade é imprescindível para a atividade administrativa. Não se concebe uma administração completamente atada a ditames legais precisos e determinados. É próprio da gestão o aparecimento de situações imprevistas, surpreendentes, diante das quais o administrador terá que encontrar a melhor solução, tarefa impossível na maioria das vezes, pelo fato de duas ou mais decisões demonstrarem-se igualmente válidas e viáveis. É nesse momento que pode surgir a liberdade para o administrador — entendida como ausência de intervenção de um terceiro — na eleição da melhor alternativa, posto que o Judiciário não poderá aferir sua juridicidade, por absoluta falta de instrumento hábil.²⁴

A discricionariedade tem como núcleo, conforme dispõe Germana de Moraes²⁵, o mérito, lídima expressão da autonomia administrativa, na qual reside a liberdade do Administrador que exerce um juízo de valor entre oportunidade e conveniência; é aquilo que resta depois de esgotados todos os juízos de legalidade possível.

²³ ROCHA, 2004, p. 82.

²⁴ “Nesta toada, apesar de sua aparente incongruência intrínseca com o arcabouço teórico do Estado de direito, generalizou-se uma certa visão de que o poder discricionário detido pela Administração Pública seria: (i) necessário para adequar a disciplina de certas matérias aos casos concretos que surgem; (ii) justificável, ante a impossibilidade de o legislador elaborar normas abarcando todos os últimos e complexos aspectos da vida social e econômica em que o Estado é chamado a intervir; e (iii) inevitável, diante da própria dinâmica tecnológica do mundo moderno, que exige uma atuação rápida e especializada dos gestores públicos.” BINENBOJM, 2006, p. 197.

²⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49.

Adotamos neste trabalho uma visão de discricionariedade que não tem como ponto de partida a liberdade para a atuação subjetiva. Consideramos a discricionariedade como uma técnica normativa que, na impossibilidade de se antecipar a melhor solução hipotética para o caso concreto futuro — tratando-se de lei — ou para as conjunturas que possam se apresentar — tratando-se da Constituição —, se abstenha de descrever a conduta a ser adotada naquele momento, com o intuito de delegar tal função ao administrador que, de acordo com as circunstâncias concretas, determine motivadamente, mediante critérios objetivos e racionais, a solução mais adequada àquele caso.

Deduz-se desta definição que se concebe a discricionariedade como competência que não está associada à idéia de liberdade. Isto porque a principal tarefa incumbida ao administrador é encontrar a única solução adequada para o caso, a melhor, aquela que se mostre mais apta a atender ao interesse da coletividade. Desta forma, se tal desiderato tiver êxito, se o agente público conseguir garimpar apenas uma solução adequada não teremos qualquer dúvida de que o caminho percorrido pelo Administrador pode ser totalmente revisado pelo Judiciário, sem qualquer indício de invasão de competência.

Por outro lado, se o agente público investido da competência discricionária, mesmo dependendo todos os esforços para esgotar o juízo de legalidade, não for capaz de garimpar a melhor solução, restando duas soluções ou um leque delas igualmente válidas e adequadas, poderá ele escolher qualquer uma, e é nesta escolha que reside a liberdade inevitável, impossível de ser revista pelo Judiciário.

Vale frisar que ao Judiciário não caberá censurar a escolha feita pelo administrador e substituí-la por outra que melhor lhe convenha, entretanto deverá sindicá-la para verificar se essa escolha se manteve exatamente nos limites da juridicidade, o que requer um juízo cognitivo pleno, não cabendo mais ao magistrado apenas invocar laconicamente que se trata de mérito administrativo, como se essa expressão fosse algo tão preciso e determinado que prescindiria de fundamentação.

Dessas conclusões sobre mérito e discricionariedade administrativa deduzimos nossa divergência com a doutrina pátria, no que tange à ótica sob a qual é vista e estudada a discricionariedade, sob a premissa da liberdade. Não é característica imanente da competência discricionária a atuação livre do agente público, mas sim o dever de avaliar a situação concreta e chegar até a única solução adequada, para, só então, constatando-se impossível essa verificação, por absoluta falta de critérios objetivos, admitir-se a liberdade.

A legitimação na discricionariedade da incômoda e inevitável presença de exígua liberdade na atuação administrativa é a insuficiência de critérios racionais e objetivos que

respaldem a escolha da Administração. Nesses casos, compete obrigatoriamente ao titular da função administrativa, quando decidir por esse ou aquele caminho, demonstrar alguns aspectos imprescindíveis para a aferição da juridicidade de sua atuação, quais sejam:

- I - o esgotamento de todos os critérios objetivos e racionais possíveis para encontrar essa única decisão (atividade cognitiva);
- II - a demonstração de todas as decisões remanescentes e que se apresentaram igualmente aptas para solucionar o caso.

Tal ênfase no procedimento remete-nos ao sistema dos vícios do poder discricionário descrito por Robert Alexy²⁶, quando afirma que o resultado pode ser sem vícios, mas o processo pode ser vicioso quanto ao conteúdo ou estruturalmente. Um processo sem vícios implica um resultado sem vícios; um resultado sem vícios, porém, não implica um processo sem vícios. Dessa forma resta claro que o controle de um processo positivamente transcorrido torna supérfluo o controle do resultado; já no caso do controle de um resultado positivamente obtido, ainda é necessário o controle do processo.

Deduz-se daí que somente investigando esse *iter* obrigatoriamente percorrido pelo agente público, poderá ser aferida pelo Judiciário a legitimidade da solução adotada subjetivamente, seja essa solução respaldada numa lei ou diretamente na Constituição, o que demonstra o caráter procedimental das decisões administrativas discricionárias.

4.2.4 Vontade administrativa como mobilização funcional da Administração Pública

Oportuno lembrar que um dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública é o princípio da impessoalidade. Embora não seja absoluto, pode ceder, como qualquer outro princípio, diante de juízo de ponderação. Este princípio, contudo, não deve ser esquecido e menosprezado quando se discute a esfera de liberdade e exteriorização de escolha subjetiva do administrador.

²⁶ ALEXY, Robert. Vícios no poder do exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 779, p. 11-46, set. 2000. p. 39.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, o princípio da impessoalidade tem dois sentidos: o primeiro diz respeito aos administrados e a sua relação com a Administração, que não pode dispensar tratamento privilegiado nem prejudicial a pessoas determinadas; o segundo refere-se à objetividade no atendimento do interesse público, o que significa dizer que os atos praticados não devem ser imputados ao agente público que o pratica, mas sim ao órgão ou entidade administrativa que o agente representa. Neste caso, ele é apenas “[...] o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”.²⁸

É nessa segunda acepção do princípio da impessoalidade que pode ocorrer uma incoerência entre a idéia de liberdade na atuação administrativa e a necessidade de impessoalidade no trato com a coisa pública. Entretanto tal incoerência somente ocorrerá quando houver uma má utilização do mérito, posto que, caso a atuação administrativa discricionária percorra todo o caminho necessário para encontrar a única solução correta, e só ao final atue motivado por critério subjetivo, tal conduta estará legitimada pela ponderação de valor entre a impessoalidade e o dever de eficiência administrativa, prevalecendo esta.

Oportuno é o comentário de Marçal Justen Filho²⁹ sobre a *funcionalização e objetivação da vontade do indivíduo* que atua como órgão público. Para o autor, a vontade do agente público somente será tutelada pelo direito quando se vincular objetivamente ao atendimento das necessidades coletivas. Observemos que é a associação da vontade humana com a realização dos fins estatais que caracteriza a atividade administrativa. A expressão *vontade administrativa* indica a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo as imposições de uma democracia republicana.

No mesmo sentido, Carmen Lúcia Antunes Rocha³⁰ coloca a impessoalidade como um dos fundamentos da República. Para ela, não devem ser as condições pessoais relevadas para as decisões administrativas, num Estado republicano; aqueles que ocupam cargos públicos devem manter-se neutros e objetivos em suas condutas.

A autora erige a parcialidade e a subjetividade do comportamento estatal como o elemento mais forte na agressão ao regime jurídico-constitucional administrativo, pois um ato administrativo praticado por motivo de interesse pessoal não fere somente o princípio da impessoalidade, mas também a juridicidade administrativa.

Pode-se verificar que a discricionariedade praticada hoje é uma discricionariedade clandestina, lesiva à República e a tudo o que ela representa. Os agentes públicos e os

²⁷ DI PIETRO, 2003, p. 71.

²⁸ Ibidem, p. 71.

²⁹ JUSTEN FILHO, 2005a, p. 184.

³⁰ ROCHA, 2004, p. 154-155.

agentes políticos se valem da obscuridade em que se vêem absorvidos termos como interesse público, oportunidade, conveniência e principalmente mérito administrativo, para surrupiarem direitos e liberdades individuais e coletivas em nome de uma liberdade inexistente, pois, como muito bem preleciona Celso Luiz Braga de Castro³¹ “[...] liberdade para tirar liberdade é arbítrio”.

O administrador público não gere o armazém de sua família, onde poderia atuar com pessoalidade e liberdade, extravasando todo o seu suposto talento para os negócios; o administrador público gere coisa do povo e para o povo, devendo, mesmo nos atos discricionários, conter-se dentro do arcabouço principiológico e do tecnicismo exigido para a função administrativa que exerce.

O que se espera de um bom administrador público? Que ele pratique a melhor administração, a mais eficiente dentre as que menos restrinjam os direitos individuais e mais promovam os direitos transindividuais. É isto que resulta na tão propalada satisfação do interesse público. Embora este seja um termo corriqueiro em qualquer manual de direito administrativo, poucos são aqueles que conseguem livrar-se do dogmatismo e alcançar o verdadeiro sentido da expressão.³²

Seguindo essa linha de funcionalização da discricionariedade administrativa, arremata António Francisco de Sousa³³ que o poder discricionário nunca poderá ser entendido como uma carta em branco, mas como uma ordem para a realização da justiça no caso concreto. Não há discricionariedade livre, mas sempre e apenas discricionariedade funcional, uma discricionariedade que tem de ser exercida nos limites do Direito e de acordo com os deveres e limitações próprios da função.

