

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FORMAÇÃO DA TEORIA DO  
DIREITO ADMINISTRATIVO  
NO BRASIL



QUARTIER LATIN

## SEÇÃO 8 – CONCLUSÃO: TEORIA BRASILEIRA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

**Plano da Seção: 34.** Bases constitucionais da teoria do direito administrativo no Brasil: novos modelos. **35.** Tendências de evolução da teoria em torno dos macromodelos da legalidade e da justicialidade. **36.** Consolidação da continuidade teórica e maturidade da teoria brasileira.

### 34. BASES CONSTITUCIONAIS DA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL: NOVOS MODELOS

No início da análise do período inaugurado com a Constituição de 1988 (tópico 31), identificou-se uma inversão na tendência, notada quanto ao começo da República, de afastamento entre direito administrativo e direito constitucional, tanto no plano da teoria como no plano do direito positivo. Ou seja, com a ordem constitucional hoje vigente, há uma tendência de aproximação entre eles.

Contextualizou-se, então, essa nova tendência no âmbito do fenômeno mais amplo, de “constitucionalização do direito”, no sentido de “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, tal como esclarece Luís Roberto BARROSO<sup>811</sup>.

Importa, agora, no momento de concluir esta tese, que se retome a questão, vez que é nesse contexto que se passa a atual fase evolutiva da teoria do direito administrativo.

O fenômeno da constitucionalização do direito, pelo viés do direito constitucional, ganhou força e repercussão a partir da reconfiguração do Estado alemão (ocidental), após a Segunda Guerra Mundial.

E, pelo viés do direito constitucional, difundiu-se pelo o direito em geral, inclusive o direito administrativo. Nesse processo, o principal vetor expansivo da normatividade constitucional foram os direitos fundamentais, como ressalta Rainer WAHL<sup>812</sup>.

811 “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 32.

812 “Aux origines du droit public allemand contemporain”, p. 817.

O fenômeno da constitucionalização do direito, em moldes germânicos, alcançou outros países europeus, com o incremento da União Europeia especialmente desde fins da década de 1990. É o tempo em que também chegou ao Brasil.

No Brasil, encontrando terreno propício no modo de ser da Constituição de 1988 – com texto extremamente analítico e com ênfase especial na previsão de direitos fundamentais – a constitucionalização do direito ganhou força na doutrina e na teoria do direito constitucional e, na última década, avançou por outros terrenos, inclusive o do direito administrativo.

Por outro viés, no entanto, desde meados do século XX a questão da constitucionalização do direito (sob distinta rubrica) já se inserira especificamente na teoria do direito administrativo na França.

E, dada a influência francesa sobre o direito administrativo brasileiro, esse outro viés indiretamente se fazia presente no Brasil – com menos clareza do que a hoje sentida quanto ao viés alemão.

Marco clássico dessa discussão é o artigo “*Théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*”, publicado por Georges VEDEL, em 1954 (ideias posteriormente incorporadas ao seu livro *Droit administratif*).

A perspectiva de VEDEL – e, a partir dele, majoritariamente francesa – impactou, pois, desde momento anterior o pensamento administrativista brasileiro, seja porque, ao tempo em que se desenvolveu, a teoria francesa do direito administrativo gozava, em geral, de maior peso de influência no Brasil, seja porque ela foi concebida especificamente para se aplicar ao direito administrativo, sendo, pois, mais diretamente assimilável.

Quando introduziu essa nova visão, VEDEL pretendeu mudar o eixo da discussão que então balizava a compreensão teórica do direito administrativo francês, decorrente do embate das Escolas do Serviço Público e da *Puissance Publique*.

É uma mudança de eixo não apenas em termos do valor de fundo a inspirar a tomada de posição quanto à justificativa do regime aplicado à administração pública (serviço público x soberania), mas também de

método: o fundamento a ser buscado, antes de ser um valor específico, é a superioridade normativa da constituição.

VEDEL justificou sua proposta de procurar na constituição a definição de administração e de direito administrativo pelo fato, que afirmava dispensar demonstração, de a Constituição ser fundamento da ordem jurídica na França. Portanto, necessariamente lá estarão as bases desse direito.

E, assim procedendo, VEDEL identificou o “regime administrativo” – noção sistematizadora de todo o direito administrativo, a qual, todavia, não é expressamente mencionada pela Constituição francesa – consistente basicamente em quatro regras, duas relativas aos “privilégios ou prerrogativas” da Administração; e duas relativas às suas “sujeições”, respectivamente:

- a) a existência de jurisdição especial para controle da administração (“princípio de separação das autoridades administrativas e judiciárias”);
- b) a autoexecutoriedade da ação administrativa, inclusive nos contratos que pode celebrar;
- c) o princípio de legalidade, “que submete a Administração ao respeito ao direito”;
- d) o princípio de responsabilidade das pessoas estatais, por danos causados a terceiros (culposamente, ou por outros fatores definidos em direito).

Com efeito, depois do impulso dado por VEDEL a essas ideias, com grande naturalidade parte significativa da teoria produzida na França e também no Brasil passou a se referir a um regime administrativo compreendendo o binômio “prerrogativas e sujeições”.

A tese de VEDEL, em que pese predominante, encontrou objeções mesmo na França. A mais importante delas foi levantada por Charles EISENMANN, no extenso artigo (96 páginas) “*La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*”, em uma referência expressa ao precedente artigo de VEDEL.

EISENMANN, no tocante aos quatro elementos fundamentais do regime administrativo propostos por VEDEL, sustentou que nenhum deles tinha efetiva base constitucional: o princípio de separação das autoridades administrativas e judiciárias era tradicionalmente reconhecido como de ordem infraconstitucional; a ação autoexecutória decorria de regras legislativas, regulamentares e jurisdicionais; o princípio de legalidade, entendido no sentido vago de ter a administração de submeter-se ao direito, era um “pobre truísmo”<sup>813</sup>, aliás sem previsão expressa na Constituição; e o princípio da responsabilidade civil, igualmente ausente no texto constitucional, já era, entretanto, aplicado desde a vigência de Constituições anteriores.

As objeções de EISENMANN prosseguiram para aspectos do direito infraconstitucional francês, assim como para aspectos de outro ponto sustentado por VEDEL, quanto à Constituição francesa supostamente sugerir que o direito administrativo se estruturasse a partir de uma noção funcional, e não orgânica (EISENMANN diz *institutionnelle*), de administração. Esses outros assuntos, em que pese relevantes, implicam, contudo, desvio em relação aos argumentos que mais importam para uma análise do caso brasileiro.

Constate-se, em suma, que a teoria francesa, não propriamente da *constitucionalização* do direito administrativo, mas antes de suas *bases constitucionais* – é certo que as *bases constitucionais* comportam um sentido de *constitucionalização*, porém, mantenha-se a distinção terminológica por fidelidade à formulação dos autores e para guardar margem de distinção quanto ao fenômeno atual, mais abrangente – remete a um raciocínio muito próximo àquele pelo qual, no Brasil, a corrente teórica *estativante-publicista*, que toma como valor fundamental o interesse público, sustenta decorrer da Constituição um regime jurídico administrativo que, em linhas gerais, importa prerrogativas e sujeições da administração, tendo como noção síntese a supremacia do interesse público.

813

É conhecida a análise aprofundada que EISENMANN propõe para o princípio da legalidade, em seu *Cours de droit administratif* (t. II, pp. 527 e ss.), especialmente prestigiada, no Brasil, por Odete MEDAUAR (Direito administrativo moderno, p. 140-141).

Perspectiva diferente, no entanto, é adotada a partir do direito alemão (ver tópico 11) e italiano, sendo bem esclarecida, nos dias de hoje, por Riccardo GUASTINI.

De plano, GUASTINI<sup>814</sup> reconhece ao menos três significados para *constitucionalização* do direito: a) a introdução de uma constituição escrita em um ordenamento que não possuía nenhuma; b) um processo histórico-cultural que juridiciza (não necessariamente por constituição escrita, como é o caso do Reino Unido) a relação entre os detentores do poder político e os indivíduos sujeitos a esse poder; c) um processo de transformação de um ordenamento jurídico, ao final do qual o ordenamento resulta impregnado de normas constitucionais.

