

CONTRIBUIÇÕES HERMENÊUTICAS PARA O DESVELAMENTO DE UM NOVO PARADIGMA EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Celine Barreto Anadon
Universidade Federal do Rio Grande

Rafael Fonseca Ferreira
Universidade Federal do Rio Grande

RESUMO: O presente artigo, partindo de uma metodologia de caráter fenomenológico, busca trazer elementos para desconstruir a racionalidade dominante que sustenta os princípios da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público sobre o privado, trazendo em sua essência uma reflexão sobre a (in)adequação da estrutura teórica do Direito Administrativo frente às novas exigências e compromissos firmados pelo constitucionalismo democrático. Com base numa revisão bibliográfica, se constatou uma excessiva teorização e abstração das principais categorias administrativas, acarretando um distanciamento das práticas administrativas em relação aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito, especialmente no que diz respeito ao compromisso com os direitos fundamentais, faz emergir a necessidade de uma nova teorização objetivando superar os velhos e ultrapassados dogmas do direito administrativo a partir do paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988. A proposição final baseia-se na construção de uma concepção baseada na juridicidade administrativa e na participação pública em detrimento do caráter anti-democrático da dogmática administrativa dominante, possibilitando o desvelamento de um novo paradigma afinado com o exercício legítimo e democrático da função administrativa orientada para os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Juridicidade. Participação pública.

Introdução

Com o advento da carta constitucional brasileira de 1988, que trouxe em seu bojo um ambicioso projeto transformador da realidade social, novas e complexas tarefas foram impostas ao Estado – o que, sem dúvida, deve implicar a melhoria da sua capacidade administrativa, a fim de perseguir os resultados almejados. Nesse cenário, é essencial a contribuição do Direito Administrativo, sendo imperioso questionar como a doutrina administrativa portou-se diante das mutações estatais e do advento do constitucionalismo democrático e quais são as possibilidades de adequação do regime jurídico-administrativo, que fundamenta a atuação da Administração Pública, às exigências da nova ordem constitucional.

Dessa forma, pretende-se realizar uma análise dos principais eixos do regime jurídico-administrativo adotado pelo Direito Público brasileiro – o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado e da legalidade –, e confrontá-los com algumas das premissas instituídas pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, com ênfase na pesquisa bibliográfica, *a priori* será examinada a formação do Direito Administrativo e seu contexto de surgimento; em seguida, serão abordadas a evolução

estatal e a capacidade de adaptação da disciplina administrativa. Por último, objetiva-se destacar a existência de uma crise de paradigma do Direito Administrativo e lançar luzes sobre as possibilidades de modificação dos principais dogmas administrativos.

A realização deste estudo tem por escopo comprovar que as duas principais premissas em que se baseia a doutrina administrativista, herança do Estado de Direito Liberal francês, não subsistem ante o conjunto de direitos e garantias fundamentais sedimentados pelo constitucionalismo democrático, bem como ressaltar a emergência da reformulação do modelo de Direito Administrativo produzido pela doutrina brasileira.

1 O aprisionamento dos institutos administrativos no modelo de estado de direito liberal francês

Primeiramente, com o propósito de compreender os principais eixos dogmáticos administrativos, será necessário incursionar na história e evidenciar quais foram as circunstâncias políticas e ideológicas que influenciaram a construção de uma disciplina administrativa. Tem-se que o Direito Administrativo, como disciplina especial regulamentadora da atividade administrativa, se forjou no bojo do Estado de Direito Liberal francês; porém, conforme se demonstrará, seus institutos e conceitos assentam raízes mais profundas, no Antigo Regime, sendo relevante abordar as transformações dos modelos estatais (SILVA, 2003, p. 37).

A transição do que se convencionou chamar de antigo Estado para o Estado Moderno inaugurou um novo paradigma de Estado. Da passagem do medievo para o moderno, rompe-se com a predominante dominação carismática e patrimonial exercida pelos senhores feudais; e, a partir de então, o poder é institucionalizado e centralizado no Estado, passando a ser exercido de forma legal-racional, ou seja: a legitimação da dominação funda-se na existência de leis impessoais e de um aparato administrativo burocrático (STRECK; MORAIS, 2012, p. 43).

O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstâncias e necessidade, com seus monarcas ungidos por um direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. *Soberania* é o conceito da hora, concebida como *absoluta e indivisível*, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional. (BARROSO, 2010, p. 9, grifo do autor)

A partir do Estado Moderno, distinguiu-se radicalmente a esfera pública da privada, cabendo ao Estado o poder político e as tarefas administrativas e políticas. Os meios administrativos, antes de propriedade e a serviço de cada um dos senhores feudais, passam a pertencer ao Estado, sendo esse aparato/organização administrativa responsável pelo provimento do monopólio da força coercitiva e da prestação de parques serviços públicos (BOBBIO, 2007, p. 69).

Na fase inicial do Estado Moderno, em virtude da preponderância da ideia de soberania, o poder político concentra-se nas mãos do monarca, identificando-se o Estado com a pessoa do rei.¹ Nesse período, o monarca exercia o poder de forma perpétua, originária e irresponsável, inexistiam limites externos ao seu exercício. Havia apenas algumas leis esparsas que garantiam alguns direitos e privilégios a alguns estamentos (monarcas, marqueses, condes, barões), e o direito era um instrumento que representa a vontade do Estado, isto é, do monarca (STRECK; MORAIS, 2012, p. 45).

A burguesia francesa, descontente com a política opressiva imposta pelo soberano e incitada pelo capitalismo emergente, fomentou um movimento revolucionário almejando o poder político, uma vez que já detinha o domínio econômico decorrente da satisfatória atividade comercial. Os burgueses encontraram no liberalismo os argumentos que necessitavam para a instauração de uma nova ordem baseada essencialmente na limitação dos poderes estatais e focada na liberdade individual. Todavia, a busca do poder pela burguesia não visava especificamente a dismantelar a monarquia absolutista, mas sim a acabar com os privilégios da nobreza e do clero e com as relações de exploração entre os camponeses e os senhores feudais (BARROSO, 2010, p. 25-26).

Sob o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, promoveu-se um conjunto amplo de reformas antiaristocráticas, que incluíram: a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero. Essa primeira fase da revolução, que foi de 1782 a 1792, consumou o fim do Antigo Regime e pretendeu criar uma monarquia constitucional e parlamentar, em que o rei deixava de ser soberano por direito próprio e passava a ser delegado da nação. (BARROSO, 2010, p. 26, grifo do autor)

Com a Revolução Francesa em 1789, o poder estatal passou a ser delimitado por uma estrutura normativa a partir de uma Constituição, baseada na concepção tripartite do poder e na garantia de direitos individuais. Os burgueses vitoriosos queriam assegurar que o Estado se submetesse à lei e que teria um papel bastante reduzido, o que, sem dúvida, daria liberdade de ação aos indivíduos, principalmente no domínio econômico (BARROSO, 2010, p. 28).

A lei passou a ser o principal instrumento jurídico de garantia dos direitos dos indivíduos, regulando a relação entre o Estado e a sociedade. O constitucionalismo instaurado a partir da revolução francesa significava, em essência, limitação do poder estatal e supremacia da lei (Estado de Direito). As relações entre o Estado e a sociedade passaram a balizar-se, mormente, pela lei, geral e abstrata, que por si só era capaz prever todos os direitos e assegurá-los aos indivíduos, sedimentando a igualdade formal e a universalidade (STRECK; MORAIS, 2012, p. 91).