Comungamos com este entendimento, pois entendemos que a expressão *vontade administrativa*, não se refere à exteriorização de valores subjetivos de quem exerce a atividade administrativa, mas sim a uma vontade institucionalizada, despersonalizada, que só pode ser legítima se estiver adequada aos deveres funcionais do órgão administrativo que a executa.

³¹ CASTRO, Celso Braga de. *Desvio de conduta na Administração Pública*. 1995. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995. p. 15-16.

³² Marçal Justen Filho (2005a, p. 44) traz lição sobre os riscos de um conteúdo obscuro para o interesse público e conclui, afirmando: “[...] fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais.”

³³ SOUSA, António Francisco. *A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987. p. 23.

4.2.5 Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade técnica: equívocos em torno da discricionariedade administrativa

Consideramos imprescindível analisar os argumentos que nos influenciaram para afastar os conceitos jurídicos indeterminados e a chamada discricionariedade técnica daquilo que é considerado espaço exíguo de liberdade administrativa — possibilidade de agir sem intervenção de terceiro.

A doutrina tradicional ainda vacila na diferenciação entre interpretação e juízos cognitivos e liberdade de atuação diante de situações reais. Não há uniformidade de entendimento e o que resta da discussão ratifica o posicionamento defendido, de que ao Estado, como pessoa jurídica criada pelo homem, não pode ser deferido exercício de liberdade análoga à liberdade humana, mas apenas no exíguo espaço da absoluta impossibilidade de intervenção de terceiro, o que ocorre nos casos em que faltam instrumentos aferidores da melhor opção.

4.2.5.1 Conceitos jurídicos indeterminados

Não consideramos o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados³⁴ como exercício de competência discricionária. Acreditamos que esses conceitos ambíguos, imprecisos, vagos, devem ser interpretados e definidos por quem deverá aplicar o direito ao caso concreto, o que em nada se relaciona com exercício de poder político, expresso em termos de discricionariedade.

Imaginemos o perigo da doutrina tradicional para um Estado de direito. Ao mesmo tempo em que ela inclui no campo da discricionariedade os conceitos jurídicos indeterminados, adota como fundamento para toda a atuação da Administração Pública o interesse público, que é um desses conceitos jurídicos indeterminados. Procedendo assim, a doutrina assume a criação de um novo Leviatã impossível de ser detido, haja vista que não

³⁴ A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu no século XIX na Áustria, e tinha como principais protagonistas Bernartzik e Tezner, autores que defendiam correntes doutrinárias contrastantes. O primeiro era precursor da teoria da multivalência, que atribuía discricionariedade a autoridade administrativa no preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados. O segundo era precursor da teoria da univocidade, a qual considerava o preenchimento do conteúdo dos conceitos indeterminados uma tarefa interpretativa inteiramente vinculada, sem espaço para liberdade. SOUSA, 1994; DI PIETRO, 2001; KRELL, 2004; BINENBOJM, 2006.

existem parâmetros para se aferir a legitimidade de atuação administrativa nessa infinidade de atribuição de liberdades, mesmo que mitigadas.

Uma teoria que admite uma administração com alguma liberdade para agir, condicionando essa liberdade ao cumprimento de finalidade mediata — satisfação do interesse público —, admitindo que o próprio aplicador da lei escolha, também com certa dose de liberdade, qual conteúdo deverá preencher o sentido dessa noção de interesse público, não possibilita nenhuma base sólida que possa servir de parâmetro balizador da juridicidade.

Comentando sobre esse equívoco, Eros Grau³⁵ afirma categoricamente que a superação dos conceitos jurídicos indeterminados opera-se no campo da interpretação, o que importa num juízo de legalidade e não num juízo de oportunidade próprio da discricionariedade. Para o autor, só haverá discricionariedade quando o mandamento da lei conferir essa liberdade de atuação ao administrador, posto que, na existência de conceitos fluidos, todos os intérpretes — incluindo o administrador — estarão sempre vinculados pelos textos de direito, principalmente por aqueles que veiculam princípios.

A diferença suscitada por Eros Grau³⁶ entre a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e a atribuição de competência discricionária pelo legislador reside especialmente na formulação de juízo de oportunidade e de juízo de legalidade. Formulando juízos de oportunidade, o administrador exerce política administrativa; já ao exercer juízo de legalidade, o administrador deve obrigatoriamente se ater ao direito.

Oportuno frisar, no entanto, nosso entendimento de que a interpretação nunca é unívoca, concedendo ao intérprete a faculdade de escolher uma entre as várias interpretações possíveis em cada caso concreto. Essa diversidade de interpretações, entretanto, não pode ser confundida com a competência discricionária, que concede ao aplicador da lei a possibilidade de escolha, após percorrer determinado procedimento administrativo, dentre as decisões remanescentes e igualmente adequadas.

A escolha da melhor interpretação não supõe liberdade, podendo o Judiciário rever integralmente o juízo de legalidade formulado pelo administrador. Já a escolha da melhor decisão dentre as remanescentes, admite revisão de todo o procedimento que gerou a escolha, mas, diante das decisões igualmente válidas e adequadas, não poderá haver intervenção

³⁵ Ressalte-se que Eros Grau (2003, p. 198) não admite a denominação conceitos jurídicos indeterminados, pois a expressão *conceito* pressupõe determinação: “O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja conceito é que seja determinado.” O autor prossegue, afirmando: “O que sobretudo nossa doutrina insiste em chamar de ‘conceito jurídico indeterminado’, em uma constante repetição de um Bolero de Ravel insofista e sem nenhuma atualização bibliográfica, é noção, vale dizer, idéia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas; logo, passível de interpretação.” *Ibidem*, p. 199.

³⁶ *Ibidem*, p. 210.

judicial. Isso quer dizer que, em relação ao preenchimento do conteúdo dos conceitos jurídicos, que exige juízo de legalidade, cabe ao Judiciário a última palavra. Por outro lado, na formulação de juízo de oportunidade, por não estarmos mais na seara estritamente jurídica, mas sim num campo misto, jurídico-político, ao Judiciário será permitido apenas sindicarem os limites desse juízo político, que não poderá ferir o direito.

Criticando as teorias que admitem margem de livre apreciação diante de conceitos jurídicos imprecisos, António Francisco de Souza³⁷ demonstra que essas indefinições se relacionam com as realidades existentes no momento da aplicação do direito, e que só permitem ao Administrador declarar sua ocorrência ou não. Exemplificando, o autor utiliza o termo *calamidade* e afirma que, não importa a gravidade dessa calamidade, se é profunda ou amena, a natureza da atividade estatal continuará vinculada, cabendo à Administração apenas constatar um fato que já existe e depende apenas de uma declaração que o ateste.

Deduz-se daí que o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados não licencia o Administrador para criar seja lá o que for, mas apenas lhe compete o dever de constatar um fato existente, de forma vinculada e subordinada ao controle judicial. O que foi sintetizado no pensamento de Celso Castro, ao escrever que a indeterminação tem seu lócus na hipótese, desafiando o intérprete a revelar seu sentido. Já a discricionariedade tem seu lócus na execução, desafiando o Administrador a praticar a única solução adequada ao caso concreto.³⁸

Acrescente-se que o fato de ter o Administrador atestado a calamidade pública em diferentes ocasiões e circunstâncias, não é argumento suficiente para supor que existiu liberdade de escolha, mas sim que, diante de cada momento que exigiu a aplicação do direito, só existia uma qualificação possível, ou o estado de calamidade existia ou não.³⁹

No mesmo sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁴⁰ caracterizam a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados como um processo intelectual de compreensão de uma realidade, em que não há interferência alguma da vontade do aplicador. Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública e até interesse público não autorizam em sua aplicação qualquer ato desvinculado, ou seja, praticado com liberdade.

Para ilustrar essa desvinculação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, Celso Luiz Braga de Castro⁴¹ cita a hipótese traçada na Constituição Federal

³⁷ SOUSA, 1994, p. 97.

³⁸ CASTRO, 1995, p. 37.

³⁹ Ibidem, p. 99.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 394-395.

⁴¹ CASTRO, op. cit., p. 37.

de 1988 que admite a livre nomeação para provimento de cargos em comissão, excepcionando o princípio da obrigatoriedade do concurso como forma de ingresso no serviço público. Afirma o autor que, nessa hipótese, o constituinte trabalhou com a competência discricionária — a escolha do nomeado — e com um conceito jurídico indeterminado — cargo em comissão — que não pressupõe liberdade em sua aplicação.

Para o autor será inconstitucional o ato que torne em comissão aqueles cargos que essencialmente não são. A intenção do constituinte foi dar tratamento diferenciado àqueles que desempenharão atividades distintas das atribuições rotineiras; são atividades que estão ligadas à superior gestão da vida pública, àquelas praticadas com exercício de política administrativa. Assim, caso seja procedida livre nomeação para um cargo que não apresente essas características, ela será uma decisão inconstitucional, passível de revisão também pelo Judiciário.⁴²

Comentando sobre o pregão, nova modalidade licitatória da Administração Pública, Marçal Justen Filho⁴³ também tece considerações similares àquelas já enunciadas. Aduz que se o legislador quisesse que o pregão fosse utilizado para contratações de qualquer natureza não teria utilizado a fórmula *bens e serviços comuns*, mas teria determinado a utilização do pregão toda vez que a Administração julgasse conveniente.