Este último é o sentido com o qual a teoria nos dias de hoje refere-se à *constitucionalização*: “um ordenamento jurídico constitucionalizado é caracterizado por uma constituição extremamente penetrante, intrusiva, transbordante”; por contraste com o direito do constitucionalismo clássico – anterior ao momento desse terceiro sentido de *constitucionalização* – em que se espera da constituição tão somente a organização dos poderes do Estado e a garantia de direitos (liberdade, notadamente) dos indivíduos<sup>815</sup>.

Esse processo de *constitucionalização*, que pressupõe a existência de uma constituição rígida e de um sistema de controle de constitucionalidade, traz por consequências principais, ainda segundo GUASTINI<sup>816</sup>:

- (i) que a legislação deixe de ser considerada atividade “livre em seus fins”, para ser tida como atividade “discricionária” (quanto à escolha de meios) condicionada a fazer atuar fins pré-estabelecidos pela constituição;
- (ii) que os juízes tenham poderes e deveres de aplicar não somente as leis, mas antes a constituição: seja uma aplicação direta da constituição, tida como norma vinculante, seja uma aplicação das leis em uma interpretação que sempre as adeque à constituição;

814 “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, p. 147.

815 GUASTINI, “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, pp. 147-148. No original: “Un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante”.

816 “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, pp. 148-155.

- (iii) que as relações privadas também sejam condicionadas pela constituição;
- (iv) que até a doutrina veja-se pautada pela constituição, nela buscando “o fundamento axiológico das leis” e tendendo a expor o “conteúdo normativo como um mero desenvolvimento de princípios constitucionais”.

Essa discussão, ressalve-se, não é estranha na França, valendo citar Louis FAVOREU<sup>817</sup>, que, todavia, escreve o artigo que se tornou referência desse ponto de vista, em 1997 – portanto, momento no qual a teoria já evoluíra por comparação com aquele do debate entre VEDEL e EISENMANN.

FAVOREU<sup>818</sup> parte de uma perspectiva peculiar do direito francês para mostrar como, tradicionalmente, a legalidade, entendida praticamente como sinônimo de ordenamento jurídico, *englobava* a constitucionalidade (de modo a que sobressaia a legalidade). E aponta como a principal causa desse fenômeno o fato de a jurisdição administrativa ser concebida como o “juiz da legalidade” – em um sistema que considera ainda ser de um “Estado legal”.

Segundo FAVOREU<sup>819</sup>, uma questão posta por Jean RIVERO resumiu perfeitamente a situação do problema sob o regime do Estado legal, ao mesmo tempo marcando seu fim: “O juiz administrativo: guardião da legalidade administrativa ou guardião administrativo da legalidade?”<sup>820</sup>.

Com essa questão, RIVERO<sup>821</sup> discutia a distinção entre a jurisdição administrativa aplicar a legalidade à administração (“legalidade administrativa”), ou aplicar a legalidade aos sujeitos de direito em geral, por meio dos “princípios gerais do direito” – também acessíveis à aplicação pela jurisdição judiciária.

817 “*Légalité et constitutionnalité*”. Segundo Jacques CAILLOSSE, deve-se principalmente a Louis FAVOREU a fixação da noção de *constitucionalização do direito* na França (*La constitution imaginaire de l'administration*, p. 383).

818 “*Légalité et constitutionnalité*”, p. 2.

819 “*Légalité et constitutionnalité*”, p. 3.

820 A questão é o título de artigo de RIVERO, publicado em 1974: “*Le juge administratif: gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*”.

821 “*Le juge administratif: gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*”, pp. 701 e ss.

Atualizando a discussão, FAVOREU<sup>822</sup> mostra que, com o direito da União Europeia, a jurisdição administrativa, além de cuidar da legalidade administrativa, não pode deixar de considerar a legalidade aplicada também a relações privadas, a partir de normas decorrentes da “interpretação da Constituição, ou de instrumentos internacionais, e quiçá mesmo das leis”.

Essa nova situação, à qual a França chega por caminhos diversos do percurso alemão – este originário da própria Constituição e da preeminência dada aos direitos fundamentais – cabe, segundo FAVOREU, ser denominada “Estado de direito”, por oposição a “Estado legal”.

Essa distinção entre *Estado de direito* e *Estado legal* na França tem um tom peculiar, tornando-se difundida a partir da doutrina de Raymond CARRÉ DE MALBERG, com influências alemãs, mas adaptada ao contexto francês.

CARRÉ DE MALBERG<sup>823</sup> sustentava criticamente, contra a visão tradicional, na década de 20 do século XX, a imperfeição do *Estado legal* francês ante o modelo de *Estado de direito*: este efetivamente estabelecido “no interesse e para a salvaguarda dos cidadãos”; aquele preocupado com determinado conceito de organização dos poderes estatais, de modo a configurar um regime em que a administração esteja sempre subordinada ao órgão legislativo.

Assim, o Estado legal é caracterizado pela soberania da lei (e do parlamento), dada a inexistência de mecanismos de controle de constitucionalidade. Nessa situação, a lei (e não a constituição) não somente era limite, mas também condição para a ação da administração.

Avaliando essa polêmica teórica, Jacques CHEVALLIER<sup>824</sup> aponta ser a *teoria do Estado de direito* uma “máquina de guerra contra o sistema do Estado legal”, a legitimar a proposta de um controle de constitucionalidade das leis<sup>825</sup> e a facilitar o alargamento do controle exercido pelo

822 “*Légalité et constitutionnalité*”, p. 3.

823 *Teoría general del Estado*, p. 451.

824 *L'État de droit*, pp. 31-32.

825 O que, ainda assim, no caso francês (ver tópico 9), avança muito lentamente se comparado com o que se passa, por exemplo, no Brasil.

juiz administrativo sobre a administração e em benefício dos indivíduos (pelo viés do recurso contra excesso de poder e pela responsabilização da administração).

Em suma, segundo FAVOREU:

“O que mudou profundamente as coisas nos países da Europa no curso da segunda metade deste século [XX], e particularmente na França nos últimos trinta anos, foi (...) o deslocamento da ordem jurídica em torno de um novo eixo – de constitucionalidade – e o abandono do antigo eixo – da legalidade – que se encontra, assim sendo, incorporado ao primeiro: a legalidade é doravante uma simples componente da constitucionalidade, e desse modo, como a constitucionalidade, ela fundamentalmente mudou de sentido.”<sup>826</sup>

Essa nova compreensão europeia de constitucionalidade e de legalidade faz-se presente no Brasil – como exposto no tópico 31<sup>827</sup> – e também é descrita por Paulo BONAVIDES mediante o contraste dessas duas concepções de Estado de direito:

“(...) uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da *constitucionalidade*, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.”<sup>828</sup>

No mesmo sentido, cuidando do princípio de constitucionalidade, no quadro na afirmação constitucional do Brasil como Estado democrático de direito, José AFONSO DA SILVA<sup>829</sup>, sintetiza seu significado como sendo: “a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do Poder Público”.

Enfim, no quadro da teoria produzida no Brasil, essa mais recente abordagem da *constitucionalização do direito* (do direito em geral, mas

826 “*Légalité et constitutionnalité*”, p. 5. No original: “*Ce qui a profondément transformé les choses dans les pays d’Europe au cours de la seconde moitié de ce siècle, et singulièrement en France depuis une trentaine d’années, c’est (...) le basculement de l’ordre juridique autour d’un nouvel axe – de constitutionnalité – et l’abandon de l’ancien axe – de légalité – qui se retrouve, de ce fait, incorporé au premier: la légalité est désormais une simple composante de la constitutionnalité, et de ce fait, comme la constitutionnalité, elle a fondamentalement changé de sens.*”

827 Para uma visão abrangente, confira-se BARROSO, Luís Roberto, *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*.

828 *Curso de direito constitucional*, p. 362.

829 *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*, p. 99.

chegando também ao direito administrativo) – por comparação com a teoria das bases constitucionais do direito administrativo – está muito mais claramente conectada com a corrente teórica *liberal-subjetivista*, que toma como valor principal os direitos fundamentais, extraído da Constituição, menos a preocupação com um regime jurídico administrativo de prerrogativas e sujeições – como faz a corrente *estatizante-publicista* –, e mais os mecanismos de regramento e de controle da ação e da omissão da administração por parâmetros ditados em especial pelo sistema de direitos fundamentais.

Até o presente ponto deste tópico, a análise que se tem feito toma o ponto de vista de como a teoria trabalha sobre o objeto constitucionalização do direito, ou seja, como as teorias, tanto a do direito administrativo como a do direito constitucional, que nesse tema naturalmente convergem, detectam e explicam a constitucionalização do direito.