Valores como a soberania popular, a separação dos poderes, o sufrágio universal, a proteção de direitos individuais, com ênfase em liberdades públicas, igualdade formal e propriedade, foram consolidados no constitucionalismo. Com a ascensão da burguesia, no Estado Liberal, o poder econômico e o poder político firmaram uma aliança que se perpetuou.

Neste aspecto, é oportuna a referência que fazem Streck e Morais:

O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade - ou seja, a submissão da soberania estatal à lei - a divisão de poderes ou funções e, a nota central, garantia dos direitos individuais (STRECK; MORAIS, 2012, p. 94)

É relevante assinalar que a forma como a teoria da separação dos poderes foi invocada pelos franceses pôs em ênfase a primazia e a independência do Poder Executivo. No cenário francês pós-revolução, a burguesia sentia-se representada no parlamento, eleito pelo sufrágio censitário, e a nobreza estava identificada com a justiça, de forma que o exercício do poder de controle sobre as ações do Poder Executivo pelas autoridades judiciais representava uma forte ameaça aos ideários dos revolucionários (SILVA, 2003, p. 12).

A interpretação radical conferida à independência dos poderes separou profundamente as funções estatais, impedindo qualquer ingerência ou controle entre os poderes. Devido a uma grande antipatia e desconfiança cultivadas na França em relação ao Judiciário, composto pela nobreza nomeada pelo rei, os tribunais comuns foram impedidos de julgar litígios envolvendo a Administração Pública: considerava-se que julgar litígios administrativos ainda era administrar e, por isso, não cabia ao Poder Judiciário. Com a finalidade de reforçar e proteger a autonomia da Administração Pública, a França instituiu um controle de legalidade doméstico (interno), mantendo sua atuação fora do controle dos demais poderes (SILVA, 2003, p. 21).

Em que pese ter havido um novo projeto político e jurídico liberal, no que tange à organização e funcionamento da estrutura administrativa, nota-se claramente a herança do caráter centralizador e autoritário do Estado Absolutista, que seguiu atuando segundo os velhos institutos que reforçavam o poder de império do Estado.

As instituições “herdadas” do Antigo regime vão ser entendidas e enquadradas no âmbito das novas concepções do liberalismo político, o que altera a sua natureza e modo de funcionamento. A mescla das velhas instituições com os novos princípios, assim como o surgimento de novas instituições, têm como resultado uma combinação original que é a Administração Pública do Estado liberal. O liberalismo político gerou, assim, um modelo de Administração original e típico. (SILVA, 2003, p. 39)

A despeito do pensamento democrático e liberal que impulsionava a construção de um novo modelo de Estado, no que se refere ao modo de organização e funcionamento da Administração, é possível afirmar que o modelo de administração pública do Estado Liberal continuou se caracterizando pela centralização do poder, pela autoridade soberana e pela burocracia. O escalonamento e o encadeamento de competências no sentido da periferia para o centro asseguraram totalmente a autoridade centrada no poder político do soberano, e a criação de uma jurisdição administrativa, distinta da comum, garantiu uma esfera de imunização das atuações e decisões do Poder Executivo (SILVA, 2003, p. 39-40).

O Conselho de Estado, tribunal administrativo, existente desde 1799, tinha a atribuição de julgar, em última instância, os litígios envolvendo o Estado ou qualquer

outra pessoa pública, e os particulares. Desenvolveu, também, uma atividade consultiva, não vinculante, da atuação estatal, que, com o decorrer do tempo, foi ganhando mais credibilidade. Nesse contexto, a jurisprudência oriunda do Conselho de Estado concebeu o Direito Administrativo, que se constituiu em um direito especial, derogatório do comum, para tratar especificamente das relações da Administração Pública. Ressalta-se que os conceitos e institutos de Direito Administrativo nascem na intimidade da própria Administração, das decisões proferidas pelo próprio Poder Executivo, e não da lei como manifestação da vontade geral (BINENBOJM, 2005, p. 51).

Nota-se que se, por um lado, o contencioso administrativo inovava com a possibilidade de apreciação dos comportamentos da Administração, por outro, sendo a própria Administração o juiz da causa, o Poder Executivo mantinha suas atuações e decisões afastadas do controle do Judiciário. Nessa esfera de imunidade, os particulares sentiam-se pouco encorajados a questionar os comportamentos da Administração e totalmente afastados da atividade desenvolvida por ela.

O contencioso administrativo nada mais era que o velho Conselho do Rei, que apenas se incumbia de apreciar a legalidade do ato, acabando por afugentar as eventuais reclamações dos particulares. Na verdade, o indivíduo era mero colaborador na tarefa de indicar os possíveis comportamentos ilegais da Administração, o que, eventualmente, poderia coincidir com a violação de algum direito individual. Assim, o foco do recurso era o ato administrativo, uma vez que o indivíduo não era parte do processo em sentido material, de modo que “o particular participava no processo como um auxiliar da Administração e não como titular de direitos próprios em face dela” (SILVA, 2003, p. 51).

Na conformação liberal, de primazia da lei, a vinculação da Administração à legalidade era tida como negação da vontade do Estado e garantia de não ingerência do poder soberano na vida dos indivíduos, daí o caráter negativo atribuído à legalidade. A lei, como instrumento jurídico, estabeleceria um espaço de reserva vedado à atuação da Administração - portanto, de prevalência do interesse privado (proteção dos direitos individuais) sobre o público (SILVA, 2003, p. 43).

Se teoricamente o aspecto negativo da legalidade diminuía a esfera de poder de atuação da Administração na vida privada, por outro lado, na prática, restaram ampliados os espaços discricionários para atuação da Administração, que se apropriou dos espaços de liberdade de adequação da lei para agir sob a escusa de buscar o atendimento do interesse público do Estado, não revelado, inclusive usando de sua autoridade para constringer os particulares.

A existência de discricionariedade na atuação da Administração Pública, mesmo com a pretensa vinculação estrita à legalidade, confundia até mesmo a doutrina administrativa, que procurou, sem sucesso, explicitar os limites do alcance da margem de liberdade das escolhas administrativas.

A doutrina esforçou-se por resolver o dilema, mediante a afirmação de que o poder discricionário só existia nos casos expressamente previstos na lei, o que era só uma resposta aparente (e meramente formal), uma vez que, por um lado, o número de leis era diminuto e, por outro lado, essas leis atribuíam a Administração poderes

de escolha muito amplos. Dizer que os poderes de escolha da Administração resultavam da lei continuava a não explicar porque é que a lei atribuía poderes discricionários tão amplos a uma Administração supostamente limitada a tarefas de mera execução. (SILVA, 2003, p. 61)

Associou-se fortemente à ideia de legalidade uma natureza puramente executiva da função administrativa, que estaria limitada ao fiel cumprimento das opções estabelecidas nos textos legislativos. Tendo em vista que, nesse contexto, a lei não conferia direitos subjetivos ao cidadão em face do Estado e as atividades administrativas eram exclusivamente a de limitar os comportamentos individuais não desejados, a Administração Pública passou a ser percebida como verdadeira inimiga dos cidadãos (SILVA, 2003, p. 53).

O caráter agressivo da Administração manifestou-se no exercício de uma atividade eminentemente de polícia, de limitação da propriedade e da liberdade. Verifica-se que as tarefas administrativas, nesse período, consistiam basicamente na manutenção da ordem interna, na administração da justiça e na defesa da soberania. A marca central do direito/lei era a coerção de comportamentos individuais, a partir da possibilidade da imposição de penalidades.