Verifica-se que a diferença é sutil, mas existe, e as conseqüências advindas da ausência de percepção dessa diferença são profundas para o exercício da atividade estatal, que adquire mais uma liberdade a ser exercida por ele — Estado —, ente político que, naturalmente, não deveria gozar de uma característica própria do ser humano, como é o caso da liberdade.

4.2.5.2 Discricionariedade técnica

Essa suposta discricionariedade ocorreria quando as decisões administrativas estivessem impregnadas de um grau tal de especialização técnica que somente a própria Administração poderia valorá-las. Para os teóricos que admitem essa espécie de

⁴² CASTRO, 1995, p. 38.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários a Legislação do Pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

discricionarietà, dos quais discordamos, a revisão judicial só se faz possível no caso de erro manifesto.

Negando a existência dessa teoria, Eros Grau⁴⁴ aponta como principal argumento justamente o elemento que a teoria elege como seu fundamento central: a complexidade técnica das decisões. Demonstra o autor que se a decisão é técnica, ela comporta *standards* precisos a serem rigorosamente obedecidos por quem toma a decisão.

Acrescentamos que a dificuldade na apuração dos fatos não pode gerar a irrevisibilidade judicial da decisão, pois esta é uma questão diversa e sem qualquer conexão com liberdade de atuação administrativa. Ao judiciário é imperativo o esgotamento de todas as possibilidades lícitas de formar seu convencimento, mesmo em questões de elevado grau técnico, quando se servirá de profissionais habilitados para subsidiá-lo.

Defendendo esse ponto de vista, Marçal Justen Filho⁴⁵ afasta qualquer autorização legal para escolha de natureza política, quando o Administrador se envolve com questões de elevado grau técnico. Em sua opinião, embora a norma legal não aponte a melhor solução, estabelece parâmetros normativos gerais que deverão servir de limites para os juízos técnico-científicos. Será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução adequada.

Emerson Garcia⁴⁶ associa a discricionarietà técnica a uma verificação de mesma natureza, ou seja, de natureza técnica, cognoscitiva e executória, por vezes até mesmo complexa, a depender do caso, o que não induz a ocorrência de uma operação valorativa, elemento essencial do critério de oportunidade, insindicável por natureza.

Segundo António Francisco de Souza⁴⁷, a liberdade de atuação só pode emanar da vontade inequívoca do legislador, jamais da imprecisão de seus termos ou da dificuldade de controle jurisdicional. É nesse ponto — dificuldade de controle jurisdicional — que o autor acusa o Judiciário de certa comodidade na apreciação dessa suposta discricionarietà técnica, em lugar da necessária e obrigatória atitude irrequieta de busca pela solução última imposta pelo direito.

O que o autor traz à discussão é o dever jurisdicional de buscar todos os meios disponíveis para a apuração da verdade, o que será capaz de invalidar uma decisão administrativa de elevado grau técnico, tanto pela constatação de um erro manifesto, como de

⁴⁴ GRAU, 2003.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2005, p. 166-167.

⁴⁶ GARCIA, Emerson.. O Direito Comunitário e o controle do poder pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionarietà Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 205-287. p. 270.

⁴⁷ SOUSA, 1994, p. 108-109.

um erro não manifesto, todos os dois contando com a mesma aptidão para viciar um ato administrativo.

Diante do exposto sobre a discricionariedade técnica, entendemos que não há relação plausível entre ela e margem de liberdade. Ela se relaciona com complexidade técnica, dificuldade de verificação, necessidade de apoio de profissionais especializados, mas nunca com características essenciais das opções de política administrativa.

Um grave equívoco cometido pelos Tribunais em sede de controle de juridicidade de ato administrativo estritamente técnico ocorre no julgamento das ações que impugnam questões de concurso. Vejamos:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DE REMOÇÃO PARA OS SERVIÇOS NOTARIAL E DE REGISTRO. APRECIÇÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA BANCA EXAMINADORA PARA A FORMULAÇÃO DE QUESTÕES, CORREÇÃO DA PROVA E ATRIBUIÇÃO DE NOTAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conquanto a Administração tenha certa discricionariedade na elaboração de normas destinadas à realização de concursos públicos, devem elas, como qualquer outro ato administrativo, estar de acordo com a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional que rege a atividade pública. Daí é que se torna possível a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito aos concursos públicos todas as vezes em que for observada eventual violação dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da vinculação ao edital.

2. Hipótese em que a recorrente, visando à declaração de nulidade de diversas questões formuladas na prova objetiva aplicada no Concurso Público de Remoção para os Serviços Notarial e de Registro do Estado do Rio Grande do Sul, limitou-se a sustentar supostas impropriedades quanto à formulação das questões e à avaliação das respostas.

3. "Não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração, na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público, quando fixados de forma objetiva e imparcial" (RMS 18.877/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 23.10.2006).

4. Recurso em mandado de segurança desprovido.⁴⁸

Verificamos nos argumentos expendidos pelo STJ que, justamente pelo fato de ser a prova objetiva e imparcial, o Judiciário deve, sim, revisar o acerto na formulação e atribuição de notas, valendo-se de técnicos da área de conhecimento, que possam atestar a perfeição das questões impugnadas. Entendemos que a complexidade da área de conhecimento não pode gerar uma verdadeira presunção de ausência de vícios.

⁴⁸ RMS 18560/RS; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0091884-1, RMS 18560, Min. Relatora: DENISE ARRUDA. T1 - primeira turma. Julgamento: 10/04/2007 DJ 30.04.2007. p. 282. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20070410&livre=CONCURSO+P%20DABLICO+DE+REMO%20C7%20C3O+PARA+OS+SERVI%20C7OS+NOTARIAL+E+DE+REGISTRO+&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>> Acesso em: 14 ago. 2007.

4.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA ORIUNDA DAS ATIVIDADES REGULADAS DIRETAMENTE PELA CONSTITUIÇÃO

Até agora tratamos da discricionariiedade administrativa de forma ampla, abrangendo as atividades e os atos infralegais, matéria corrente na doutrina de direito administrativo, o que não ocorre com a discricionariiedade administrativa originada na Constituição. Este tema não é tratado pelos administrativistas brasileiros em seus manuais, posto que é negada por eles a pertinência das atividades de governo — que seriam atividades inteiramente políticas — à esfera de atuação do direito administrativo. O simples fato de a atuação estatal decorrer diretamente da Constituição já seria o bastante para desnaturá-la como atividade administrativa e imputar-lhe uma nova natureza, que não seria própria do direito administrativo, mas pertenceria ao direito constitucional.

Por tudo o que foi analisado até aqui, consideramos a atuação estatal denominada impropriamente de atividade de governo como atividade administrativa; portanto, para nós, a discricionariiedade administrativa é um tema único, decorra ela da lei ou da Constituição. O que admitimos é uma diferença de grau, porquanto a Constituição tem maior abstração normativa, inerente a seu papel no arcabouço normativo, não descendo às minúcias da regulação de uma situação concreta; já a lei é uma norma de maior concreção, haja vista desempenhar uma função reguladora mais próxima do fato e dos agentes. Tal gradação impõe uma *escala decrescente de densidade normativa vinculativa*, iniciando com a vinculação às regras, até chegar na vinculação aos princípios.⁴⁹

É próprio das atuações estatais que imprimem a direção superior da vida política⁵⁰ esse baixo grau de densidade normativo vinculativo de suas atividades, pois a discricionariiedade é elemento essencial do político; quem direciona a atividade administrativa, priorizando determinados setores em detrimento de outros, o faz exercendo um juízo de prognose, que é a antecipação do futuro diante da probabilidade lógica.⁵¹

⁴⁹ BINENBOJM, 2006, p. 206.

⁵⁰ Ibidem, p. 480-481.

⁵¹ SOUSA, 1994, p. 115.

4.3.1 Juízo de prognose da atividade administrativa de superior gestão e sua baixa densidade normativa

A prognose é um juízo de probabilidade, por isso mesmo não se pode falar de certeza e exatidão, quando somente o futuro poderá comprovar o que é realmente provável. Como ela representa uma previsão do que poderá vir a ocorrer, a prognose é elemento essencial em algumas áreas, como na planificação administrativa e em qualquer outra em que os efeitos das decisões administrativas a serem tomadas protraírem-se no futuro.⁵²

Diante do exposto, deduzimos que todas as decisões administrativas que envolvam baixa densidade normativa vinculativa, a exemplo das políticas públicas, programas de governo, planejamentos ou quaisquer outras atividades que concretizem normas constitucionais programáticas, exigem juízo prognóstico por parte da Administração Pública, apresentando algumas singularidades comparadas com a discricionariedade administrativa infralegal ou de mera execução.

A principal peculiaridade da prognose está em seu juízo de validade. Por sua natureza especulativa, ela pode não ser comprovada no futuro, ou seja, ela pode não ter sua potencial probabilidade comprovada, o que não indica sua ilegalidade ou ilegitimidade. Assim, a revisão de um juízo de prognose não tem relação com sua exatidão ou certeza, predicados que não lhe são próprios. Sua sindicabilidade leva em conta a legitimidade em ser considerada como realmente provável, o que significa ter percorrido um caminho que possa garantir uma previsão razoável e possível do acontecimento futuro.⁵³

A título de ilustração, imaginemos um plano econômico que tenha apostado na alta dos juros para desestimular o consumo excessivo e incentivar a poupança. Pode ser que ao final não se obtenha o resultado esperado, mas isso não representará por si só a ilegitimidade da decisão, pois a validade desse juízo de prognose será aferida diante da análise que se fez dos dados disponíveis no momento da decisão, dos métodos utilizados na análise desses dados e da racionalidade, plausibilidade e consensualidade da previsão.