No entanto, pode-se igualmente, adotando um ponto de vista de metateoria, verificar como a realidade da constitucionalização do direito afeta o modo de ser da teoria do direito administrativo.

Aliás, conforme acima referido, GUASTINI indica, como uma consequência da constitucionalização do direito, que até a doutrina passa a se balizar pela constituição e tende a compreender as leis como desenvolvimento de princípios constitucionais, sempre decorrentes de um valor constitucionalmente estabelecido.

E, com efeito, no caso brasileiro, ao se tratar das principais fontes em que os autores se baseiam, quando formulam suas ideias sobre o direito administrativo em período posterior a 1988 (tópico 32), já se mencionou a tendência de introduzirem ou situarem os temas sobre os quais vão discorrer, em suas obras gerais, a partir da Constituição.

No entanto, a essa observação de GUASTINI pode-se acrescentar um outro viés: o substrato das novas formulações teóricas sobre o direito administrativo também vem da constituição<sup>830</sup>.

830 Daí o título deste tópico “Bases constitucionais da teoria do direito administrativo no Brasil”. Sustentou-se logo acima, quanto ao *direito*, ser mais atual e abrangente a abordagem pela expressão “constitucionalização” (do que “bases constitucionais”). Porém, no caso da *teoria*, faz mais sentido falar em suas “bases constitucionais”, pois a ideia de “constitucionalização da teoria” poderia – ainda

Explique-se melhor: não apenas a doutrina invoca a Constituição ao lidar com a interpretação e aplicação do direito positivo – indicando, por exemplo, as normas constitucionais sobre licitação, sobre contratos, sobre bens públicos, sobre servidores públicos ou sobre desapropriação – como ainda as análises que a doutrina faz do direito administrativo em geral e, eventualmente, da própria teoria do direito administrativo, são constitucionalmente inspiradas.

Pois é a partir da Constituição que autores brasileiros – explicitando-o ou não, mas, de todo modo, cabe à metateoria detectá-lo – pontuam suas análises sobre tendências evolutivas do direito administrativo positivo e da teoria do direito administrativo.

Tomem-se alguns exemplos.

Em uma abordagem que vislumbra o direito administrativo em seus aspectos comuns aos Estados de direito ocidentais, Odete MEDAUAR<sup>831</sup>, em capítulo acrescido à segunda edição de seu *O direito administrativo em evolução*, trata justamente de “tópicos inseridos a partir de 1990”. São eles: (i) novos princípios: eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, subsidiariedade, confiança legítima; (ii) privatização; (iii) deslegalização; (iv) regulação; (v) agências reguladoras.

Por sua vez, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>832</sup>, sistematizando essas linhas de mudança sob a forma de princípios e invocando também o pensamento de autores de países desse mesmo contexto de Estados de direito ocidentais, arrola: (i) princípios políticos: subsidiariedade e participação política; (ii) princípios técnicos: autonomia e profissionalização; e (iii) princípios jurídicos: transparência e consensualidade.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO<sup>833</sup> aponta dez tendências atuais do direito administrativo brasileiro: (i) alargamento do princípio da legalidade; (ii) fortalecimento da democracia participativa; (iii) proces-

sualização do direito administrativo; (iv) ampliação da discricionariedade administrativa<sup>834</sup>; (v) pretensa crise da noção de serviço público; (vi) movimento de agencificação, com outorga de função regulatória às agências reguladoras; (vii) aplicação do princípio da subsidiariedade; (viii) instauração da administração pública gerencial; (xi) reação contra o princípio da supremacia do interesse público; (x) tentativa de fuga do direito administrativo.

Também Juarez FREITAS<sup>835</sup> indica dez pontos de tendências e transformações do direito administrativo: (i) abertura para o diálogo, tendo como pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana; (ii) restrição da discricionariedade, com o alargamento do controle de sua motivação e da racionalidade da decisão; (iii) busca de fundamento axiológico por parte dos órgãos de controle; (iv) restrição do cabimento de providências cautelares (sem oitiva da parte contrária) pela administração; (v) movimento de um Estado prestador de serviços para um Estado regulador; (vi) substituição da ênfase na legalidade, pela ênfase na constitucionalidade; (vii) aumento de incidência de regras de direito privado, em que pese a manutenção de princípios publicísticos; (viii) reforço da segurança jurídica na ação administrativa; (ix) proatividade e protagonismo do cidadão na ação administrativa, como parte do direito fundamental à boa administração; (x) fortalecimento dos mecanismos de democracia direta e indireta.

que absurdamente – fazer pensar, p. ex., em que a teoria passe a ser objeto da constituição, ou que possa haver um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da teoria.

831 *O direito administrativo em evolução*, pp. 241-263.

832 “Mutações do direito administrativo”, artigo inserido em livro homônimo, pp. 18-28.

833 *Direito administrativo*, pp. 27-39.

834 Esse ponto a autora mesma admite ser objeto de duas “tendências opostas”: uma, que entende neoliberal, defendendo a ampliação da discricionariedade, tanto pelo viés da discricionariedade técnica das agências reguladoras, como pelo viés da maior “liberdade decisória aos dirigentes” inerente à “administração gerencial”; outra, cujos oponentes dizem “conservadora”, que sustenta “maiores limites à discricionariedade administrativa”, com base “no direito positivo e na Constituição”, justificando maior possibilidade de controle judicial (especialmente a partir de princípios como “razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica”, além dos valores inseridos nos artigos 1º a 4º da Constituição) (*Direito administrativo*, p. 31).

A questão do reposicionamento da discricionariedade no novo contexto de constitucionalização do direito comporta, de rigor, muitos ângulos. Almiro do COUTO E SILVA, por exemplo, chama atenção para a considerável redução da competência discricionária da administração para a edição de atos concessivos de benefícios aos particulares, em face da compreensão de prevalência de princípios jurídicos do Estado democrático de direito, como igualdade, proporcionalidade e razoabilidade (“Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares”, p. 28).

835 *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, pp. 38-48.

É certo que os exemplos acima estão em obras que não necessariamente comungam, em perspectiva finalística, dos mesmos valores, e nem adotam os mesmos pontos de vista em suas análises.

A propósito, como adverte Sabino CASSESE<sup>836</sup>, sem negar que transformações no direito administrativo existam “em si e por si”, o discurso portando a ideia de transformação deve sempre ser compreendido como impregnado de valores ideológicos e culturais.

Não obstante, é possível buscar uma *síntese* a partir desses diversos exemplos, chegando a uma convergência da teoria quanto a quatro grandes blocos pelos quais se enxerga a evolução do direito administrativo no Brasil.

Por outras palavras, há certos *modelos teóricos* que podem ser extraídos da análise acima indicada – feita a partir de uma amostra breve de exemplos, mas representativa dos elementos apresentados nos tópicos 32 e 33 –, o que não significa que os autores concordem em uma avaliação de ser boa ou má a evolução.

Proponham-se quatro modelos:

O **primeiro modelo**, de caráter mais jurídico, poderia ser enunciado como: *a validade da ação da administração fundamenta-se, antes de mais nada, em valores constitucionalmente fixados, e com base neles deve ser controlada.*

Esse modelo, que não nega a legalidade, reposiciona-a em face da constitucionalidade e comporta ainda – invocando os elementos constantes dos exemplos acima – as noções: de busca de um fundamento axiológico constitucional pelo órgão jurisdicional de controle; de emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na ação administrativa e na ação de controle que sobre ela se exerça; de ampliação do controle sobre a discricionariedade administrativa; de reforço da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima; de ação, e de reação, contra a justificação da ação administrativa com base na supremacia do interesse público.

836 “Le trasformazioni del diritto amministrativo”, p. 29.

O **segundo modelo**, também jurídico, mas agregando nuances políticas, comportaria a seguinte formulação: *a validade da ação da administração exige respeito à participação democrática dos indivíduos, em parâmetros decorrentes da Constituição.*

Esse modelo congrega as ideias de ampliação do uso de mecanismos de consenso pela administração, especialmente sob a forma contratual (em um sentido amplo de contrato); de aplicação de processo, com garantias de contraditório, ampla defesa e razoável duração<sup>837</sup>, expandida ao longo de diversos campos da ação administrativa<sup>838</sup>; de recurso a instrumentos de participação direta dos indivíduos, mesmo quando não envolvidos em relação jurídica específica (contrato ou processo), atuando na formação da decisão administrativa, especialmente no tocante a políticas públicas (por exemplo: por meio de consultas ou audiências públicas); e de busca de transparência da administração.