O poder da Administração exteriorizou-se através de atos administrativos unilaterais suscetíveis de execução forçada. Dessa forma, a atividade administrativa passou a ser reconhecida por uma rigidez no trato com o indivíduo, que aos olhos da Administração seria seu súdito. A perspectiva do relacionamento do indivíduo e Administração mereceu destaque no contexto liberal, visto que, conforme descreve Silva (2003, p. 63), “fazia-se através de contactos (ironizando, quase poderíamos falar em confrontos ou “escaramuças”) fugazes e instantâneos”.

Nessa esteira, no bojo do contencioso administrativo foi lavrado um conceito de ato administrativo, com o intuito de delimitar o comportamento da Administração para fins de controle: por meio do ato, a Administração expressaria a sua vontade, seria o ponto de contato entre Administração e administrado. No entanto, em virtude da tendência arbitrária da Administração, o conceito de ato administrativo expressou muito mais a manifestação do poder administrativo e das prerrogativas da Administração (unilateralidade e coerção) do que uma possibilidade de controle do poder através da garantia dos direitos individuais (SILVA, 2003, p. 44).

Com isso, as características autoritárias da Administração Pública foram reforçadas no período liberal, principalmente pela criação da justiça administrativa e do Direito Administrativo, embora existente a retórica de garantia da liberdade ao indivíduo.

Cumprir aclarar que o Direito Administrativo foi fruto do Estado liberal francês e surgiu para regular especificamente as relações entre a Administração e o administrado, diferentemente do que ocorreu nos países de tradição *common law* (ingleses e norte-americanos), nos quais as relações entre Administração e administrado, até meados do século XX, eram regidas pelas mesmas regras e submetidas aos mesmos tribunais que decidiam os conflitos entre os particulares, não havendo uma disciplina administrativa propriamente dita (DI PIETRO, 2007, p. 3-4).

Desde a sua origem até os dias de hoje, o Direito Administrativo, que teoricamente se comprometeu em resguardar os direitos dos cidadãos perante o Estado, através da submissão do Estado a lei e da inserção de meios e instrumentos de controle da função administrativa, caracteriza-se por movimentos contraditórios. As categorias mais elementares da disciplina representaram, antes, a reprodução e a manutenção das práticas administrativas do Antigo Regime do que a sua superação (BINEMBOJM, 2005, p. 50-51). O cunho protecionista atribuído ao Direito Administrativo não passava de um mito, o que é possível constatar no caráter ambíguo de alguns de seus institutos e também na fragilidade da estrutura teórica administrativa.

Nada obstante, se, de um lado, não é mais possível compactuar com a visão *romântica* de um surgimento milagroso e pleno de boas intenções (voltadas permanentemente à proteção da cidadania e ao controle jurídico do poder), tampouco advogar que uma monolítica razão *maquiavélica* (no sentido de uma lógica de preservação do poder) esteve sempre por trás de todo o desenvolvimento do Direito Administrativo. Mais correto é pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de *impulsos contraditórios*, produto da tensão dialética entre a *lógica da autoridade* e a *lógica da liberdade*. (BINEMBOJM, 2008, p.2, grifo do autor)

Com isso, os eixos principais do direito administrativo francês, que constituíram um regime jurídico-administrativo posteriormente adotado por diversos países europeus e latinos, foram concebidos no seio dessa contraditória e turbulenta relação da sociedade com o poder estatal, na qual o indivíduo não se via como parte integrante do Estado e dele buscava se proteger; e o Estado, por sua vez, não se envolvia (ou pouco se envolvia) nas questões sociais relativas aos cidadãos, como saúde, educação, saneamento básico e outras.

Assim, a doutrina jurídica do Direito Administrativo alicerça-se sobre a ideia central da existência de um interesse público consistente no próprio interesse da pessoa estatal, que é externo e contraposto aos interesses dos indivíduos (privado). Tal dicotomia justifica porque a Administração Pública tornou-se o ramo mais conservador, atrasado e impenetrável às mudanças provocadas pelas conquistas liberais e democráticas (MOREIRA, 2007, p. 11).

Outro aspecto que chama bastante atenção na construção histórica dos institutos administrativos é a sua baixa vinculação ao Direito Constitucional. Os elementos do Direito Administrativo, frutos dos acórdãos proferidos pelo Conselho do Estado (tribunal administrativo francês), aproximaram-se mais das práticas da Administração Pública do Antigo Regime do que propriamente das premissas da nova ordem liberal democrática (BINEMBOJM, 2008, p. 4).

Esse afastamento que o Direito Administrativo tem em relação ao Direito Constitucional de certa forma explica porque a sua estrutura teórica e seus institutos permaneceram imunes às transformações dos modelos estatais e também possibilitaram justificar a sua longevidade.

A cristalização do modelo de Estado Liberal em conceitos jurídicos, que foi, sobretudo, obra das diferentes correntes positivistas, vai ter como consequência a perpetuação dessas teorizações dogmáticas, mesmo para além das realidades histórico-políticas que justificaram a sua criação. Os conceitos jurídicos ganham uma vida própria e adequam-se a realidades distintas, mantendo-se mesmo quando os sistemas teóricos em que se integram são abalados e desmoronam. (SILVA, 2003, p. 69)

Silva (2003) e Binenbojm (2005) sustentam que esse processo de desvinculação do Direito Constitucional faz com que o Direito Administrativo se alimente de categorias, institutos, princípios e regras próprios, alienados das mutações constitucionais, artifício garantido pela continuidade da burocracia que lhe é característica.

Com base no modelo de Administração Pública do Estado Liberal francês, a doutrina administrativa elaborou seus institutos, suas regras e seus princípios, que se perpetuam e sobrevivem às transformações sociais, políticas e ideológicas, não sucumbindo nem mesmo com o advento do Estado de Direito Social e, posteriormente, do Estado Democrático de Direito. O aprisionamento dos institutos de Direito Administrativo no paradigma da Administração Pública do Estado Liberal francês é assim denunciado por Justen Filho:

Ocorre que o instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, legalidade, discricionariedade administrativa, poder de polícia. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre Léon Duguit e Maurice Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. [...] Em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 78-79)

Isso significa que, não obstante a evolução do Estado Moderno, passando pela ascensão do Estado de Bem-Estar Social até o advento do Estado Democrático de Direito, no século XX, a teoria do Direito Administrativo permaneceu apegada aos seus velhos conceitos e as suas velhas instituições, o que, de certa forma, pode justificar o agir descompassado da Administração Pública em relação aos anseios e às demandas da sociedade atual.

Em virtude da evolução do Estado, as atividades administrativas sofreram grandes modificações. Emergiu a necessidade de um novo modelo de Administração Pública capaz de compatibilizar seu modo de atuação com as expectativas e compromissos firmados pelo Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, urge problematizar a necessidade de transformação de alguns dos principais eixos do modelo teórico administrativo, a fim de melhor subsidiar a atuação da Administração Pública diante das novas e complexas tarefas assumidas pelo Estado, no constitucionalismo democrático.

2 Da crise do paradigma teórico administrativo frente ao constitucionalismo democrático

As primeiras transformações das tarefas impostas à Administração Pública ocorreram com a emergência do Estado do Bem-Estar Social ou de Providência, que se deu em virtude do declínio do modelo de Estado Liberal. É preciso referenciar que a acentuada liberdade contratual e do direito à propriedade e a ausência de uma atuação estatal no campo social, características inerentes ao liberalismo, acarretaram um desequilíbrio social excessivo entre a classe burguesa e as classes desfavorecidas (STRECK; MORAIS, 2012, p. 68-69).