Observemos, neste caso, que a revisão da discricionariedade contida na prognose administrativa guarda uma sutileza muito peculiar em relação à discricionariedade administrativa comum, que é a falta de relação com a finalidade. No caso da prognose, a legitimidade da atuação será aferida diante de critérios relacionados com o procedimento

⁵² SOUSA, 1994, p. 116.

⁵³ *Ibidem*, 117.

obedecido, já que o resultado poderá nem ser alcançado, e isso não será levado em conta para sua censura.

Diante dessa especial condição da prognose António Francisco de Sousa⁵⁴ ensina que a problemática do controlo tem sua origem no facto de a prognose acusar um *déficit em matéria de racionalidade*. Isto porque, o controle jurisdicional nada mais é do que um exame baseado em padrões racionais de decisão. Assim sendo, “[...] tudo aquilo que na prognose não é racional (défice de racionalidade) escapa ou deveria escapar ao controle jurisdicional.”

Resta evidente diante disso que não se pretende exigir para a validade da prognose a certeza e o acerto absoluto. Deverá ser exigida da Administração a obediência a um *iter* que garanta a todos a identificação da base de prognose utilizada — fatos, dados, variantes ocasionais, graus de probabilidade; também o método utilizado para a formulação do juízo de prognose — na análise científica racional, que aponte para a plausibilidade do resultado. Por fim, exige-se a projeção desse resultado ideal — o específico juízo futuro.⁵⁵

Assim, concluímos⁵⁶ que resta ao tribunal controlar os seguintes aspectos da marcha da prognose administrativa subordinada diretamente à Consituição: (i) se a autoridade considerou todos aspectos que influenciavam na decisão; (ii) a plausibilidade, a racionalidade e a consensualidade da prognose; (iii) a observância dos valores constitucionais.

Verificamos do exposto que, mais uma vez, estamos tratando de procedimentalização como forma de garantir o acesso à informação — única maneira de se efetivar um amplo controle da Administração, como forma de assegurar a consensualidade — obtida com a maior participação da população nas decisões administrativas. Por fim, permitir maior racionalização das ações da Administração Pública, o que se reflete na eficiência.⁵⁷

Como podemos observar, a prognose e a discricionariedade nela contida não afastam o controle judicial que poderá ser exercido sobre elas, mesmo em se tratando de um juízo de probabilidade, cujo grau de erros e acertos se equivalem; a apreciação só não poderá incidir sobre os elementos que fogem à previsibilidade do agente.

Oportuno neste ponto citar a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Amapá no processo 138/95, que deferiu a realização de plebiscito para a criação do Município de

⁵⁴ SOUZA, 1994, p. 121.

⁵⁵ Ibidem, p. 117.

⁵⁶ Os aspectos listados foram baseados diretamente no roteiro estabelecido por António Francisco de Sousa (Ibidem), que levou em conta a planificação administrativa decorrente de lei. No nosso caso, analisamos a questão da revisão pelos tribunais de prognose administrativa vinculada diretamente à Constituição.

⁵⁷ Ensina Patrícia Baptista (2003, p. 246-249) que a ênfase no processo administrativo visa compensar alguns *déficits* do direito administrativo, servindo para legitimar a atuação administrativa por consenso e permitir a maior racionalização dessas atuações, aumentando a possibilidade de controle, principalmente em se tratando do poder discricionário.

Macará, conforme requerido pela Assembléia Legislativa daquele estado, abstendo-se de apreciar a precária situação socioeconômica do pretense município, posto que seria matéria eminentemente política, conforme voto do relator:

Poderia questionar-se sobre a insipiência de sua condição econômica. Confesso que em votos passados, ative-me à posição de que essa era uma condição sine qua non para que fosse deferido o Plebiscito por este Tribunal. Após longas reflexões e buscando o aconselhamento de órgão técnico, verifiquei ser esta uma condição eminentemente política e não jurídica. Em motivo ou mérito da criação do Município. Estes, como sabido são atos políticos que ao Judiciário somente poderá analisar do ponto de vista formal, jamais material. Há de lembrar-se que a apreciação deste processo é ato jurisdicional, porém, não de natureza contenciosa pelo simples fato de não existir Réu. Assim, essa corte contribui com sua presença para a concretude de um ato administrativo complexo, apreciando a legalidade e a legitimidade, jamais adentrando no mérito.⁵⁸

Esta é uma típica apreciação de prognose administrativa. Formulando um juízo de probabilidade, o Executivo e a Assembléia Legislativa, apreciando dados colhidos na situação presente, supõem provável que a autonomia político-administrativa de determinado local poderá constituir-se em fonte propulsora de desenvolvimento e requerem ao Tribunal Regional Eleitoral o deferimento para a realização do plebiscito, conforme dispõe o art. 18, §4º da CF/88.⁵⁹

Aplicando, nesse caso concreto, as bases para um controle de discricionariedade prognóstica nos moldes formulados anteriormente, verificamos que não somente é possível a apreciação da legitimidade desse procedimento, como ela se faz imperiosa pelo dever de jurisdição atribuído aos tribunais e magistrados. A decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Amapá deixou de apreciar um dos aspectos da prognose por entender, equivocadamente, que iria se imiscuir em questão política irrevisível pelo Judiciário. Tal, entretanto, não ocorre, pois caberia ao tribunal:

a) averiguar se a Assembléia Legislativa levou em consideração todos os aspectos que influenciavam na decisão, o que, em obediência às exigências constitucionais refere-se a consulta às populações diretamente interessadas, mediante plebiscito, formulação e

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral. *Decisão monocrática*. Disponível em: <<http://www.tre-ap.gov.br/Home/>>. Acesso em: 22 nov. 2007a.

⁵⁹ Art. 18 [...] § 4º da Constituição Federal [1988]: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

divulgação de Estudo de Viabilidade Municipal e a preservação da continuidade histórico-cultural do ambiente urbano.

b) verificar a plausibilidade, a racionalidade e a consensualidade da prognose, o que ocorreria com a análise do Estudo de Viabilidade Municipal, de onde se extrairia a motivação para criar esse município e a probabilidade dessa autonomia político-administrativa caracterizar efetivamente fator propulsor de desenvolvimento futuro da localidade. Já a consensualidade, derivaria do interesse expresso da comunidade de emancipar o local em que reside.

c) observar se a criação do município de Macará atende as finalidades previstas no art. 1º, no art. 3º e no art. 170, todos da CF/88, com ênfase na dignidade da pessoa humana, na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais, valores constitucionais a serem priorizados na decisão em exame.

Desta forma, no momento em que o Tribunal Regional Eleitoral do Amapá deixou de levar em conta a precariedade socioeconômica da população do pretense município, não poderia julgar a legitimidade da decisão administrativa, haja vista que não existiria possibilidade de ser averigüada a possibilidade de realmente ser alcançado o resultado almejado — o desenvolvimento da população local com a criação do município. Ressaltamos que a Constituição Federal prevê um Estudo de Viabilidade Municipal como requisito para a criação de um município, documento técnico que aponta a plausibilidade do resultado e, por si só, já demonstra que o ato não tem apenas natureza política, mas também técnico-administrativa.

Feitas essas considerações sobre a discricionariedade praticada no juízo de prognose, tão comuns nas atividades administrativas vinculadas às normas constitucionais, cabe neste momento avaliar os limites que se impõem a esta discricionariedade, quando está em jogo a satisfação de um direito fundamental inserido no núcleo intangível da dignidade da pessoa humana.

4.3.2 Prestações positivas da Administração frente aos direitos fundamentais: prioridades orçamentárias e discricionariedade reduzida a zero

Muitas foram as inovações impostas pelo fenômeno neoconstitucional para o direito administrativo, conforme já tivemos oportunidade de abordar no Capítulo 2 desta Dissertação,

sendo oportuno tratar especificamente de um deles neste momento: a incorporação das opções políticas, com ênfase naquelas relacionadas com os direitos fundamentais, núcleo normativo que necessita de especial proteção, além de vincular todos dentro do Estado, inclusive os poderes públicos.⁶⁰

A promoção, bem como a proteção desses direitos fundamentais exige ações e omissões estatais. Ana Paula de Barcellos⁶¹ exemplifica, citando a liberdade de expressão que, para ser exercida pelo cidadão, deverá contar com a proteção do poder público que, neste caso, terá caráter omissivo de não cercear ou submeter de alguma forma essa liberdade. Já em relação ao direito à educação formal, prestação de saúde ou condições habitacionais, a situação é bastante diversa, pois estes direitos dependem de ações do Estado.

Fixando-nos nas obrigações positivas do Estado, concluímos que todos esses imperativos constitucionais que obrigam o Estado a agir vinculam tanto o Legislativo quanto o Judiciário, mas, especialmente, a Administração Pública, a quem cabe efetivar esses comandos gerais, implementando as ações necessárias para obter o resultado esperado: a satisfação desses direitos fundamentais.

Essas implementações e efetivações concretas do comando normativo envolvem gasto de dinheiro público e os recursos financeiros são escassos. Por isso é preciso realizar uma opção, visando priorizar onde serão investidos os recursos públicos. Neste ponto reside a grande questão envolvendo o direito e a discricionariedade política, pois, embora a Constituição indique os fins a serem perseguidos prioritariamente, ainda não está completamente delimitado até onde a discricionariedade como juízo político de conveniência influencia legitimamente nessas deliberações.⁶²

Somos de opinião que num Estado republicano não existe decisão que possa ser tomada sem compromisso com obrigações jurídico-constitucionais, mesmo que essas decisões estejam atreladas a questões de superior gestão, de fixação de diretrizes ou de planejamento, pois todas elas têm que ser passíveis de aferição quanto a sua eficiência e capacidade, ao menos potencial, para alcançar os resultados previstos constitucionalmente.