O **terceiro modelo**, jurídico, mas com notas econômicas, poderia ser formulado nestes termos: *é constitucionalmente aceitável (senão desejável) que certas ações, antes desempenhadas pelo Estado, agora o sejam por indivíduos e, conforme o caso, segundo regras postas e controladas pelo Estado.*

Esse modelo, de rigor, dada polêmica ainda reinante sobre sua questão de fundo, comportaria simultaneamente uma formulação alternativa, em sentido contrário: *é um fato, mas constitucionalmente indesejável (senão inaceitável), que certas ações, antes desempenhadas pelo Estado, agora o sejam por indivíduos, mesmo conforme regras postas e controladas pelo Estado*<sup>839</sup>.

837 Ver MEDAUAR, Odete, “O princípio da razoável duração do processo administrativo”, p. 101.

838 Como enfatiza Odete MEDAUAR, “o processo administrativo estende a legalidade e dá ensejo ao surgimento de uma *nova legalidade*, em especial nas relações entre cidadão e Administração, o que não significa opção neopositivista ou ideia de onipotência da lei, mas a adequada compreensão da atividade administrativa, com base na realização dos princípios constitucionais, sem renúncia a um grau de certeza e de garantia, ou seja, um padrão de coerência sistemática, segundo as linhas inerentes ao Estado de Direito” (*A processualidade no direito administrativo*, p. 92).

839 Não se fez o mesmo com o primeiro modelo, ou seja, conscientemente não se apresentou uma formulação alternativa, em que pese haja evidente discórdia quanto ao ponto que foi indicado ao final da lista de elementos que o integram: justificação da ação administrativa com base na supremacia do interesse público. Na verdade, a formulação proposta já acolhe as visões opostas. Os pensadores que defendem essa justificação poderão sentir sua posição acolhida pelo enunciado do modelo, compreendendo que o interesse público é um valor constitucionalmente fixado. Os pensadores que a combatem, a seu turno, entenderão que os valores constitucionais, especialmente decorrentes dos direitos fundamentais, são a razão de sua posição.

Nesse modelo estão englobadas as ideias de emprego do princípio da subsidiariedade<sup>840</sup>; da adoção de mecanismos de regulação econômica, especialmente por meio das agências reguladoras, com poderes normativos, fiscalizatórios e sancionadores; de privatização; de deslegalização; e de crise (ou reconfiguração) do serviço público.

O **quarto modelo**, sempre jurídico, porém influenciado pela ciência da administração, aceitaria como enunciado: *integra a validade constitucional da ação administrativa a busca da eficiência*.

São componentes desse modelo o reconhecimento de um direito (fundamental) à boa administração; a adoção de instrumentos, em regra testados no âmbito da atividade empresarial privada, visando a melhorar o desempenho da administração pública (atualmente, em especial, a técnica de administração gerencial); a profissionalização da administração; e a aplicação de regras jurídicas, mais comuns nas relações entre indivíduos ou empresas privadas, também para a administração (o que alguns dirão “fuga para o direito privado”).

Enfim, são todos modelos que remetem ao fenômeno da constitucionalização do direito, fenômeno esse acolhido pela teoria do direito administrativo no Brasil.

E são modelos que derivam dos macromodelos de legalidade e justicialidade.

Com efeito, todos os elementos acima remetem à compreensão do parâmetro de validade da ação administrativa no Estado de direito – macromodelo da legalidade – e dos modos pelos quais essa validade pode ser controlada concretamente – macromodelo da justicialidade.

Aprofundem-se considerações a respeito dessa última afirmação.

840 Juan Carlos CASSAGNE enfatiza a subsidiariedade como nota característica central de um novo modo de ser do Estado de direito, no qual a distribuição do poder econômico e social “se transfere às pessoas privadas, geralmente organizadas sob formas associativas ou societárias” e no qual se reconhece que a titularidade estatal desse poder “não é mais que uma das formas pelas quais os políticos e burocratas de plantão mantêm ou disfarçam a hegemonia sobre a sociedade” e “uma das fontes mais comuns dos abusos e das arbitrariedades que provoca a ação interventora do Estado”. Em suma, entende o autor que “o Estado subsidiário é, essencialmente, um Estado de justiça” (*Curso de derecho administrativo*, t. I, pp. 27-28).

### 35. TENDÊNCIAS DE EVOLUÇÃO DA TEORIA EM TORNO DOS MACROMODELOS DA LEGALIDADE E DA JUSTICIALIDADE

A compreensão da história pressupõe a percepção da dinâmica contínua da vida e não a apreciação de imagens estanques, congeladas. Para retomar a metáfora de Mário QUINTANA, invocada na Introdução, importa perceber que o velho relógio da fotografia está andando.

Daí falar-se em *tendências de evolução* da teoria. As tendências de evolução são justamente o elemento dinâmico a unificar passado, presente e futuro. Essa afirmação não implica intenção de prever-se o futuro, mas sim de compreender-se o passado e de ter-se consciência do presente, de modo a se construírem os caminhos até o futuro.

As tendências são aqui apresentadas sob a forma dos problemas, dos desafios mais relevantes a serem enfrentados pela teoria, em sua função de compreender a realidade jurídica do direito administrativo e, ao mesmo tempo, justamente por fornecer elementos de melhor compreensão, de influenciar a evolução dessa realidade.

Acaba de se verificar, no tocante aos macromodelos da legalidade e da justicialidade, em um plano mais genérico – superior ao plano das divergências político-valorativas de entendimento do fenômeno –, que o estágio atual da teoria concebe uma *legalidade* ampliada, notadamente para se fazer constitucionalidade, e uma *justicialidade* que amplifica o alcance do controle jurisdicional da administração.

Assim, a legalidade, para alguns autores, tende a ser tratada como *constitucionalidade*, evidenciando o protagonismo normativo da constituição, ou mesmo como *juridicidade*, para significar uma vinculação ao direito como um todo, irradiado pela constituição<sup>841</sup>.

841 Eis como define a ideia Gustavo BINENBOJM: “A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente.” (*Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 143).

A noção de vinculação à juridicidade ganhou destaque na literatura lusófona com a obra de Paulo OTERO, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*.

E o controle jurisdicional da administração – use-se a expressão mais abrangente proposta por Odete MEDAUAR<sup>842</sup> –, que contemporaneamente se concebe na tripla dimensão indicada por Floriano de Azevedo MARQUES NETO – controle do poder, controle dos meios e controle dos objetivos<sup>843</sup> –, expande-se quanto ao nível de interferência jurisdicional sobre o conteúdo da decisão administrativa.

Nesse ambiente de ampliação do sentido de legalidade e do alcance da justicialidade, vislumbram-se *três* principais tendências quanto a caminhos a serem desbravados pela teoria do direito administrativo no Brasil, em face das questões que a realidade contrapõe aos padrões teóricos vigentes.

**Em primeiro lugar**, a teoria do direito administrativo haverá de evoluir para lidar com o desafio de *hipersubjetivização* – para falar com Jacques CHEVALLIER<sup>844</sup> – como possível característica a se consolidar no Estado atual.

O fenômeno da hipersubjetivização não é uma constatação unânime no plano da teoria geral do direito. Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, por exemplo, levanta instigantes hipóteses de uma “erosão dos direitos subjetivos em razão do desenvolvimento tecnológico”<sup>845</sup>.

Mas essa ideia não é isenta de críticas. Nesse sentido, Romeu Felipe BACELLAR FILHO, sem negar que exista a vinculação da administração ao direito como um todo, edificado a partir da Constituição, demonstra a relevância da manutenção da noção distinta de legalidade, de modo a se reservar sentido específico para o respectivo princípio, previsto, no caso brasileiro, no *caput* do art. 37 da Constituição, com distinção hierárquica entre blocos da pirâmide normativa (*Processo administrativo disciplinar*, pp. 166-167).

842 “A expressão ‘controle jurisdicional da Administração’ reveste-se de conotação mais ampla que a expressão ‘controle jurisdicional do ato administrativo’, pois abrange a apreciação jurisdicional não somente dos atos administrativos, mas também dos contratos, das atividades ou operações materiais e mesmo da omissão ou inércia da Administração” (*Controle da administração pública*, pp. 185-186).

843 O primeiro visa a garantir a liberdade do indivíduo contra o arbítrio; o segundo busca a “racionalização da atividade administrativa”; o terceiro tem por fim consagrar a “estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas” (“Os grandes desafios do controle da Administração Pública”, p. 206).