O modelo de exploração da mão de obra implantado pela burguesia capitalista deu origem a um proletariado urbano, vulnerável a todo tipo de infortúnio, emergindo, assim, uma luta por melhores condições de trabalho e de vida. Com a finalidade de amenizar os conflitos sociais entre a burguesia e a classe operária, mas também a fim de proporcionar um maior desenvolvimento do capitalismo, tornou-se imperiosa a intervenção reguladora do Estado na economia e na promoção do bem-estar comum.

Por decorrência, reconhece-se que a realização dos direitos fundamentais exige não apenas um Estado de Direito caracterizado pela ausência de atuação em face dos problemas e da realidade socioeconômica. A finalidade buscada não é apenas limitar o poder estatal. É necessário limitar o poder estatal, mas também é indispensável que o Estado seja um instrumento de promoção do desenvolvimento econômico e social. Impõe-se a existência de um Estado intervencionista, cuja atuação seja voltada a obter a concretização de valores fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 76)

No Estado do Bem-Estar Social, buscou-se corrigir as mazelas ocasionadas pelo individualismo pregado pelo Liberalismo Clássico através do estabelecimento de garantias coletivas. Almejava-se a igualdade entre os indivíduos pela inclusão de prestações positivas, por intermédio da lei, na agenda do Estado. Nesse desiderato, a noção formal e negativa de lei foi esvaziada; a lei, além de limitar a atuação estatal, passou a criar obrigações positivas para o Estado (STRECK; MORAIS, 2012, p. 96).

Em âmbito global, o Estado do Bem-Estar Social caracterizou-se por garantir padrões mínimos de renda, alimentação, saúde e emprego a todos os cidadãos como decorrência lógica dos direitos sociais e políticos. A intervenção do Estado na economia e nas questões sociais ampliaram, sobremaneira, tanto o número quanto a complexidade das tarefas a serem desenvolvidas pela Administração Pública.

O intervencionismo estatal alterou inclusive a relação entre o Estado e a sociedade, aumentando os contatos entre a Administração Pública e os indivíduos: antes pontuais e individuais, tornaram-se cada vez mais habituais e imprescindíveis à vida em sociedade. Os cidadãos, em razão do alargamento dos serviços públicos prestados pela Administração, passaram a depender de forma direta ou indireta da atuação estatal, rompendo o equilíbrio entre o espaço público e o espaço privado.

No entanto, apenas o reconhecimento legal da existência de direitos civis, políticos e sociais não foi suficiente para concretizar a almejada igualdade material entre os indivíduos. Ao longo das décadas de 1970 e 1980, o modelo de Estado Social entrou em declínio nos países europeus e nos Estados Unidos, nos quais sua realidade foi efetivamente vivenciada. A exagerada intervenção estatal na economia de mercado, criando rigorismos não desejados; a ineficiência das políticas públicas, que não obtiveram êxito na promoção da justiça social; e o crescimento do papel do Estado, que se tornou demasiadamente oneroso e poderoso, foram alguns fatores que levaram à corrosão do Estado-Providência (CHEVALLIER, 2009, p. 30).

Nessa esteira, a dívida social e política do Estado com a sociedade permaneceu, se não aumentou. É pertinente citar também a ascensão, em alguns países capitalistas (Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido) pós-anos 1970, das propostas neoliberalistas que visavam ainda mais ao reducionismo do papel do Estado, apontando na direção oposta dos compromissos firmados pelo Estado Social (SADER; GENTILI; BORÓN, 1995, p. 11).

No intento de recobrar do Estado o seu papel de agente principal na erradicação das desigualdades sociais, exigiu-se a volta de políticas públicas típicas do Estado de Providência. Porém, o processo histórico desencadeou a construção de um novo conceito de Estado, que seja capaz de conjugar valores fundamentais como a democracia e a igualdade material, possibilitando aos sujeitos a participação efetiva na definição dos novos rumos da sociedade.

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma vida em sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência. (STRECK; MORAIS, 2012, p. 97-98)

O cerne do Estado Democrático de Direito está na necessidade de ultrapassar os pilares que fundamentaram o Estado de Direito Liberal e Social e caminhar para o desenvolvimento de uma sociedade que almeje mais que a limitação do poder e a garantia de direitos individuais e coletivos diante do Estado. A proposta é de inauguração de um processo de participação pública dos sujeitos na projeção de uma comunidade, que somente se torna possível a partir da garantia de mínimas condições de vida (STRECK; MORAIS, 2012, p. 98).

Demonstrou-se, ao longo do processo histórico, que somente fundar um Estado sob as premissas da legalidade (Estado de Direito) e da não ingerência estatal mostrou-se insuficiente para garantir direitos aos cidadãos. Por isso, o Estado democrático de direito parte de conceitos como a Constituição, a organização democrática, um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, a justiça social, a igualdade material, a divisão de competências ou poderes, a legalidade substantiva, a segurança e certeza jurídicas (STRECK; MORAIS, 2012, p. 99).

A Constituição passa a ter papel fundamental no processo de incorporação de valores e bens jurídicos desejados pela sociedade e que ainda não foram alcançados, bem como na manutenção dos direitos fundamentais que já integram o patrimônio da comunidade. O texto constitucional, entendido agora como lei fundamental de uma comunidade, tomba a veneração à lei, fazendo com que o Poder Público avance no sentido de procurar a legitimação da sua atuação também por meio do atendimento a valores e princípios fundamentais, sendo patente, no constitucionalismo a evolução do conceito de legalidade para legitimidade.

Um constitucionalismo não apenas como foi classicamente concebido, restrito a declarar liberdades, direitos e garantias, organizar poderes estatais e a estabelecer metas programáticas, instituidor de um *Estado de Direito*, mas um constitucionalismo expandido, desenvolvido para instituir valores e processos legitimatórios e prestigiar o homem e a cidadania em todas as suas manifestações e sob todos os seus aspectos, inclusive entronizar a licitude no comportamento público como valor constitucional, para instituir também, nesse novo processo, um *Estado Democrático*. (NETO, 2007, p. 16, grifo do autor)

Com isso, a importância do texto constitucional está na relevância que confere aos procedimentos que institui para que as decisões sejam adequadamente tomadas pelos órgãos competentes. A participação pública e o constitucionalismo tornam-se as bases desse movimento que busca a realização da democracia na sua plenitude. A adesão ao princípio democrático significa aos cidadãos alcançar condições materiais suficientes a sua autodeterminação, com a finalidade de promover o permanente diálogo e planejamento de metas coletivas. No Estado Democrático de Direito, os destinos dos indivíduos estão ligados, prevalecendo o caráter associativo e solidário das vidas particulares em prol de um projeto comunitário. A democracia não se restringe à escolha dos governantes, mas é ampliada também a escolha de como se quer ser governado (NETO, 2007, p. 41).

Para que seja possível a participação de todos nos processos de escolha, impõe-se ao Estado a promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais necessários ao estabelecimento das condições mínimas de uma existência digna, capazes de proporcionar a inserção do cidadão na vida social e política. Portanto, os desafios do constitucionalismo democrático, nesse início do século XXI, tornam possível a consolidação do projeto de emancipação dos sujeitos através da garantia do direito a liberdade, participação, justiça, diversidade, pluralismo, entre outros (STRECK; MORAIS, 2012, p. 104).

No constitucionalismo democrático, o Direito retoma a sua autonomia e, ao se utilizar da força normativa da Constituição, assume um papel ordenador e conformador da realidade social e política, garantindo direitos e impondo deveres. As normas constitucionais, agora dotadas de caráter normativo e de máxima hierarquia no ordenamento jurídico, adjudicam direitos subjetivos aos cidadãos em face do Poder Público, facultando aos indivíduos a exigência de prestações positivas e negativas que oportunizem a fruição de bens e interesses jurídicos.

Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que depara à boa doutrina constitucional de nosso tempo. Sem embargo do debate doutrinário que ainda se possa aferir, a corrente de ideias mais idôneas no Direito Constitucional Contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas. Sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa. Não há numa Constituição, como disse o nosso Rui Barbosa, proposições ociosas, sem força cogente. (BONAVIDES, 2010, p. 216)

Em virtude das mudanças ocorridas no modelo de Estado, urge para Administração Pública a redefinição do seu modo de agir e das suas tarefas, que não compreendem apenas a vinculação à legalidade como forma de observar os direitos individuais, a qual limita a sua atuação. O constitucionalismo democrático exige uma atividade administrativa voltada à promoção dos direitos fundamentais e à implantação da democracia. Com a absorção das mais diversificadas demandas sociais pelo Estado, à Administração Pública foi confiada a execução de um conjunto vasto de prestações materiais positivas que terão por escopo garantir o funcionamento do próprio Estado e o mínimo de bem-estar social.

Impõe-se a Administração Pública uma urgente e imediata transição do seu modelo autoritário a um modelo democrático. O compromisso de transformação do súdito em um sujeito de direitos passa, inevitavelmente, pela realização dos valores e princípios constitucionais que assegurem uma existência digna, o que somente é possível acontecer a partir da intervenção ativa dos agentes estatais.

O ideário de participação dos cidadãos nas tomadas de decisão do Estado exige que a Administração lance mão de instrumentos procedimentais que valorizem o acesso a informações, a transparência e a eficiência e propiciem a conjugação dos esforços da Administração e dos cidadãos. Portanto, reconhecem-se aos cidadãos direitos fundamentais, concebidos como interesses difusos e direitos subjetivos, como é o caso da proteção do meio ambiente, da qualidade de vida, da saúde, da educação e da moradia, que vinculam diretamente a ação dos poderes públicos.

Assim, os direitos subjetivos não são apenas posições jurídicas próprias dos indivíduos isoladamente considerados, mas implicam também na participação do indivíduo no desempenho da atividade administrativa; não são somente realidades substantivas, mas conferem igualmente poderes processuais; nem sempre a sua atribuição é feita de forma individualizada, antes resulta muitas vezes da situação concreta em que o particular se encontra perante a Administração Pública, e que é idêntica à de outras pessoas, que em virtude disso, possuem direitos similares. (SILVA, 2003, p. 80)

A perspectiva formalista e individualista, de salvaguardar os direitos à liberdade e à propriedade unicamente através da lei, tombou ante as novas expectativas e compromissos do constitucionalismo democrático. O poder administrativo, antes legitimado pura e diretamente na autoridade, tem de buscar a legitimação de seu poder na eficácia do seu modo de organização e funcionamento, capaz de obter resultados satisfatórios para a comunidade (CHEVALLIER, 2009, p. 84).

Não obstante todas essas modificações, o conteúdo do constitucionalismo democrático não ingressou imediata e integralmente no Direito Administrativo e, por conseguinte, na prática da Administração Pública. A dogmática administrativa majoritária continuou, em sua essência, a orientar-se pela mesma realidade política do Estado de Direito Liberal, desconsiderando totalmente o projeto do Estado Democrático.

No Brasil, o cenário não difere muito: embora a Constituição Federal de 1988 tenha corroborado um processo democrático bastante lento para a nação, a Administração Pública brasileira ainda reflete percepções personalistas do poder, nas quais o administrador utiliza como critério de validade dos atos administrativos a sua vontade pessoal e busca nos seus projetos pessoais um fundamento de legitimação para a dominação exercida (JUSTEN FILHO, 2012, p. 83).

Relativamente à história do Direito Administrativo no Brasil, desde as suas raízes, remontando à 1ª República, em 1891, ao contrário da experiência francesa, foi adotado o sistema de jurisdição única, afastando-se totalmente a possibilidade da existência de um contencioso administrativo. Apesar da opção pela jurisdição única, o Direito Administrativo pátrio desenvolveu-se e consolidou-se com o predomínio da dogmática francesa, tanto que as primeiras obras brasileiras se orientaram pelas matérias e princípios gerais aplicados por doutrinadores franceses, italianos e alemães (MEDAUAR, 2010, p. 40).

A partir da década de 1930, sob a escusa de promoção do Estado do Bem-Estar Social, o intervencionismo do Estado nos campos econômico e social serviu muito mais para manter o caráter patrimonialista e autoritário do Estado centralizador brasileiro do que para efetivamente desenvolver os ideais democráticos.² Demasiadamente arraigado na cultura brasileira, graças às péssimas influências das monarquias portuguesa e espanhola, o desejo de apropriação da coisa pública pelo governante foi determinante para a constituição de um perfil de Administração Pública pernicioso, bastante propenso a uma burocracia ineficiente, aos favoritismos, à corrupção, ao empreguismo, entre outras mazelas (BARROSO, 2010, p. 67).

Com isso, o arquétipo da Administração Pública francesa encontrou terreno fértil em solo brasileiro, o que acarretou o surgimento de uma organização administrativa bastante complexa e uma crescente burocracia, tudo adaptado às peculiaridades da comunidade nacional. O Poder Executivo tornou-se o coração da vida estatal, fazendo com que a sociedade (leia-se: as elites) nele enxergasse o lugar privilegiado para a garantia de realização dos seus interesses pessoais mais íntimos e desvinculados da realização do interesse comunitário (PESSOA, 2009, p. 55).

Nessa esteira, o desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil, iniciado na Era Vargas (1930-1964), adotou integralmente os elementos do regime jurídico-administrativo da doutrina administrativa francesa, tais como a vinculação à legalidade, a supremacia do interesse público, a discricionariedade, o ato administrativo, a insindiciabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, e a concessão de privilégios materiais e processuais à Administração.

O paradigma jurídico-administrativo que se implantou era resultado de uma combinação de princípios do constitucionalismo liberal dominante e das exigências no novo constitucionalismo social, que alterara o princípio da separação dos poderes pela grande concentração de atribuições do Estado no Poder Executivo. [...] Formou-se assim, um quadro institucional e teórico marcado por “compromissos práticos” entre princípios liberais ao nível da organização administrativa - suspensos durante o Estado Novo e a Ditadura de 1964 - e princípios autoritários ao nível de administração pública, apresentando-se o direito administrativo como o “ponto de convergência” destes compromissos. (PESSOA, 2009, p. 6-7)

No período ditatorial, consolidam-se na doutrina administrativa brasileira as duas ideias centrais que servirão de base ao regime jurídico-administrativo, a supremacia dos interesses públicos sobre os privados e a indisponibilidade dos interesses públicos. O princípio da legalidade também ganhou forte relevância, confiando-se à lei a tarefa de condicionar as atuações da Administração, não apenas no aspecto negativo, mas também positivo.

Mesmo com a inauguração de uma nova perspectiva, com a Constituição democrática de 1988, a supremacia e a indisponibilidade, bem como a legalidade, seguiram como tripé do Direito Administrativo, servindo, majoritariamente, como fundamento de validade para as atuações e decisões administrativas. Os principais eixos que sustentam a disciplina administrativa tomaram um sentido em si mesmo, pré-constituídos, como se tivesse uma vida própria, independente dos fatos sociais, da realidade das coisas e dos sujeitos (OHLWEILER, 2005, p. 123).