Ressaltamos que nas decisões que envolvam os meios aptos para atingir os resultados priorizados, a Administração age com elevado grau de prognose. Neste caso, portanto, não se defende a exigência de obtenção efetiva dos resultados, pois poderá não ocorrer, mas exige-se

⁶⁰ BARCELLOS, 2005, p. 9.

⁶¹ Ibidem, p. 9.

⁶² Ibidem, p. 11.

a racionalidade na escolha e o comprometimento com o estatuído constitucionalmente, para que seja possível atestar sua viabilidade.

Essa forma de aferição da legitimidade dos meios escolhidos e de sua aptidão para alcançar o resultado já foi exposta na seção anterior e teve como fundamento básico a obediência a procedimentos como forma de garantir tanto o acesso à informação — necessária para seu controle — quanto para comprovar sua racionalidade.

Neste momento, entretanto, não estamos tratando da escolha de meios para atingir resultados, mas sim de uma opção bem mais difícil: dentre os resultados a serem buscados pelo Estado, principalmente em matéria de direitos fundamentais, quais devem ser priorizados diante da escassez de recurso. Até onde a Administração poderá escudar sua omissão nessa impossibilidade fática e até onde poderá justificar suas escolhas trágicas — investir em determinada área e abandonar outra igualmente indispensável ou investir mais ou menos recursos nesta ou naquela área.⁶³

Em algumas áreas não há opção. Elas são definidas de maneira objetiva pela Constituição Federal de 1988, não cabendo a Administração qualquer espaço para considerações políticas. O art. 212 da CF/88 determina textualmente percentuais mínimos que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão na manutenção e no desenvolvimento do ensino; o art. 198, §2º dispõe sobre o mínimo de receita arrecadada com determinados tributos que deverão ser aplicadas anualmente pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; o art. 195 determina que as receitas obtidas pelas contribuições sociais devam ser investidas no custeio da seguridade social, objetivando assegurar o direito à saúde, à educação e à assistência social, nos termos dos arts. 194 e 195.⁶⁴

Nos casos em que a Constituição consigna de forma clara e objetiva o *quantum* se deve investir e em quais setores, não há apenas princípios abstratos regendo a matéria, mas sim regras⁶⁵ de direito que impõem vinculativamente obrigações precisas ao Administrador, a quem não cabe qualquer margem de apreciação política. São essas as situações mais simples no que tange às atividades prestacionais da Administração.

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239.

⁶⁴ BARCELLOS, 2005, p. 18.

⁶⁵ As regras são as normas que sempre só podem ser cumpridas ou não cumpridas; elas são mandamentos definitivos, exigindo como forma de aplicação a subsunção e não a ponderação. ALEXI, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 65.

Na maioria das vezes, contudo, a norma constitucional não tem esse elevado grau de vinculação, norteadas as escolhas estatais mediante princípios⁶⁶, o que termina por gerar uma dificuldade na precisão dessas prioridades, dando margem ao exercício de uma suposta discricionariedade por parte do Administrador.

Não obstante essa falsa impressão, mesmo vinculando a atividade estatal mediante princípios, a norma constitucional é imperativa e não deve ser flexibilizada, principalmente em relação aos bens mínimos que devem ser prestados pelo Estado, verdadeiros parâmetros para a exigência de ações e programas, visando sua implementação.

A dificuldade reside em identificar os bens mínimos que não podem deixar de ser ofertados pelo Estado, o que, para Ana Paula de Barcellos⁶⁷, em nada se relaciona com atividade administrativa discricionária, “[...] envolvendo um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que podem ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁸ considera que a existência digna está intimamente relacionada com a prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.

Ana Paula de Barcellos⁶⁹ identifica como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana quatro elementos retirados da própria Constituição Federal de 1988, sendo três elementos materiais e um elemento instrumental, todos exigíveis judicialmente de forma direta: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência no caso de necessidade e o acesso à Justiça.

Consideramos a garantia ao mínimo existencial como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988, que assegura existência digna, sociedade justa e erradicação da pobreza, o que de nada valeria se ao homem como sujeito de direito não fosse salvaguardado um núcleo mínimo de direitos que lhe possibilitasse a sobrevivência como pessoa humana.

⁶⁶ Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado tão amplamente quanto possível; eles são mandamentos de otimização, podendo ser preenchidos em graus distintos, a depender das possibilidades fáticas ou jurídicas. ALEXI, 1999, p. 65.

⁶⁷ BARCELLOS, 2005, p. 257.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.322.

⁶⁹ BARCELLOS, 2002, p. 258.

A Lei Federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993, no art. 1º, define a assistência social como política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. Também o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e os serviços sociais necessários.

A jurisprudência pátria já vem se mostrando sensível à efetivação dos comandos constitucionais como metas prioritárias para a Administração, valendo transcrever decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou prioritário o direito à saúde, autorizando, inclusive, o seqüestro de verbas públicas:

EMENTA: PRECATÓRIO. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. CONSTRIÇÃO FUNDADA NO QUADRO DE SAÚDE DO INTERESSADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE PRETERIÇÃO OU QUEBRA DE ORDEM CRONOLÓGICA. VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DA ADI 1.662. 1. Não cabe reclamação contra ato futuro indeterminado. A reclamação pressupõe a prática de ato específico para que possa ser conhecida. 2. Por ocasião do julgamento da ADI 1.662 (rel. min. Maurício Corrêa), a Corte decidiu que a ausência de previsão orçamentária ou o pagamento irregular de crédito que devesse ser solvido por precatório não se equiparam à quebra de ordem cronológica ou à preterição do direito do credor (art. 100, § 2º, da Constituição). 3. Naquela assentada, a Corte não ponderou acerca da influência do direito fundamental à saúde e à vida na formação das normas que regem a sistemática de pagamentos de precatório. Portanto, ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado, não viola a autoridade do acórdão prolatado durante o julgamento da ADI 1.662. 4. Ressalva do ministro-relator, quanto à possibilidade do exame da ponderação, cálculo ou hierarquização entre o direito fundamental à saúde e a sistemática que rege os precatórios em outra oportunidade. 5. Reclamação conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente ⁷⁰

Já por por meio desta outra decisão, o STF impôs à Administração a implementação de política pública destinada a promover o acesso à educação infantil, considerando, neste caso, que diante da relevância do direito em questão e da natureza vinculante da regra constitucional prevista no art. 208, IV e 211, § 2º, deveria o judiciário impor ao Executivo a execução das medidas concretas para a efetivação desse direito, sem com isso afetar a separação de poderes:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – Reclamação 3.982/Espírito Santo Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 19/11/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2008.

CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). [...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível".⁷¹

Por meio desta decisão, o STF impôs à Administração a implementação de política pública destinada a promover o acesso à educação infantil, considerando, neste caso, que diante da relevância do direito em questão e da natureza vinculante da regra constitucional prevista no art. 208, IV e 211, § 2º, deveria o judiciário impor ao Executivo a execução das medidas concretas para a efetivação desse direito, sem com isso afetar a separação de poderes.

No mesmo sentido decidiu o STJ em Ação Civil Pública, reduzindo a discricionariedade administrativa a zero, em caso envolvendo implementação de política pública por parte do poder público para a prestação de serviço de saúde gratuito a crianças e adolescentes em hospitais de rede própria:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – Agravo Regimental 1410715/SP-SÃO PAULO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2007b.

médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado. 2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.[...] Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.⁷²

A decisão referida reitera expressamente a força normativa da Constituição, ao estatuir que uma Constituição Federal “[...] é erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel”, o que já é bastante para rechaçar a possibilidade de juízo político por parte da Administração, quando a norma constitucional vincula a atividade administrativa à promoção de um direito fundamental, como é a saúde das crianças, que não pode ser vulnerado por conveniências de governo.

Desta forma, embora não exista um consenso doutrinário sobre as parcelas que integram o mínimo existencial, não há como negar que esse núcleo existe e que ele transforma a baixa densidade normativa imposta pela natureza das normas principiológicas, em estrita vinculação, não cabendo nenhuma formulação de juízos de oportunidade nos casos que envolvam decisão administrativa acerca da satisfação desse mínimo existencial.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 577836 / SC*. Ministro LUIZ FUX, T1 - PRIMEIRA TURMA, data do julgamento: 21/10/2004, Publicação: DJ 28.02.2005, p. 200. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2007c.

Observemos que ao Judiciário cabe prestar a atividade jurisdicional, que é consectário lógico do direito fundamental de acesso à justiça — considerado inclusive integrante do mínimo existencial —, o que não se verifica apenas pelo direito de pleitear algo judicialmente, mas sim de obter uma decisão que atribua a cada um o que é seu.

Segundo ensinamento de Wilson Alves de Souza⁷³, dar a qualquer agente estatal a possibilidade de afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional é claramente negar acesso à justiça.

4.3.3 Histórico do Controle judicial dos atos administrativos denominados impropriamente de atos políticos

Segundo informa Francisco de Queiroz Cavalcanti⁷⁴, o sistema latino-americano — principalmente Argentina, Brasil, Chile e Uruguai — foi fortemente influenciado pela doutrina norte-americana — *political question doctrine* — acerca da insindicabilidade dos atos políticos. A idéia básica era a de que certas matérias, por ostentarem natureza política, são mais bem resolvidas no âmbito político, afastada a revisão judicial.

No Brasil há registro de uma das primeiras decisões do STF em matéria de revisão de “atos políticos”. Essa decisão se deu em *Habeas Corpus* de n. 300, de 27 de abril de 1892, impetrado pelo advogado Ruy Barbosa a favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros cidadãos, indiciados por crimes de sedição e conspiração, presos ou desterrados em virtude de decretos expedidos pelo Vice-Presidente da República Marechal Floriano Peixoto, na função de Presidente. Tais atos determinavam a suspensão das garantias constitucionais, decretando-se o estado de sítio no Distrito Federal. Fundamentava-se o pedido na inconstitucionalidade do estado de sítio e na ilegalidade das prisões ocorridas. Firmando a suprema corte:

Considerando que durante o estado de sítio é autorizado o Presidente da República a impor, como medida de repressão, a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns e o desterro para outros sítios do território nacional;

⁷³ SOUZA, 2006, p. 165.