844 *O Estado pós-moderno*, pp. 134 e ss.

845 “*Erosion of subjective rights by reason of technical development (patent, copyright)*”. Esse trabalho corresponde a uma conferência proferida em sessão plenária da *International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, havida em 2011, em Frankfurt (Alemanha), a evidenciar um interesse internacional dos jusfilósofos no tema.

Dentre diversos aspectos da análise produzida por FERRAZ JÚNIOR<sup>846</sup>, cabe aqui chamar atenção para sua constatação – indutora de alteração no conceito de direitos subjetivos – de que “em um mundo no qual a quantidade de informação é altamente complexa, a capacidade de uma memória individual ultrapassa a situação subjetiva”, levando à necessidade de “ações em grupos compostos de elementos humanos e artificiais”.

“Os direitos subjetivos emergiram e se desenvolveram em uma concepção *estrutural* de direito como um sistema concatenado de conceitos”, pressupondo, segundo a visão tradicional: uma vantagem exclusiva do titular oposta a um dever de terceiro (ou de terceiros), o poder para alterar essa situação legal e o poder de provocar medidas estatais contra a infringência dessa situação. Mas, “no mundo do computador onde o sentido de relações comunitárias é inerente”, a concepção de direito transforma-se, aproximando-se do sentido de *situação jurídica subjetiva* e de lá avança para uma concepção *funcional*<sup>847</sup> de direito, mais condizente com as situações precárias dos indivíduos em suas relações em rede<sup>848</sup>.

Todavia, em uma abordagem teórica do direito pela perspectiva do direito do Estado, especialmente direito administrativo ou constitucional, nota-se ainda um movimento de reforço da posição do direito subjetivo, revestido da noção de direitos fundamentais.

A situação, mesmo assim, não é clara, pois, ao mesmo tempo que os indivíduos sentem-se valorizados nessa condição (de indivíduos), como titulares de direitos, surgem outras situações igualmente descritas como “direitos (fundamentais)”, no entanto, insuscetíveis de apropriação individual. São notadamente os direitos de solidariedade, também ditos de terceira geração (por exemplo: direito à paz, direito ao desenvolvimento,

846 FERRAZ JÚNIOR, “*Erosion of subjective rights by reason of technical development (patent, copyright)*”, p. 163.

847 FERRAZ JÚNIOR refere-se a BOBBIO para falar em *estrutura e função*; e a DUGUIT para falar em *situação jurídica subjetiva*.

848 FERRAZ JÚNIOR, “*Erosion of subjective rights by reason of technical development (patent, copyright)*”, pp. 160 e 163.

direito ao meio ambiente), desde sua concepção entendidos como “direitos de titularidade coletiva”, para falar com Celso LAFER<sup>849</sup>.

Ao lado dos direitos fundamentais de titularidade coletiva, há ainda o aspecto da reivindicação de que certos direitos fundamentais, estruturalmente individuais e já tradicionalmente previstos no ordenamento jurídico, sejam agora redefinidos segundo um regime jurídico moldado especialmente para certos segmentos do todo social.

Assim, não é mais a liberdade de trabalho e profissão, mas a liberdade de trabalho e profissão das mulheres, ou das pessoas com deficiência; não é mais o direito à saúde, mas o direito à saúde do idoso; não é mais o direito à educação, mas o direito à educação dos indígenas.

Note-se que a lógica dessa reivindicação não é simplesmente a tradicional invocação da isonomia, segundo a qual a desigualdade da situação de fato entre certas pessoas ou grupos já justificaria um tratamento diferenciado em termos de modo de acesso a certos direitos. Trata-se antes de conceitualmente considerar-se uma espécie distinta de direitos. E são direitos de titularidade individual, mas condicionados à integração do indivíduo em certa segmentação social coletiva.

E ainda há a situação complexa dos direitos econômicos e sociais, cujo objeto é, como diz Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO<sup>850</sup> “uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço” pelo Estado: em que pese consagrados no direito positivo há mais tempo, ainda não atingiram, no Brasil, um equilíbrio na compreensão da melhor dinâmica em termos do controle jurisdicional de sua efetivação.

Isso porque o sistema processual ainda os encara principalmente pela óptica da tutela individual. Mesmo que o sistema de ações coletivas haja avançado<sup>851</sup>, ao lado das persistentes ações de iniciativa individual, seu

849 *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, p. 131. Nisso não se confundem com os direitos de exercício coletivo, mas titularidade individual (tais como liberdade de reunião e liberdade de associação).

850 *Direitos humanos fundamentais*, p. 50.

851 Para uma avaliação de pontos positivos e de defeitos do atual sistema - notadamente a contaminação de processos coletivos por “institutos até agora tratados com os critérios do processo individual” -, resultando em uma proposta de projeto de “lei brasileira sobre processos coletivos”, ver GRINOVER, Ada Pellegrini, “O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos”. Aliás, nesse

resultado – pressupondo-se a aceitação da competência jurisdicional para decidir a matéria no contexto da ampliação da justicialidade – esbarra no seguinte impasse: de um lado, há decisões que resolvem casos concretos, comprometendo o equilíbrio de políticas concebidas pela administração para o todo social ou, ao menos, comprometendo a isonomia dos destinatários dessas políticas, e, de outro, há decisões que interferem com a própria concepção geral e abstrata das políticas, em uma invasão do espaço concebido como da administração ou da legislação.

Esse é o fenômeno, intensamente discutido nos dias atuais no Brasil, do *ativismo judicial*, descrito por Elival da Silva RAMOS como:

“o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”<sup>852</sup>.

*Enfim, esse primeiro desafio envolve a busca, pela teoria, de melhor compreensão da relação jurídica que legal e constitucionalmente se estabelece entre o indivíduo, como destinatário da ação administrativa geral*<sup>853</sup>, e a administração (pessoa estatal), bem como de melhor compreensão do modo e do alcance de sua garantia jurisdicional.

**Em segundo lugar**, a teoria do direito administrativo haverá de evoluir para oferecer resposta à iminente crise de segurança jurídica decorrente da amplificação da legalidade – amplificação essa que lhe agrega fortes notas de princípios (normas com maior grau de indeter-

estudo a autora sugere que, além do direito positivo, também a teoria geral do processo esteja evoluindo (e deva evoluir) para dar tratamento mais apropriado aos processos coletivos.

852 *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 308. De Elival da Silva RAMOS, ver ainda, sobre o tema, “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988”.

853 Não se está cogitando, neste ponto, de eventual relação estabelecida entre as partes por força de contrato, ou por alguma situação especial que sujeite o indivíduo funcionalmente à administração (caso dos agentes públicos).

minação em seus comandos) e de valores com base constitucional, e que a submete a uma apreciação judicial a qual, por sua própria dinâmica, leva a múltiplas (difusas) decisões.

O tema da segurança jurídica passou a despertar interesse renovado dos administrativistas no Brasil no último decênio<sup>854</sup>.

Esse segundo desafio – sem desmerecer a percepção social de serem verdadeiras conquistas o reforço da normatividade constitucional e, especialmente, a aplicabilidade jurisdicional plena dos princípios da administração pública e dos direitos fundamentais<sup>855</sup> – impõe seja enfrentada a natural perda de segurança decorrente dessas conquistas.

Natural perda de segurança, sim, porque:

- a) o texto constitucional, contendo “textura aberta e vaga”<sup>856</sup>, leva a margens mais oscilantes da interpretação jurisdicional<sup>857</sup>;

854 Ver, entre outros, COUTO E SILVA, Almiro do. “O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)”; MEDAUAR, Odete. “Segurança Jurídica e Confiança Legítima”; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Os Princípios da Proteção à Confiança, da Segurança Jurídica e da Boa-Fé na Anulação do Ato Administrativo”; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais”; PONTES FILHO, Valmir. “Direito adquirido ao regime de aposentadoria: o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de direito”; VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*; MODESTO, Paulo. “Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa”; BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima - Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. “A segurança jurídica e a proteção à confiança em matéria de Direito constitucional e administrativo e seu acolhimento pela jurisprudência constitucional no Brasil”

855 Nas palavras de Alexandre de MORAES, “o fortalecimento democrático exige (...) a atuação de órgãos da justiça constitucional como verdadeiros árbitros da sociedade, agindo como um verdadeiro Poder moderador em defesa da plena aplicabilidade das normas constitucionais e em garantia da integral efetividade na proteção aos Direitos Humanos Fundamentais.” (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*, p. 62).