A adoção do regime jurídico-administrativo francês pelo Direito Administrativo brasileiro tornou a disciplina administrativa excessivamente técnica e apartada da realidade em que está inserida, limitando os horizontes de compreensão dos acontecimentos cotidianos que orbitam na esfera administrativa. As relações sociais modificaram-se, e o Direito Administrativo continua a dar as mesmas respostas de séculos atrás, como se houvesse somente uma resposta correta e para cada caso, reduzindo as possibilidades de sentido e de acesso aos seus institutos.

A crítica do presente trabalho cinge-se, portanto, à extremada teorização, pela doutrina brasileira, dos principais eixos dogmáticos do regime jurídico-administrativo - supremacia e indisponibilidade do interesse público e legalidade -, o que tem implicado o descompasso e o afastamento da atuação administrativa dos compromissos firmados pelo texto constitucional brasileiro e impedido uma reflexão e revisão do Direito Administrativo. Conforme será abordado, os citados princípios estão na base do Direito Administrativo brasileiro e continuam sendo utilizados como fundamento de validade das atuações e decisões administrativas, o que contribui sobremaneira para a manutenção do caráter autoritário e privilegiado da Administração Pública.

Pretende-se problematizar os referidos conceitos a fim de possibilitar um trabalho de interrogação das práticas doutrinárias brasileiras que estruturam o regime jurídico do Direito Administrativo, almejando confrontar os velhos institutos e conceitos administrativos com o contexto constitucional, apresentando-os sob uma nova perspectiva, mais aberta e reflexiva, que colabore, assim, para uma construção mais democrática da disciplina administrativa.

3 O desvelamento de um novo modelo de Direito Administrativo: a inserção da participação pública e da juridicidade administrativa na doutrina administrativista

A doutrina administrativista brasileira define, majoritariamente, que o regime de direito público se sustenta, fundamentalmente, na existência de dois princípios: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 57), “todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”.

A propósito, tal assertiva não difere muito da concepção adotada pelo administrativista Hely Lopes Meirelles (2004, p. 103), para quem “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”. As lições de Meirelles e Mello são seguidas por Di Pietro e Gasparini, no que diz respeito à supremacia do interesse público sobre o privado, apenas para citar o entendimento difundido por quatro autores adotados como referência doutrinária administrativa nas universidades brasileiras.

Estranhamente, o princípio da supremacia já estipula que, *a priori* e abstratamente, o interesse público sempre prevalece sobre o privado (hierarquia vertical). A ideia contida no princípio é a de que à Administração Pública incumbe um poder/autoridade de proteção dos interesses coletivos que manifestam uma vontade geral (estabelecida na lei). A superioridade atribuída à Administração garante a sua posição privilegiada perante os cidadãos, o que implica o exercício dos poderes da Administração pela prática dos atos administrativos - dotados das presunções de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade - e na indisponibilidade dos interesses e bens públicos.

O interesse público reveste-se no “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2010, p. 61). Trata-se, portanto, da percepção de um interesse inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes da sociedade e superior a eles, o que por si só fundamenta as prerrogativas formais e materiais conferidas à Administração Pública.

É notável que o princípio da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade, decorrente do primeiro, se prestam a legitimar o poder na autoridade e centralidade da Administração Pública,³ o que colide direta e frontalmente com as premissas do constitucionalismo democrático, que preconiza a constante participação pública e a promoção dos direitos fundamentais como condições de possibilidade do exercício da cidadania.

A supremacia é exteriorizada por meio de algumas prerrogativas da Administração em face dos particulares, como: presunção de veracidade e legitimidade de seus atos; modificação unilateral dos contratos; prazos maiores para intervenção nos processos judiciais;⁴ entre outras. Convém questionar se tais prerrogativas conferidas à Administração Pública, em todos os casos, coadunam-se com o exercício legítimo e democrático da função pública ou apenas se prestam à manutenção de uma atividade administrativa ineficiente e arbitrária.

Ainda, a ideia de interesse público baseia-se na dicotomia público-privado, influência da concepção liberal-individualista. Dessa forma, funda-se uma tensão entre Estado e sociedade, o que, de certa forma, é determinante para justificar a imposição de restrição aos interesses privados em nome da preponderância dos interesses públicos (OHLWEILER, 2005, p. 136). Partindo da dissociação entre interesses públicos e privados, o Direito Administrativo criou a falsa ilusão de que existe um espaço restrito à atuação privada e um espaço específico destinado à atuação coletiva - como se, no público, não houvesse o privado e vice-versa.

Um primeiro problema teórico identificado em relação ao princípio da supremacia do interesse público encontra-se na adoção, pela maior parte da doutrina brasileira, de uma concepção *unitária* de interesse público, como premissa, e na afirmação, em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual), que pressupõe, *a fortiori*, a sua *dissociabilidade*. Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro? (BINENBOJM, 2008, p. 10, grifo do autor)

É patente o elevado grau de abstração do princípio da supremacia do interesse público, que, de acordo com o seu enunciado, faz crer a existência de um interesse público universal e abstrato imbuído da vontade geral, sobreposto aos interesses privados. Outro aspecto a se considerar é a manipulação do conteúdo do interesse público pela Administração Pública. Ou seja: em virtude de sua soberania, é conferido ao administrador o poder de único interprete da finalidade pública que deverá preponderar sobre os interesses privados.

Dessa forma, as atuações e decisões da Administração, majoritariamente, acabam se justificando pela persecução do interesse público, tendo em vista o mito formulado pela doutrina de que a Administração Pública é a única capaz de dizer o interesse público e de tutelá-lo em face dos supostos interesse privados. A definição *a priori* e abstratamente do interesse público passa, então, a ser motivadora de várias atuações e decisões da Administração, sem que efetivamente esse interesse seja resultado concreto de um processo de participação pública.

Com isso, não se está negando a existência de limites ao conteúdo do interesse público, constitucionais e legais. Porém, é evidente que é conferida ao administrador uma imensa margem de livre apreciação (discricionariedade) quando se projeta na Administração a competência de dizer e de realizar o interesse público.

Compartilha-se do entendimento de Justen Filho (2012), Binenbojm (2005) e Ohlweiler (2005), de que não há possibilidade de uma predeterminação objetiva e abstrata do interesse público. Na busca pela compreensão do interesse público, o texto constitucional não funciona como um elemento de subsunção, pois é imprescindível, em cada circunstância, uma tarefa de diálogo com os aspectos constitucionais capaz de fazê-lo emergir. Em última análise, o sentido autêntico do interesse público somente será compreendido no momento concreto de sua aplicação (OHLWEILER, 2005, p. 134).

O constitucionalismo democrático conduz ao entrelaçamento entre a cidadania e o interesse público, porque não é possível cogitar uma decisão pública sem a participação dos cidadãos em um processo construtivo de significação do interesse público. A participação é fator de legitimação das decisões, na medida em que insere o indivíduo no fazer administrativo, tornando-o corresponsável por alcançar os resultados e por promover os valores fundamentais consolidados no texto constitucional.

A aproximação entre a Administração Pública e os cidadãos, proporcionada pela participação, acarretará o aprimoramento da democracia, tendo em vista que a comunidade passa a compartilhar com o Estado o planejamento, as decisões, a execução e o controle da função administrativa. O Estado perde o seu poder soberano e o monopólio das decisões.

Por isso, em face do novo contexto constitucional não há como sobreviver o princípio absoluto e abstrato da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado (OHLWEILER, 2005, p. 136).