⁷⁴ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional. *Anuário do Curso de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 8, p. 77-116, 1997. p. 80.

Considerando que estas medidas não revestem o caráter de pena, que o Presidente da República em caso algum poderá impor, visto não lhe ter sido conferida a atribuição de julgar, mas são medidas de segurança, de natureza transitória, enquanto os acusados não são submetidos aos seus juízes naturais nos termos do art. 72, § 15 da Constituição;

Considerando, porém, que o exercício desta extraordinária faculdade a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do Presidente da República, responsável por ela, pelas medidas de exceção que tomar, e pelos abusos que à sombra delas possa cometer;

Considerando que, pelo art. 80, § 3º, combinado com o art. 34, § 21 da Constituição, ao Congresso compete privativamente aprovar ou reprová-lo o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim o exame das medidas excepcionais, que ele houver tomado, as quais para esse fim lhe serão relatadas com especificação dos motivos em que se fundam;

Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo; [...]

Negam, por esses fundamentos, a pedida ordem de habeas corpus.

Pelo fundamento único da incompetência atual do Poder Judiciário, a qual estende-se, a meu ver, a todas as questões interessadas na espécie, em respeito às prescrições dos arts. 34 n. 21 e 80 da Constituição; uma vez provado, como se mostra dos autos, que as medidas de exceção decretadas pelo Presidente da República não são diversas das autorizadas pelo citado art. 80, § 2º.

(Supremo Tribunal Federal, 27 de Abril de 1892) Freitas Henriques, presidente. - Barradas. - Aquino e Castro. - Ovídio de Loureiro. - Sousa Mendes. - Pereira Franco. - Barros Pimentel. - Andrade Pinto. - Anfilóbio –⁷⁵

Partindo da decisão exposta e com o intuito de elaborar uma comparação histórica, invocamos uma decisão contemporânea emblemática do STF, proferida pelo Min. Celso de Mello, para figurar no pólo oposto e demonstrar a evolução que está se operando na jurisprudência de nosso país em matéria de apreciação judicial dessas atividades administrativas impropriamente denominadas de atos políticos ou de governo:

ADPF:45/DF-ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMENTA: Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).(Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento 29/04/2004 Publicação Dj 04/05/2004).⁷⁶

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamentos Históricos*: Estado de sítio. Presos políticos de 1892 - HC 300. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc300>>. Acesso em: 22 jun. 2007d.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Decisões Monocráticas. ADPF 45 / DF – DISTRITO FEDERAL ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>> Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 ago. 2007e.

Sofrendo ainda de profunda instabilidade, podemos inferir que a questão acerca da insindicabilidade dos atos administrativos imbuídos de forte conotação política já vem sendo enfrentada pela jurisprudência, quando está em jogo o exercício de direitos fundamentais inseridos no núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, ou seja, o mínimo existencial.

Não há dúvida de que ao Judiciário competirá a principal tarefa na delimitação desse controle, pois só a ele caberá demonstrar até onde a Administração agiu politicamente e sem ferir qualquer disposição constitucional; afinal, nas palavras de Pedro Lessa⁷⁷, somente existem questões exclusivamente políticas, quando elas se resolvem como faculdades meramente políticas, por meio de poderes exclusivamente políticos, quando não têm como termos correlativos direitos encarnados nas pessoas, singulares ou coletivas, sobre as quais tais poderes se exercem. Diante do que duvidamos da existência dessas questões exclusivamente políticas.

Nessa tarefa de delimitação do controle, o Judiciário brasileiro ainda vacila sobre sua real e efetiva competência. Vejamos:

GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Ambas as Turmas desta Corte já sedimentaram o entendimento de que a iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão. II Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal. III - Agravo improvido.⁷⁸

Esse posicionamento adotado pelo STF é pouco ou mesmo nada compatível com a efetivação da Constituição Federal, o que demonstra a necessidade de uma renovação da estrutura do Judiciário brasileiro.

Advertimos que em relação à omissão relativa aos atos administrativos, a própria Constituição Federal confere à decisão do Judiciário efeito mais efetivo e concreto, estabelecendo que a omissão deverá ser suprida em trinta dias. Contudo, por causa dessa divisão mal estabelecida entre chefia de Governo e chefia da Administração Pública, todas concentrando-se nas mãos do Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal entende que às omissões perpetradas pelo Chefe do Poder Executivo não caberá supressão de omissão, mas apenas ciência e solicitação de providências, sem prazo fixado.

⁷⁷ LESSA, Pedro. *Do poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 59.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extradordinário* - AgR 547745/RN-RIO GRANDE DO NORTE. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 02/10/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 14 nov. 2007f.

Essa singela comunicação, conforme denomina Dirley da Cunha Jr.⁷⁹, corresponde a uma solução meramente fictícia. O que se impõe concluir que, agindo desta forma, nossa Suprema Corte está sufocando toda a força normativa e dirigismo constitucional existente em nossa norma fundamental, que não pode impulsionar avanços políticos e sociais sem contar com a prestação humana, única capaz de por em prática a vontade estática de uma norma.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), instituto novo, sem precedente no ordenamento pátrio nem paralelo no mundo, disciplinado pela Lei 9.882/99, introduziu significativas e sofisticadas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, possibilitando o controle abstrato dos atos infralegais e concretos de todas as entidades políticas.⁸⁰

Conforme ensina Dirley da Cunha Júnior⁸¹, o direito comparado, não obstante carente de instituto igual (a maioria dos institutos está limitada à proteção das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais), inspirou a ADPF por meio de institutos como o *writ of certiorari* do direito norte-americano, a *Popularklage* do direito Bávaro, a *Beschwerde* do Direito austríaco, o recurso de amparo do Direito Espanhol e, o mais assemelhado, a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, por meio do qual se atribui ao Tribunal Constitucional Federal a competência de julgar os recursos constitucionais interpostos por qualquer cidadão na defesa de seus direitos fundamentais lesados por atos do poder público, cumprindo, simultaneamente, a função subjetiva de garantia de direitos subjetivos e a função objetiva de tutela da supremacia da Constituição.

A ADPF destina-se a proteger os preceitos fundamentais, entendidos como toda norma constitucional — princípios e regras — que constituir fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado, cujo descumprimento pode decorrer até mesmo de ato não normativo.⁸²

A grande novidade sobre a ADPF, e de interesse especial, é seu alcance. Essa ação pode ter como objeto qualquer ato ou omissão do poder público, normativo ou não, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição federal, estadual ou municipal, proveniente de qualquer dos três poderes, sendo apenas necessário que emane do Estado ou de particulares

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2007. p. 231.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 249.

⁸¹ *Ibidem*, p. 250.

⁸² *Ibidem*, p. 252.

no desempenho de função pública delegada, a restringir, porém, a eficácia dos direitos fundamentais em relação à sociedade civil.⁸³

Assim, demonstramos que instrumento processual existe, não residindo nesse ponto específico a grande dificuldade em controlar as ações e omissões da Administração, quando executam ou deveriam executar normas constitucionais. O problema fulcral está no exato limite entre a política e o direito, até o ponto em que existe prática legítima de política sem possibilidade de intervenção de terceiro.

Essa delimitação do exercício legítimo da política por parte do Executivo não é diferente de todo o raciocínio que construímos acerca da delimitação do propalado mérito administrativo em sede de discricionariedade administrativa oriunda de lei infraconstitucional. Sem querer minorar a complexidade do tema, consideramos que é ao Judiciário que cabe, diante de cada caso, avaliar o procedimento seguido pela Administração para a tomada da decisão. Cabe também ao Judiciário julgar a juridicidade dos atos praticados, tomando como base as regras, os princípios e os postulados constitucionais⁸⁴, para demonstrar a legitimidade das escolhas políticas, que só serão livres de apreciação no exato limite determinado pela ausência de instrumento capaz de apontar a única solução correta.

Entretanto, inferimos dos julgados mais recentes, inclusive de acordo com a decisão colacionada relativa a omissão administrativa, que o Judiciário ainda vacila, entre avanços e retrocessos, no tratamento da matéria. No mesmo momento em que se obtém decisões do STF, como as da ADPF 45, são obtidas decisões que demonstram uma retração do entendimento jurisprudencial, numa oscilação injustificável. Vale transcrever o seguinte julgamento:

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Magistratura. Promoção de entrância. Disputa de vaga por merecimento. Composição da lista. Eleição de forma isolada, vaga por vaga. Precedente. 3. Motivação das decisões administrativas, art. 93, X, da CF. Dispositivo constitucional não violado. Precedente. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento

⁸³ CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 252.