856 BARROSO, Luís Roberto, “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 60.

857 Notando essa consequência da constitucionalização do direito, Luís Roberto BARROSO propõe dois parâmetros aos intérpretes em geral: “a) *preferência pela lei*: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe parece mais conveniente; b) *preferência pela regra*: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.” (“A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 61).

- b) os princípios, por não fornecerem “uma solução exata, precisa e predeterminada”<sup>858</sup>, remetem a quem decide no caso concreto a escolha da solução mais adequada<sup>859</sup>;
- c) os direitos fundamentais, em razão de estrutura jurídica, não trazem consigo predeterminação geral e abstrata sobre como dosar sua aplicação, no caso concreto, em face de colisão com o exercício de outros direitos fundamentais<sup>860</sup>;
- d) o sistema difuso de controle de constitucionalidade induz à diversidade de soluções jurídica para casos similares<sup>861</sup>.

Dois relevantes movimentos de reação<sup>862</sup>, detectados no direito positivo brasileiro vigente, são sintomáticos da percepção, consciente ou intuitiva, da referida perda de segurança.

O primeiro deles é ao aumento do peso relativo do controle concentrado e principal de constitucionalidade<sup>863</sup>.

Que o reforço da normatividade da constituição e da expectativa de sua direta aplicação pela administração e pela jurisdição (independentemente, em várias situações, da intermediação da legislação infra-

858 Recorde-se a já citada observação de Marçal JUSTEN FILHO (*Curso de direito administrativo*, pp. 134-135).

859 JUSTEN FILHO prossegue afirmando que “a existência das regras é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do direito”, pois “a regra traduz as escolhas quanto aos valores e aos fatos sociais, permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer de antemão a solução prestigiada pelo direito” (*Curso de direito administrativo*, pp. 134-135).

E a solução para o problema da insegurança jurídica decorrente dos princípios certamente não passa – perdoe-se o jogo de palavras – pelo *princípio* da segurança jurídica. Ou seja, como o autor desta tese já sustentou, ao constatar uma tendência do crescimento de decisões jurisdicionais basicamente lastreadas na segurança jurídica como *princípio* constitucional implícito, pode-se “paradoxalmente cogitar do risco de insegurança jurídica pela aplicação, desmedida, do princípio da segurança jurídica” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. “A segurança jurídica e a proteção à confiança em matéria de Direito constitucional e administrativo e seu acolhimento pela jurisprudência constitucional no Brasil”, p. 190).

860 Como ensina Virgílio AFONSO DA SILVA, a própria estrutura dos direitos fundamentais exige a aplicação da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre esses direitos (razão pela qual o autor aponta ser fatalmente infrutífera a “busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade”) (“O proporcional e o razoável”, p. 43).

861 Como nota Carlos BLANCO DE MORAIS, *Justiça constitucional*, t. 1, p. 319.

862 “Reação” no sentido físico correlato ao de “ação”; não no sentido político pejorativo de “reacionarismo”.

863 Aliás, a ideia de concentração do controle em tribunais superiores também se faz presente em ações voltadas, não diretamente ao controle de constitucionalidade, mas antes ao controle da atividade da administração (especialmente a ação civil pública), com efeitos *erga omnes*.

constitucional) acarrete a ampliação quantitativa de casos de controle de constitucionalidade das leis e da ação administrativa, isso é previsível.

Porém, essa expansão do controle de constitucionalidade, no Brasil, tem-se feito acompanhar de evidente tendência de concentração do controle (diretamente no Supremo Tribunal Federal) e de criação de mecanismos de controle principal e abstrato da constitucionalidade.

Mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em concreto – usualmente acompanhados das características de um controle difuso e incidental – tem-se buscado alcançar resultados similares ao do controle concentrado, principal e abstrato<sup>864</sup>, com extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão<sup>865</sup>.

A teoria do direito constitucional, a seu turno, acompanha o movimento detectado no direito positivo. A comparação entre obras gerais de direito constitucional dos anos 1960 ou 1970, com obras do século XXI, evidencia o contraste entre a ênfase em temas de direito constitucional político (formas de Estado, formas de governo, democracia, sistemas eleitorais) e a ênfase nos temas do controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional.

A consequência dessa mudança no modo de ser do controle de constitucionalidade tem clara interferência com a compreensão da *legalidade* a pautar a ação da administração, transformando a função do órgão controlador de função de exercitar um “poder de hermenêutica” para a de exercitar um “poder de legislação”<sup>866</sup>.

864 Para análise da matéria sob o foco do controle *abstrato* de constitucionalidade, também em perspectiva evolutiva no Brasil, a partir do modelo concreto, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*.

865 Sobre o assunto, ver RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, pp. 276-277. Lá o autor sustenta que o regime constitucional vigente não dá acolhimento a essa possibilidade de “eficácia geral vinculante a todas as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas por via incidental”, porém aponta o crescimento de posições defendendo, *de lege ferenda* ou mesmo em face do direito atual, a conclusão contrária.

Sobre esse último ponto de vista, destacam-se manifestações de Gilmar Ferreira MENDES, em sua atividade de Ministro do Supremo Tribunal Federal, e em obras doutrinárias (entre outras, *Curso de direito constitucional*, pp. 1032 e ss.).

866 Seguindo aqui as observações de Gilmar Ferreira MENDES (*Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, pp. 25-26), a partir da dicotomia empregada por Ruy BARBOSA ao descrever o papel do Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, pode-se supor que o sentido de “poder de hermenêutica”, tal como empregado no discurso de Ruy BARBOSA sobre o sistema de *judicial review* proposto na origem da República brasileira, hoje seja compreendido, sem maior surpresa, como poder de criação normativa, relativizando-se, assim, a própria dicotomia formada com o “poder de legislação”.

Recordando a fórmula empregada por Rainer WAHL a respeito do direito alemão, mas perfeitamente aplicável ao caso brasileiro atual:

“Para a administração, a lei não está mais ‘pronta para o uso’, ponto de partida insuscetível de ser posto em dúvida na sua ação; as leis devem constantemente ser verificadas quanto à sua constitucionalidade, da mesma maneira que toda aplicação ao caso específico é submetida aos critérios e ao controle de constitucionalidade.”<sup>867</sup>

E o segundo movimento, no estágio atual do positivo direito brasileiro, sintomático de uma percepção quanto à perda de segurança jurídica, a impor medidas compensatórias, é a busca de segurança em uma normatividade que se pode dizer *extravagante*.

Essa busca tenta localizar em outras fontes normativas o ideal de previsibilidade (no plano geral e abstrato) e certeza (no plano da decisão aplicável ao caso concreto) antes encontrada na lei (compreendida em sentido material e formal: norma geral e abstrata elaborada pelo parlamento).

Assim fazendo, todavia, tende a encontrar respostas que apontam para sentidos aparentemente opostos: de um lado, valoriza-se uma nova normatividade individual e concreta; de outro lado, valoriza-se uma nova normatividade geral e abstrata – e ambas produzidas por órgãos diversos do poder legislativo.

É exemplo dessa nova normatividade individual e concreta a contratualização da ação administrativa.

867 “Aux origines du droit public allemand contemporain”, p. 820. No original: “Pour l’administration, la loi n’est plus ‘prête à l’emploi’, le point de départ insusceptible d’être mis en doute de son action; les lois doivent constamment être vérifiées quant à leur constitutionnalité, de la même manière que toute application au cas d’espèce est soumise aux critères et au contrôle de constitutionnalité”.

Das várias modulações possíveis de relações contratuais com a administração, chama mais atenção, quanto à garantia de segurança, aquela que envolve a substituição do poder unilateral da administração por um acordo<sup>868</sup>.

A segurança decorrente dos contratos em geral já é potencialmente mais sólida do que a segurança decorrente da normatividade legislativa<sup>869</sup>. Mas a situação da substituição da decisão unilateral da administração por um contrato é ainda mais segura que os contratos em geral, pois já pressupõe em si mesma a aplicação do direito ao caso concreto: a execução está a cargo da administração e a administração, ao executar, convencionou como fazê-lo. É um típico exemplo a celebração de “termos de ajustamento de conduta” (“TAC”), ou figuras com nomes similares.

Hoje em dia – faz-se esta observação também com base em vivência pessoal na administração – o TAC, especialmente se celebrado com o Ministério Público (por força do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, que rege a ação civil pública), dá ao administrador uma segurança mais sólida do que a lei.