No acontecer da função administrativa, o agir conjunto do Estado e da sociedade fará emergir o interesse público em cada caso concreto. Portanto, desaparece a dicotomia público-privado, que durante séculos sustentou a imperiosidade e a abstração do interesse público (OHLWEILER, 2005, p. 134). Além disso, a preponderância de um interesse público, independentemente das variações do caso concreto, é incompatível com o nosso texto constitucional, uma vez que o constitucionalismo democrático inaugurado pela carta de 1988 pressupõe uma atividade administrativa legítima e focada na satisfação dos direitos fundamentais.

Em suma, inexistindo uma cisão radical entre interesses públicos e particulares, bem como uma bipolaridade entre Estado e cidadãos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não encontra suporte no nosso ordenamento jurídico e, por isso, não pode ser fundamento de validade para qualquer intervenção estatal. As atuações da Administração Pública encontram seu fundamento de validade na legitimidade de seus processos decisórios e na participação pública.

A Constituição de 1988 foi enfática ao submeter a atividade administrativa à observância do devido processo administrativo. [...] Mais ainda, o art. 1º determina que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, fundado, segundo seu parágrafo único, na soberania popular. Por isso, a observância de procedimentos democráticos, com ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade administrativa. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 180)

É forçoso questionar a validade das atuações e decisões administrativas que têm como fundamento único a supremacia do interesse público sobre o privado, princípio do direito administrativo estruturado exclusivamente na tensão autoridade/liberdade, própria do Estado de Direito Liberal. De fato, o grande dilema do Direito Administrativo nesse período histórico foi tornar a sua atividade legítima e garantidora de melhores resultados para os indivíduos, o que também leva à problematização de outro alicerce central: o princípio da legalidade.

A vinculação à legalidade, tida como uma limitação à atuação estatal, implica que todo ato administrativo deve, necessariamente, estar expressamente previsto como elemento de alguma hipótese normativa. Para Di Pietro (2010, p. 64), “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite [...] não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, para tanto, ela depende de lei”.

Da consolidação da legalidade resultou a regra de que a lei é pressuposto do atuar Administrativo, acarretando a definição, até hoje difundida pela doutrina, de que a função administrativa é tão somente aplicar/executar a lei de ofício. Em tal sentido, a atividade administrativa fica resumida a um processo lógico-formal de aplicação da imagem do texto da lei, já que sequer é aprofundado pela doutrina o que vem a ser o conteúdo da legalidade.

Em última análise, pode-se constatar, a aplicação da legalidade é marcada pelo raciocínio da subsunção, em que o texto apresenta-se como elemento objetivo de demarcação da solução a ser dada no caso concreto, havendo um preenchimento, através de argumentos de autoridade, sobre o conteúdo do princípio a ser utilizado. (OHLWEILER, 2005, p. 124)

Perpetua-se o entendimento de que, ao aplicar a lei, o administrador público está a realizar a “vontade implícita” do ordenamento jurídico, o “espírito da lei”, a “vontade do legislador” ou está atendendo à “finalidade pública”. A noção de legalidade no Direito Administrativo, fruto da concepção liberal, traduz-se no entendimento de que a lei tem único sentido, correto, inquestionável, imutável, imune à passagem do tempo e a quaisquer questionamentos e/ou interações com o conhecimento e com a práxis social.

A disciplina administrativa sedimentou que ao administrador incumbe a aplicação da lei, sendo suficiente e necessário o cumprimento do texto legal para que o comportamento esteja adequado (legalidade formal). Consigna-se também que, com isso, a Administração Pública acaba se utilizando, de forma perversa, do aspecto positivo do princípio da legalidade para restringir a materialização de prestações positivas, sob a escusa de ser necessária expressa determinação legal para a sua atuação, negando a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Nesse aspecto, detecta-se que a legalidade de matriz burguesa ainda ocupa um espaço muito importante no Direito Administrativo, o que, sem dúvida, tem comprometido seriamente um melhor resultado proveniente das atividades administrativas. Há muito que a lei não é mais o único nem o mais importante instrumento de proteção e promoção dos direitos fundamentais: no constitucionalismo democrático, a Constituição assume o papel principal na fundamentação legítima da atuação administrativa (BINENBOJM, 2008, p. 7).

No Estado Democrático, a legitimidade das atuações e decisões administrativas passa necessariamente pelo atendimento das normas constitucionais, especialmente os princípios constitucionais informadores da Administração Pública.⁵ Não há de se cogitar um comportamento estatal válido se este não for respaldado no princípio democrático e nos direitos fundamentais.

Seja como for, a despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas. Inclusive, e evidentemente, sobre a Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo. (BINENBOJM, 2008, p. 23)

Em virtude da aproximação do Direito Administrativo da Constituição, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar mais um instrumento à sua disposição dentro do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. Os direitos fundamentais e a democracia deverão ser adotados como novos vetores de racionalidade do Direito Administrativo, a fim de que seja superado o

paradigma liberal-individual da dogmática administrativa, que, por meio da instituição dos princípios da supremacia do interesse público e da noção de legalidade, mascara o caráter arbitrário e os privilégios da Administração em face dos administrados.

É imprescindível a emergência de uma juridicidade administrativa que vincule as atuações da Administração ao conjunto de valores, objetivos e fundamentos consolidados pela Constituição Federal de 1988. Conforme destaca Eros Grau (2011, p. 260) urge a reestruturação das premissas básicas do Direito Administrativo, para que estas possibilitem a realização de uma função administrativa mais eficiente e democrática, sendo o Direito Administrativo-liberdade substituído pelo Direito Administrativo-organização.

A legalidade, assim, há de ser compreendida como condição de possibilidade para uma ação administrativa transformadora do *status quo*, construídas a partir de um conjunto de indicações formais constitucionais como a cidadania (art. 1º, II), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), erradicação da pobreza (art. 3º, III), moralidade (art. 37, *caput*), etc. (OHLWEILER, 2005, p. 127)

Na juridicidade, a legalidade administrativa é englobada e redimensionada, o que faz com que a Administração Pública não fique adstrita única e exclusivamente à lei, mas legitime suas atuações e decisões direta e imediatamente no sistema jurídico instituído pela Constituição Federal. O constitucionalismo democrático exige uma gestão pública democrática e eficiente, sendo imperiosas a revisão e a reordenação do modelo jurídico administrativo, que deve apresentar mais compromisso com a concretização dos direitos fundamentais e com a democracia.

A supremacia e a indisponibilidade do interesse público sobre o privado e a vinculação à legalidade, concebidos no Estado Liberal francês, constituem as bases de um regime jurídico-administrativo fixo e fechado, incoerente com a nova ordem constitucional e inflexível às mudanças sociais.

O grau de tecnicidade e abstração dos referidos conceitos é tão grande que os conflitos sociais não conseguem acesso ao direito, pois a resolução dos problemas é sempre procurada a partir de conceitos, institutos e classificações formulados pela doutrina administrativa (GRAU, 2011, p. 260). As decisões tomadas pelos administradores, mormente, resultam arbitrárias e distantes do contexto social, visto que a resolução de conflitos se dá única e exclusivamente dentro de um imaginário reduzido de normatividade.

Desse modo, o constitucionalismo democrático impõe a construção de um novo paradigma do Direito Administrativo, que tenha por objetivo legitimar o exercício da função Pública. Nesse processo de adequação da disciplina administrativa ao contexto constitucional, a juridicidade administrativa e a participação pública constituem importantes vetores de racionalidade na constituição de um Direito Administrativo democrático.