⁸⁴ Influenciados por Humberto Ávila, entendemos que a razoabilidade, a proporcionalidade e a eficiência não são princípios, mas sim postulados, porque não impõem a realização de fins, mas explicam como pode ser obtido o conhecimento do direito; são normas estruturantes de segundo grau. Estudar postulados exige o exame do modo como um dever será aplicado. Esse dever pode decorrer de uma regra ou de um princípio. Desliga-se do mundo das normas para penetrar no mundo das metanormas, que são normas de segundo grau, pois estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas. Explica Humberto Ávila que só elipticamente é violado um postulado como o da razoabilidade, proporcionalidade ou da eficiência, isto porque, o que é violada é a norma, que deixa de ser devidamente aplicada, e não o postulado, que serve apenas como instrumento de aferição. ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. *Revista Brasileira de Direito Público*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 1-133, abr./jun. 2003. p. 113-133; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Voto do Relator:

[...] E no que diz respeito à publicidade dos motivos daquela decisão, por parte dos seus prolores, esta Corte, na ADI 189 (Rel. Celso de Mello, DJ 22.05.92) e na AO 70 (Rel. designado Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.93), assentou, como perfeitamente sumariado nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto-vista na ADI 189, que dentre as atribuições político-administrativas conferidas aos Tribunais pelo nosso modelo constitucional se encontra aquela, de *“colorido nitidamente político – mais que discricionário”*, de escolha do magistrado a promover por merecimento. Por esse motivo, desde que observada a regra da alínea “b” do inciso II do art. 93 da CF (o que já se demonstrou no caso), não se faz constitucionalmente necessária a formalização, pelo órgão colegiado do respectivo Tribunal ou por seus membros individualmente considerados, da motivação do ato de escolha de magistrado para promoção por merecimento. Nesse sentido, o MS 24.305, Pleno, por mim relatado, DJ 19.12.03, no qual restou consignado no voto.⁸⁵

Não obstante a decisão tratar de ato administrativo de proporções muito menores do que os de uma política pública, o posicionamento adotado pelo relator demonstra nítido retrocesso no controle da discricionariedade política, refletindo-se em todas as decisões que julguem ações ou omissões estatais desta natureza.

Convém assinalar por oportuno que, no caso específico da decisão acima, a promoção de magistrados por merecimento não têm caráter político e nem traçam metas ou diretrizes governamentais. O que chama atenção para mais um perigo dessa propalada e infundada teoria da insindicabilidade dos atos políticos — que nos remete para a velha doutrina francesa dos atos políticos criada pelo Conselho de Estado — que é a inclusão, sem critérios, de diversas matérias no rol dos denominados atos políticos, como forma de torná-los irrevisíveis.

Na mesma direção posiciona-se o STJ, ao proferir a seguinte decisão:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA DE OBRAS DE MODIFICAÇÃO E REFORMA NO MORRO DA URCA E NO MORRO DO PÃO DE AÇÚCAR E LICENÇA PARA A INSTALAÇÃO DE ELEVADORES DESTINADOS A DEFICIENTES FÍSICOS. ALEGADA OMISSÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. NÃO-EVIDENCIADA A PRESENÇA DE SUPOSTO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE. NÃO-CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESPÉCIE.

[...] É consabido que se não concebe a produção de prova na angusta via do mandado de segurança, que reclama a demonstração incontestável da existência de direito líquido e certo.

Ainda que assim não fosse, com fulcro no princípio da discricionariedade administrativa e na supremacia do interesse público, a Municipalidade tem liberdade para decidir pela conveniência ou não da execução da obra. Como ensina Hely Lopes Meirelles, “só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos (...). Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE247924/RO – RONDÔNIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 30/05/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 11 nov. 2007g. Grifo nosso.

condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo".
Recurso ordinário improvido.⁸⁶

A Constituição Federal estabelece em diversos dispositivos a obrigação de a Administração Pública garantir os direitos das pessoas portadoras de deficiência física⁸⁷, o que não foi levado em conta pelo Tribunal Superior, apegado a uma discricionariedade que concederia à municipalidade uma “[...] liberdade para decidir pela conveniência ou não da execução da obra” dos elevadores para acesso aos portadores de deficiência física.

Decisão como esta retira boa parte do potencial dirigente da Constituição Federal. Os instrumentos utilizados pelos Tribunais, quando querem retroagir às velhas concepções dogmatizadas, são extraídos do deficitário direito administrativo e de suas teorias arcaicas, como é o caso do tratamento dispensado à competência discricionária.

Isto justifica a preocupação em superar o *déficit* teórico do direito administrativo, antes de defender a ausência de separação entre atividade administrativa e atividade de governo, uma vez que, inserindo todas as atividades não normativas do Executivo como atividades administrativas, aumentamos — quantitativa e, principalmente, qualitativamente — o âmbito de incidência do direito administrativo. Por isto, faz-se necessário dotar esse ramo do direito das atualizações capazes de torná-lo apto a colaborar com a efetivação das normas constitucionais.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19535/RJ; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0017692-9. Min. Relator: FRANCIULLI NETTO. T2 - segunda turma. Julgamento: 01/09/2005 DJ 31.05.2006 p. 244. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 11 nov. 2007h. Grifo nosso.

⁸⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]” Art. 244. “A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.”

CONCLUSÃO

Discutimos ao longo deste trabalho alguns temas conexos com a problemática central proposta, que consistiu na adoção uma teoria do direito administrativo apta a regular uma Administração Pública não só burocrática e executora de ordens, mas também realizadora de atividades de superior gestão, traçando metas, planejando, programando e realizando políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais. Essa ampliação qualitativa e quantitativa do objeto do direito administrativo exigiu uma proposta de atualização desse ramo do direito, para que ele pudesse instrumentalizar eficazmente a realização de tarefas de alta relevância para os cidadãos.

Sintetizando tudo o que foi proposto, temos o seguinte: (i) o estabelecimento de relações entre o poder político e o Estado, suas afinidades e contrastes; (ii) superação do modelo da separação de poderes; (iii) superação do *déficit* teórico do direito administrativo, por meio da assimilação de valores constitucionais (fenômeno neoconstitucionalista); (iv) conseqüências dessa mudança de eixo da lei para a Constituição: aproximação entre a administração e os cidadãos e redução da extensão e importância de termos como legalidade, interesse público, discricionariedade e mérito administrativo; (v) desmistificação da origem da separação entre Administração e Governo; (vi) superação do modelo burocrático de uma Administração, que se torna mais próxima dos conflitos e anseios sociais; (vii) uma análise da política e de sua relação com o direito, aceitando como ambiente para esse diálogo a Constituição Federal; (viii) possibilidade de reformulação do direito administrativo, ao ponto de ele dotar o Estado de meios para a concretização dessa Administração concebida como atividade criadora, voltada à realização do bem-estar; (ix) análise do fenômeno de bilateralização da relação de dependência entre a Administração e o a Constituição; (x) a atividade administrativa como cerne do direito administrativo, superando a noção do ato administrativo, o que marca o advento da processualização das atuações administrativas; (xi) por fim, o controle dessas atividades administrativas que envolvem elevado grau de discricionariedade administrativa oriunda da Constituição.

Essas foram as linhas mestras traçadas para o desenvolvimento do tema e para extrairmos as conclusões ora expostas:

1. Reveste-se de fundamental importância a adoção, pelo direito administrativo, do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como valores axiológicos

pelo direito administrativo. Esta medida possibilitará transformações profundas na relação entre a Administração e os cidadãos, estabelecendo um canal de comunicação entre a política e o direito, proporcionando maior legitimidade nas opções políticas do administrador público no exercício da competência discricionária.

2. A lacuna hoje ainda existente no espaço intra-estatal entre o momento da decisão e o instante da execução será suprida quando o direito administrativo assumir sua importante tarefa, que é dotar todos os implicados nessa concretização de direitos fundamentais — povo, estado, particulares — de instrumentos teóricos próprios e alinhados com a realidade sociopolítica.
3. Negamos que a norma constitucional sozinha promova o desenvolvimento, dependendo a norma fundamental das atividades concretas do Estado. Isto se verifica na Administração Pública, desde seu alto escalão até suas estruturas subalternas. Resta ao direito administrativo, como regulamentador de todas as atividades da Administração Pública, subordinar essa atuação político-jurídica, impedindo que continue existindo uma lacuna na submissão do Estado ao direito.
4. Comprovada a falência do ideal burocrático proposto por Weber, surge um novo modelo de atuação para a Administração Pública. Nesta nova proposta, o distanciamento entre ela e os conflitos sociais e políticos é rompido, para que a definição primária dos seus objetivos bem como dos meios para atingi-los, embora imbuída de elevado grau de componente político não perca os valores morais e a eficiência do aparato estatal.
5. O processo decisório da Administração Pública não ocorre sem prévio aconselhamento técnico, e não há execução das decisões sem esse mesmo aparato especializado, o que se explica pelo aumento da complexidade técnica dos problemas colocados no âmbito da Administração. Portanto este entrosamento entre a técnica e a legitimação política que impede a dissociação entre Administração e Governo é a constatação de uma realidade que ninguém pode deter. Não há decisão política que se justifique como legítima, quando em desacordo com um parecer técnico que aponta para solução diversa, pois um Estado que acolhe a moralidade e a eficiência administrativas como princípios constitucionais não pode validar uma opção política sem comprometimento com a boa administração.