O administrador justifica sua conduta, de modo preciso e suficiente, com base em um TAC, sem precisar invocar lei (aliás, mesmo a despeito de eventual interpretação da lei que normalmente julgasse ser mais adequada).

E o TAC, muitas vezes, não dispõe sobre um caso concreto, mas sobre modos de proceder em todas as situações futuras sobre as quais venham a incidir as normas nele estabelecidas.

Certos desdobramentos dessa situação são, de fato, um problema a ser enfrentado pela teoria do direito administrativo (e também do direito em geral). Se o TAC é tomado como contrato, teria a força do ato jurídico perfeito? Como proceder ante entendimentos discrepantes por parte de diferentes órgãos legitimados a celebrar o TAC? Qual a consequência, em termos de responsabilidade do agente público, que (de boa fé) celebre um TAC e pague por ele sua conduta, a qual venha a ser posteriormente questionada em juízo?

Retomando o caminho de análise proposto logo acima, verifique-se a outra opção em busca de segurança jurídica por meio de uma nova normatividade: agora pela via geral e abstrata.

O mais evidente exemplo nesse sentido é o das súmulas vinculantes.

Discrepando do intuito original da súmula – que foi concebida antes como proposição descritiva de um fato, do que como norma prescritiva de conduta<sup>870</sup> –, a súmula vinculante agrega a ele um aspecto normativo geral e abstrato e traz novos desafios à teoria do direito administrativo em termos de compreensão de sua inclusão ou não no sentido de legalidade<sup>871</sup>.

868 O autor desta tese propôs que uma compreensão do fenômeno contratual da administração evoluísse para enxergar quatro blocos, identificados pelo critério do objeto da relação contratual, a justificarem peculiares tratamentos no direito positivo e na teoria: a) módulos convencionais de cooperação (“aqueles pelos quais a Administração e a(s) outra(s) parte(s) estabelecem obrigacionalmente uma conjunção de esforços para alcançarem um fim comum, vinculado à função pública da Administração, ou à atividade privada entendida como de interesse público, constituindo ou não pessoas jurídicas distintas”); b) módulos convencionais de concessão (“aqueles pelos quais a Administração transfere à outra parte o exercício de atividade ou o uso de elemento que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular à sua função pública”); c) módulos convencionais instrumentais (“aqueles pelos quais a Administração, como de resto fazem também as pessoas privadas, busca suprir suas necessidades instrumentais em relação aos fins de sua função”); e d) módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da administração (“a Administração possui o poder unilateral de impor à outra parte – privada ou pública – a situação jurídica que se pretende estabelecer, independentemente do acordo de vontades; contudo decide substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades”) (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, *Contrato administrativo*, pp. 236 e ss. – os trechos citados estão nas pp. 238 e 297).

869 Como pondera Herbert HART, é razoável supor os destinatários da norma jurídica mais facilmente adotem uma “cooperação voluntária” (independentemente da ameaça de sanção) para cumpri-la se ela decorre de uma decisão autônoma de seus sujeitos (contrato) (*O conceito de direito*, p. 209).

870 Sobre o tema, ver NUNES LEAL, Victor, *Problemas de direito público e outros problemas*, vol. 2, pp. 45 e ss.; e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, “Súmula vinculante: estudo com base no pensamento de Victor Nunes Leal”, pp. 153-157.

871 No trabalho logo acima referido, expressou-se a compreensão de que há uma “dupla dimensão normativa presente na situação jurídica decorrente de uma súmula vinculante”: “de um lado, a normatividade da súmula vinculante propriamente dita e, de outro, a normatividade das decisões jurisdicionais que a embasam sua edição.”

E, mais adiante:

“A súmula, com visto, é essencialmente ato de conhecimento, que implica a descrição de um fato. Mas, no caso da súmula vinculante, produz-se um ato complexo, pois, a este ato de conhecimento [a súmula propriamente dita] acrescenta-se, por uma decisão específica, conforme procedimento próprio, o caráter vinculante. Há, então, duas decisões, ainda que no mais das vezes ocorram de modo simultâneo: (i) fazer a súmula e (ii) dar-lhe caráter vinculante. A normatividade da súmula vinculante vem apenas desta última decisão.

“(…) no tocante à matéria de fundo do enunciado da súmula, são as decisões jurisdicionais que a antecedem que serão interpretadas e aplicadas como norma. Não há – e não deve haver –, portanto, uma criação normativa, quanto à matéria de fundo, mediante a edição de uma súmula. “E o que se vem de afirmar oferece proteção contra tendências abusivas de ativismo judicial (…), tendências que atuam em prejuízo de um Estado de Direito de caráter democrático.” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, “Súmula vinculante: estudo com base no pensamento de Victor Nunes Leal”, pp. 164-165).

Encerrando o desenvolvimento dessa segunda tendência de evolução da teoria do direito administrativo – que diz com a legalidade em sua interface com a segurança jurídica – cabe registrar que o terreno a ser explorado pela teoria não se resume a essas novas fontes de normatividade a pautar a ação administrativa, senão também passa por uma reconfiguração da legalidade.

Como já ponderado – é a lição de Romeu Felipe BACELLAR FILHO<sup>872</sup> –, a previsão constitucional do princípio da legalidade impõe que lhe seja dado um sentido específico: resumi-lo à constitucionalidade seria ilógico em relação à afirmação constitucional de outros princípios ao lado da legalidade (englobados que estariam nessa “legalidade-constitucionalidade”); e seria um modo de comprometer a noção de hierarquia das fontes do direito.

Por outro lado, substituir a legalidade pela juridicidade, para efeito de se compreender a vinculação da administração, corre o risco de levar ao “pobre truísmo” mencionado por EISENMANN (como visto no tópico 34).

Nessa tarefa de reconfigurar a legalidade, concorrem temas novos e outros que, apesar de antigos, não estão resolvidos na teoria do direito administrativo. Veja-se, por exemplo:

- a) a discussão sobre a compatibilidade com o direito brasileiro da noção de “reserva de lei”, originária de ordenamentos jurídicos que separam o campo material da lei e de outros atos normativos<sup>873</sup>;
- b) a questão sobre o cabimento de interpretar-se o vocábulo lei, empregado em várias passagens da Constituição, como lei em sentido formal (questão que comporta ainda o desdobramento relativo ao sentido de lei formal das diversas espécies de atos integrantes do “processo legislativo” – art. 59),

872 *Processo administrativo disciplinar*, p. 166.

873 Verifique-se, entre outras, a posição de José AFONSO DA SILVA, afirmando que a “doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva de lei*” (*Curso de direito constitucional positivo*, pp. 424 e ss.); e a de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, sustentando que “o uso dessa expressão [reserva de lei] no Direito brasileiro é completamente descabido, pois a distinção entre o que é da alçada do Executivo e do Legislativo não se faz em função da matéria” (*Curso de direito administrativo*, p. 1086).

ou como abrangente também dos atos materialmente legislativos do poder executivo<sup>874</sup>; e

- c) o problema da identificação das situações em que é “necessária intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais” (que leva à cogitação de “normas integrativas” e “normas de desdobramento”), ao lado de casos em que a intervenção legislativa é, pelo contrário, incabível<sup>875</sup>.

Outro aspecto de desafio à teoria do direito administrativo, no tocante a essa reconfiguração da legalidade, em tempos de constitucionalização do direito – com expansão da normatividade para abarcar a conciliação de diversos valores constitucionais – é o do questionamento da compreensão do regime jurídico a que se submete a administração como sendo um “regime único”.

Essa pressuposição de que o regime dito “administrativo” ou de “direito público” seja um só regime, isto é, um regime que impõe a aplicação rígida de todo um mesmo conjunto de normas, sem possibilidade de alternativas ou modulações (ainda que eventualmente previstas na norma legislada), permeia certas compreensões do direito administrativo. Mas não sem críticas, como as que decorrem das ponderações de Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

“Aludo ao que chamo de *maldição do regime único*. Esta mazela, tenho comigo, é fruto de uma aplicação irrefletida do regime jurídico administrativo como eixo demarcador do campo temático e metodológico desse ramo do Direito. Não cabe aqui aprofundar as premissas dessa crítica. Basta apenas dizer que tal vezo decorre da soma de três vetores: (i) o metodológico, que tem a ver com a afirmação metodológica do Direito Administrativo e da necessidade vivida no fim do século XIX para demarcar seus lindes em relação a outros ramos do Direito; (ii) a influência forte do Direito Administrativo francês, em que a segregação entre regime comum e administrativo é fundamental por força da dualidade de jurisdição; e (iii) a influência corporativa, das mais distintas origens e propósitos, que sempre tende a unificar o

874 Veja-se, a propósito, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, pp. 196-204; GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 236-249.