O Direito Administrativo precisa superar conceitos, institutos e categoriais que impliquem um paradigma autoritário e privilegiado, em virtude da necessidade de aproximação entre a Administração e o cidadão, para que ambos sejam corresponsáveis e colaboradores na construção do Estado Democrático de Direito.

A disciplina administrativa não deve se resumir a um arcabouço de respostas prontas e definitivas para os problemas e dificuldades sociais enfrentados pela Administração Pública. A Constituição Federal de 1988 enuncia diretrizes, finalidades e programas a serem consolidados pela Administração Pública por intermédio de suas atividades, sendo imprescindível empreender nessa tarefa os instrumentos mais legítimos e democráticos possíveis. Os administradores públicos e a comunidade deverão ser os principais atores nos processos de constituição de caminhos que oportunizem a proteção e a promoção dos direitos fundamentais e da democracia.

Conclusão

Consoante toda a análise realizada, emergiu a existência de uma crise da configuração teórica do Direito Administrativo, que tem produzido reflexos negativos no desempenho das tarefas administrativas. Vislumbrou-se que o regime jurídico-administrativo adotado pela doutrina brasileira recebeu forte influência do modelo de Administração Pública do Estado Liberal francês, fundamentado em um critério de autoridade, o que torna os princípios informadores do Direito Administrativo incompatíveis com o sistema democrático instituído pela Constituição Federal de 1988.

Nessa seara, averiguou-se que os principais eixos em que se sustentam o direito administrativo - o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e a legalidade - cumprem o papel de reforçar o ideário de soberania e centralidade no exercício do poder. Também foi possível concluir que a disciplina administrativa, ao longo dos séculos, por intermédio de seus dogmas, tem garantido o gozo de privilégios e prerrogativas indiscriminadamente à Administração Pública, bem como tem criado uma esfera de imunidade em relação à transparência e ao controle da função pública.

Contudo, o surgimento de um novo modelo de Estado sacramentado na igualdade substancial, na democracia, nos direitos fundamentais, na segurança e na certeza jurídica traz a necessidade de um rompimento dos paradigmas do Direito Administrativo, demasiadamente conservadores, arbitrários e abstratos. A reestruturação da disciplina administrativa é uma medida indispensável ao bom desenvolvimento da função administrativa pública.

De um modo geral, ficou comprovada a impossibilidade de prevalência absoluta de uma supremacia dos interesses públicos sobre os privados, bem como a insuficiência da vinculação à legalidade, entendidos como mero cumprimento do texto legal, elementos aptos a respaldarem os comportamentos administrativos. O diálogo permanente com os aspectos constitucionais e legais fará emergir em cada caso concreto o sentido do interesse público a ser protegido e promovido pela Administração Pública.

Os objetivos, os programas e as diretrizes instituídos pela Constituição Federal de 1988 perfazem um projeto de construção de uma sociedade solidária, na qual os indivíduos e a Administração Pública devem procurar, em conjunto, a realização da igualdade e da justiça. Dessa forma, prima-se por uma atividade administrativa mais legítima e democrática, garantidora de resultados concretos, o que passa, compulsoriamente, por uma reformulação da organização e do funcionamento dos órgãos administrativos.

Evidenciou-se ser de suma relevância o processo de constitucionalização do Direito Administrativo, que deverá transformá-lo em uma disciplina mais aberta, flexível e acessível aos conflitos sociais, a fim de que seus institutos e conceitos sejam considerados pontos de partida para as atuações e decisões a serem adotadas pela Administração Pública. Com o desiderato de valorizar o homem e o exercício da cidadania, faz-se necessária a inserção de premissas como a juridicidade administrativa e a participação pública na teoria administrativa, a fim de aprimorar os processos decisórios.

É chegado o momento de abandonar as velhas roupagens do Direito Administrativo e iniciar a formulação de novos fundamentos e técnicas para as tomadas de decisões da Administração Pública. Para tanto, é indispensável o desvelamento das categorias administrativas a partir dos indícios constitucionais, uma vez que o modelo estatal adotado indica a constituição de uma Administração Pública forte e intervencionista, capaz de oportunizar a todos os cidadãos meios de participar e colaborar na definição dos rumos sociais.

HERMENEUTICAL CONTRIBUTIONS TO THE UNVEILING OF A NEW PARADIGM IN ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT: This paper, based on a methodology of phenomenological character, brings elements to deconstruct the dominant rationality that sustains the principles of legality, of the supremacy and of the unavailability of public interest over the private. It also reflects on the (in)adequacy of the theoretical structure of Administrative Law in the face of the new requirements and commitments made by democratic constitutionalism. Based on a bibliographic review, it was observed an excessive theorization and abstraction of the main administrative categories. Consequently, this distancing of administrative practices related to the values and principles of the Democratic State of Law, especially regarding the commitment to fundamental rights, rises the need for a new theorization aiming to overcome the old and outdated dogmas of Administrative Law from the paradigm inaugurated by Federal Constitution of 1988. The final proposition points at the building a conception based on administrative juridicity and public participation over the undemocratic character of dominant dogmatic administrative, allowing the unveiling of a new paradigm in tune with the legitimate and democratic administrative function towards fundamental rights.

KEYWORDS: Administrative Law. Juridicity. Public participation.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 31 mar. 2013. p. 2-44.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, jan./mar. 2005. p. 49-82.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: 1988.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O Direito Administrativo brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov. 2006/jan. 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OHLWEILER, Leonel. A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do direito administrativo: Algumas repercussões da fenomenologia hermenêutica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS José Luis Bolzan de et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre; São Leopoldo: Livraria do Advogado; Unisinos, 2005. p. 113-140.

PESSOA, Robertônio Santos. *Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo*. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, Unifor, v. 14, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/827>>. Acesso em: 5 abr. 2013.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo; BÓRON, Atilio (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O senso (in) comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luiz Alberto Warat. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, Unisinos, v. 4, n. 2, p. 185-192, jul./dez. 2012. Disponível em: http://www.unisinos.br/_diversos/revistas/ojs/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.08. Acesso em: 12/04/2013.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Enviado em 30/5, aprovado em 23/6, aceito em 11/7/2014.

Celine Barreto Anadon é mestranda do Curso de Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande; especialista em Direito Público pela Anhanguera/Uniderp; procuradora municipal. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. São José do Norte, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: celine_anadon@yahoo.com.br.

Rafael Fonseca Ferreira é doutorando e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; especialista em Comércio em Relações Internacionais pela Universidade de Caxias do Sul; professor de Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: rafaelferreira@furg.br.

Notas

- ¹ Na França, o absolutismo consolidou-se fortemente, marcando o período a frase pronunciada por Luís XIV no seu reinado: “L’État c’est moi” (“O Estado sou eu”) (STRECK; MORAIS, 2012, p. 42).
- ² Para Streck e Moraes (2012, p. 81-83), no Brasil, o intervencionismo estatal jamais foi capaz de criar condições para a promoção do Estado de Bem-Estar Social: “As peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina - processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica - não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social ou algo que a ele se assimilasse. O intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado-Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações. Assim, a tese de que em países periféricos, de desenvolvimento tardio, o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades, não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. [...] O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi - especialmente no Brasil - pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional, os monopólios e os oligopólios da economia”.
- ³ Segundo Mello (2010), a posição privilegiada e de supremacia dos órgãos públicos nas relações entabuladas com os particulares é consequência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.
- ⁴ Previsto no artigo 188, do Código de Processo Civil brasileiro.
- ⁵ Princípios explícitos e implícitos conformadores da Administração Pública, dispostos no artigo 37 e seguintes do texto constitucional.