6. Sobre a Constituição dirigente, acreditamos que ela pode não se limitar ao que está mais próximo, lançando-se para além da realidade como condição de possibilidade do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade. Isto, entretanto, não prescinde da vontade política e administrativa e da atuação humana, únicas capazes de por em prática as disposições normativas. Assim, inferimos que o diálogo entre a política e o direito ocorre na Constituição, em que os fatores reais de poder — de nítido caráter político — transformam-se em norma cogente a ser concretizada por meio de atividade administrativa, que planeja, dirige, programa e traça as metas mediante um conjunto de atos das mais variadas espécies, os quais só ganham força e sentido por seu entrelaçamento lógico — procedimentalização.
7. O Direito Administrativo já foi aquele a quem competia apenas funções negativas, em defesa do indivíduo contra o Estado. A evolução histórica conduziu a Administração a desempenhar uma função positiva, transformando-a em agente de produção e implementação de políticas públicas, o que torna o direito administrativo um direito político e não apenas jurídico.
8. As escolhas de caráter preponderantemente político passam a ser objeto de incidência do direito administrativo. Define-se como problema central das escolhas políticas estabelecer critérios racionais para justificar a promoção desigual de distribuição de ativos sociais, que não devem resultar apenas de uma relação de dominação, mas devem respeitar um padrão que será a Constituição e o devido processo. Caso essa adequação não se efetive, deverá ser acionado o controle judicial.
9. Embora neste trabalho seja negada a diferença de natureza entre atos administrativos de superior gestão e atos meramente executores de lei, aceitamos que há uma expressa divergência no grau de vinculação da atuação, que é maior nos casos em que o parâmetro é a lei infraconstitucional. Isto se justifica em razão do menor espaço de jogo estabelecido pelas normas hierarquicamente inferiores à Constituição. Ao nos referirmos aos atos de superior gestão da vida pública, cogitamos daqueles vinculados diretamente à Constituição, cujo grau de vinculação da atuação é menor devido à maior abstração da norma constitucional, toda ela de textura aberta, permitindo um espaço de jogo político muito maior.
10. Afastamos a idéia de liberdade para qualquer exercício de discricionariedade na atuação estatal, pois compreendemos a liberdade na atuação administrativa como

atuação sem possibilidade de intervenção de terceiro, o que só deverá ocorrer por absoluta impossibilidade de meios capazes de apontar para a única conduta a ser realizada naquela conjuntura, de acordo com postulados como a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência.

11. Defendemos que a liberdade só surge depois de esgotado um procedimento que possa garantir a todos a transparência e o acesso às informações. A Administração demonstra o caminho percorrido até se defrontar com as opções políticas. Desse ponto em diante qualquer um poderá examinar o procedimento e terá a exata noção da causa e motivação da escolha daquele destino prioritário para os recursos públicos em preferência àquele outro; ou porque os meios a serem empregados para alcançar esse fim foram esses e não aqueles.
12. Demonstrado o caráter dinâmico da Administração contemporânea, que traça planos de ação implementando uma série de atos coordenados para a consecução de um fim, não podemos deixar de examinar a apreciação de prognose administrativa e as dificuldades encontradas na regulamentação de um verdadeiro juízo de probabilidade para o alcance de resultados. Essa modalidade de competência discricionária apresenta um *déficit* de racionalidade, por se basear em graus de probabilidade, o que impede de ser controlada sua validade pelo alcance ou não do resultado pretendido, sugerindo-se que sejam obedecidas as seguintes etapas para a aferição de sua legitimidade: (i) os aspectos levados em consideração para a decisão; (ii) a plausibilidade, a racionalidade e a consensualidade da prognose; (iii) a observância dos valores constitucionais.
13. Apontamos o mínimo existencial como critério para a vinculação das opções políticas da Administração Pública. Deverá ter índice de discricionariedade nulo, quando dentre as alternativas estiverem presentes direitos fundamentais inseridos no núcleo intangível da dignidade humana, que embora ainda não tenha uma enumeração precisa por parte da doutrina, pode ser extraído da Constituição por meio de atividade hermenêutica.
14. Essa delimitação do exercício legítimo da política por parte do Executivo não é diferente de todo o raciocínio construído acerca da delimitação do propalado mérito administrativo em sede de discricionariedade administrativa oriunda de lei infraconstitucional. Consideramos que ao Judiciário cabe, diante de cada caso, avaliar o procedimento seguido pela Administração para a tomada da decisão e, ao final,

julgar a juridicidade dos atos praticados, tomando como base as regras, os princípios e os postulados constitucionais, para demonstrar a legitimidade das escolhas políticas, que só serão livres de apreciação no exíguo limite de ausência de instrumento capaz de apontar a única solução correta.

15. Propomos por derradeiro uma colaboração recíproca entre o direito administrativo e o direito constitucional. A atuação de um depende da boa atuação do outro, cabendo ao direito administrativo regular a parte dinâmica, que envolve conduta humana e atividade administrativa convertida em procedimento racional, e ao direito constitucional, todos os aspectos intrínsecos à norma, sua natureza e força de irradiação.

São essas as conclusões que derivam de tudo o que foi desenvolvido ao longo desta Dissertação, cujo esforço se concentrou na elevação do direito administrativo como agente de transformação da realidade social, cuja colaboração será primordial na promoção do bem-estar de um Estado republicano como o Brasil.

O direito administrativo, ao regular a concretização do político, faz valer o parágrafo único do art. 3º da CF/88, ao afirmar que o poder político é do povo e, implicitamente, que ele só se legitima à medida que seja exercido em seu nome e a serviço de seus interesses. Essa máxima republicana somente será verdadeira quando não existir nenhuma atuação estatal que fuja do controle judicial.

Limitamo-nos nesta pesquisa a conjugar a doutrina mais recente sobre o direito administrativo e a necessidade de constitucionalização desse ramo do direito, tema pouco enfrentado pelas pesquisas jurídicas acerca do controle e regulação de atividades públicas praticadas sob o manto de escolhas políticas. Para isso não nos distanciamos da dogmática, porém não nos quedamos inertes diante de verdades dogmatizantes, procurando acrescentar fundamentos suficientes ao instrumental teórico do direito administrativo, para que o exercício da política, externado por ações ou omissões estatais, não se perca em um vazio fértil para as arbitrariedades. A partir de então, lançamos as bases para um debate acerca da política e sua compatibilidade com o direito administrativo como ramo do direito responsável por regulamentar uma Administração que não só executa opções políticas do governo, mas também subsidia essas escolhas, traça metas, impõe diretrizes, ou seja, uma Administração que não se distingue do que hoje se denomina Governo.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. Tomo I. Apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. Vícios no poder do exercício do poder discricionário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 779, p. 11-46, set. 2000.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 109-129, jul./set. 2001.

ARENDT, Hannah. **O que é Política?** 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 1-133, abr./jun. 2003.

_____. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. p. 161-174.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2003b. p.328- 391.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jusnavigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 set. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999.

_____. Planejamento e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral. **Decisão monocrática**. Disponível em: <<http://www.tre-ap.gov.br/Home/>>. Acesso em: 22 nov. 2007a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário – Agravo Regimental 1410715/SP-SÃO PAULO** Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2007b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 577836 / SC**. Ministro LUIZ FUX, T1 - PRIMEIRA TURMA, data do julgamento: 21/10/2004, Publicação: DJ 28.02.2005, p. 200. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2007c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamentos Históricos**: Estado de sítio. Presos políticos de 1892 - HC 300. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico &pagina=hc300>. Acesso em: 22 jun. 2007d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Decisões Monocráticas. ADPF 45 / DF – DISTRITO FEDERAL ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF.SCLA%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 ago. 2007e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** - AgR 547745/RN-RIO GRANDE DO NORTE Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 02/10/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 14 nov. 2007f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE247924/RO – RONDÔNIA. **Recurso Extraordinário**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 30/05/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 11 nov. 2007g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19535/RJ; **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0017692-9**. Min. Relator: FRANCIULLI NETTO. T2 - segunda turma. Julgamento: 01/09/2005 DJ 31.05.2006 p. 244. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 11 nov. 2007h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** – Reclamação 3.982/Espírito Santo Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 19/11/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2008.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006b.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José Santos. A Discricionariedade: análise do seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 83-125.

CASTRO, Celso Braga de. **Desvio de conduta na Administração Pública**. 1995. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995.

_____. Aula do Curso de Especialização em Direito do Estado. Fundação Faculdade de Direito, Pavilhão de Aulas do Canela, Salvador, 23 de novembro de 2006.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional. **Anuário do Curso de Pós-Graduação em Direito**, Recife, n. 8, p. 77-116, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de constitucionalidade das Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 49-65. v. 2.

_____. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. **Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções**. São Paulo: UNESP, 1989. p. 61-101.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “Desvio de Poder” na Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVI, Kaline Ferreira. O Direito Administrativo, os atos de Governo e os Direitos Sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n. 13, p. 139-154, 2002.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Delpalma, 1989.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 11, p. 6-20, 1995.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7. ed. São Paulo: Vozes, 2005.

GARCIA, Emerson. O Direito Comunitário e o controle do poder pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 205-287.

GARCIA, Maria. Prefácio. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XI-XV.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo. **Revista de Administracion Publica**, Madrid, n. 38, p.159/205, maio/ago. 1962.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 2 v.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 1 e 2.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito posto e direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

_____. **A inclusão do outro**. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HEGEL. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

_____. _____. Lisboa: Guimarães Editores, 1986.

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

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio**. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005a.

_____. O Direito Administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. **Revista Negócios Públicos**, Curitiba, ano II, n. 6, p. 39-41, 2005b.

_____. **Pregão**: Comentários a Legislação do Pregão comum e eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

KRELL, Andréas J. **Discrecionalidade Administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Jus Navigandi**. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de controle. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>> Acesso em: 21 out. 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano demais humano**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação Administrativa a Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. Da administração burocrática à administração gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 47, v.120, n.1, p. 95-105, jan./abr.1996.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 164-192.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo - uma abordagem evolucionária**. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

_____. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Mota. São Paulo: Cultrix, 2001.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Os atos políticos no Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1990.

RIBEIRO, Manoel. **A institucionalização democrática do poder**. 2. ed. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1983.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RUA, Maria das Graças. Desafios da administração pública brasileira: governança, autonomia, neutralidade. **Revista do Serviço Público**, Brasília, Ano 48, n. 3, p.133-152, set./dez. 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. 4. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do interesses público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.217-246.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como Sistema**. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, 1980.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUSA, António Francisco de. **A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987.

_____. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português. 2006. 423 f. Tese (Pós-Doutoramento em Direito Público) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2006.

TÁCITO, Caio. Desvio de poder no controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 4, p. 25-42, 1993.

_____. A constituição e o direito administrativo. In: CORRÊA, Sérgio Moura (Org.). **Temas de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.78-90.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2006.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977.