875 Ver RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, pp. 179-182.

tratamento jurídico dos institutos e a rejeitar modulações e matizes de regimes.”<sup>876</sup>

Integra, pois, a compreensão da legalidade, em um sentido ampliado, aplicada à administração, uma nova visão teórica sobre o sentido de um regime jurídico administrativo.

*Enfim, esse segundo desafio envolve a busca, pela teoria, de melhor compreensão da legalidade, potencialmente rumo à sua revalorização, o que acarreta reforço da segurança jurídica* – recordando, com Caio TÁCITO, que “a legalidade não é uma simples criação de juristas, dosada em fórmulas técnicas e símbolos latinos. É o próprio instinto de conservação da comunidade.”<sup>877</sup>

E, **em terceiro lugar**, a teoria do direito administrativo haverá de evoluir para propor solução aos novos rumos da democracia no Estado de direito, ante a amplificação do alcance do controle jurisdicional.

Já é bem conhecida na teoria do direito constitucional a discussão sobre o embate entre democracia e constituição<sup>878</sup>; ou entre democracia e governo dos juízes<sup>879</sup>.

No plano da teoria do direito administrativo, que parte da mesma base de realidade, também apresentam-se desafios.

876 “Do contrato administrativo à administração contratual”, p. 77.

877 *Direito administrativo*, p. 11.

878 Verifique-se, a propósito, o pensamento que J. J. Gomes CANOTILHO desenvolve quanto ao “paradoxo da democracia” e ao “paradoxo intergeracional” (com base em Jon ELSTER) – “cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores” –, chegando, em um panorama radicalizado, à oposição entre “teorias constitucionalistas puras” e “teorias democrático-representativas puras”: “Os ‘democratas puros’ acreditam na primazia do autogoverno democrático e no processo político democrático como a forma de assegurar a proteção das liberdades e direitos das pessoas. Os ‘constitucionalistas’ tomam o processo político como base das políticas públicas em relação aos direitos, mas o processo político não é suficiente para se avaliar a justiça dessas políticas.” (*Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1431-1432). Ou ainda a consideração de Luís Roberto BARROSO quanto à “constitucionalização exacerbada” esvaziar “o poder das majorias, pelo engessamento da legislação ordinária” (“A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 60).

879 Como sintetiza Michel TROPER – em uma consideração sobre a França, mas aplicável ao Brasil – se adotada a visão clássica de democracia, “o governo sob o qual nós vivemos não é uma [democracia], pois um grande número de regras gerais são criadas por juízes”, que não são representantes eleitos do povo: ou bem estaríamos em face de um regime misto (democrático e aristocrático) ou de uma polissinodia (“um regime aristocrático no qual o poder é exercido por diversos órgãos colegiados aristocráticos”) (*Le droit et la nécessité*, pp. 211-212). Sobre o tema, no Brasil, entre outros, ver DALLARI, Dalmo de Abreu, *O poder dos juízes*.

Como visto, o fenômeno da constitucionalização do direito, provocado especialmente pela Constituição de 1988, mudou os contornos da legalidade. E o fez, no arranjo de equilíbrio de poderes, com redução do peso relativo da função administrativa – não do poder executivo – e incremento do peso relativo da função jurisdicional<sup>880</sup>.

Reduz-se o peso da função administrativa pela maior possibilidade de que as decisões tomadas no exercício dessa função sejam revistas jurisdicionalmente; mas não se reduz o peso do poder executivo, que mantém seu protagonismo no exercício da função legislativa (pela notória maior participação na iniciativa legislativa, via projetos de lei ou via medidas provisórias, e pelo controle político sobre as pautas legislativas do parlamento).

Essa maior possibilidade de sobreposição da decisão jurisdicional sobre a decisão administrativa, fruto essencialmente da constitucionalização do direito, em um Estado que mantém sua afirmação de democrático, oferece relevantes questões à teoria do direito administrativo. Dentre várias, destaquem-se duas.

A primeira diz com a definição do espaço próprio *decisório* da função administrativa na dinâmica da democracia.

A sensação que se tem, no panorama jurídico brasileiro atual, é de uma conexão direta entre a decisão constitucional-legislativa e a decisão jurisdicional. Suprime-se a instância decisória administrativa. Ou melhor, não há um espaço próprio da função administrativa de acrescentar elementos de conteúdo à normatividade que parte do plano geral e abstrato legislativo, para chegar ao plano individual e concreto jurisdicional.

Não se está sugerindo que a teoria volte a sustentar a existência de atos ou ações administrativas que, *em sua integralidade*, sejam insuscetíveis de apreciação jurisdicional. Com efeito, ante a inafastabilidade do controle jurisdicional afirmada constitucionalmente, reconhece-se não

880 Quanto à função legislativa, conforme se observou logo acima, não é evidente dizer se seu peso foi reduzido ou ampliado: se compreendida a legislação de modo a integrar-se com a “legislação constitucional”, foi até mesmo ampliado; se compreendida como ligada à força da lei infraconstitucional, foi reduzido. Cabe à teoria reformular uma adequada compreensão da legalidade.

haver mais campo para a aplicação tradicional do conceito de “atos de governo”, ou de “questões políticas”, como caracterizadores de atos insuscetíveis de controle<sup>881</sup>. Se hoje ainda pode-se encontrar a autolimitação dos tribunais quanto ao julgamento de certas questões (“*interna corporis*” de outros Poderes), isso ocorre antes de mais nada pela compreensão de respeito ao “bom funcionamento dos arranjos institucionais”, em uma apreciação das questões políticas como “categorias pragmáticas, mais que teóricas”<sup>882</sup>.

Mas, sim, põe-se em evidência a perda de sentido operacional do limite entre legalidade e mérito.

Haveria ainda sentido teórico em se sustentar a existência de um campo decisório próprio da administração, sobre o qual lhe caiba a palavra final? Um campo decisório quanto ao qual a função jurisdicional possa exercer um controle que não vai além de constatar se a questão levada a juízo situa-se corretamente, ou não, nele inserida (de modo que, sendo a resposta positiva, não cabe à função jurisdicional nada mais decidir)?

Esclareça-se melhor. Por certo, na prática, prevalecerá a decisão administrativa se ela não for impugnada jurisdicionalmente. Porém, o que se está sustentando é a dúvida sobre existir um limite à jurisdição, de atuar invalidando ou modificando a decisão administrativa, em caso, por óbvio, de se haver levado a questão a juízo.

Tomando de empréstimo as expressões de Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR<sup>883</sup>, o poder judiciário, no exercício da função jurisdicional, passa a tomar “decisões programantes”, em lugar de tomar “decisões programadas”.

E como justificar, democraticamente, a potencial não prevalência, em nenhum aspecto (ou seja, a supressão do mérito administrativo), de decisões decorrentes do exercício da função que preponderantemente é exercida por um poder cuja chefia (presidência da República, governo

881 MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, p. 169. Ademais, hoje o controle de legalidade do ato administrativo se propõe também como integrado pelo controle da legalidade do processo que eventualmente haja precedido sua elaboração (nesse sentido, SCHIRATO, Vitor Rhein, “O processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia”, p. 33).

882 HORBACH, Carlos Bastide, “Controle judicial da atividade política”, p. 16.

883 “O judiciário frente à separação dos poderes: um princípio em decadência?”, p. 345.

de Estados, prefeitura de Municípios) é popularmente eleita? – e, realisticamente falando, é aquela cujos agentes podem mais intensamente ser considerados objeto de uma opção política consciente do eleitor.

Seria um caminho teórico deslocar a posição (democrática) do mérito administrativo não para a decisão de execução da ação administrativa, mas para o momento de formulação das políticas públicas?

Entretanto, a realidade já mostra a expansão do controle jurisdicional pelo poder judiciário sobre a formulação das políticas públicas.

A segunda questão diz com a cogitação da pertinência de a teoria do direito administrativo buscar equacionar essa nova dimensão do controle jurisdicional da função administrativa com a *efetiva politização* daquele controle<sup>884</sup>.

Como afirma Celso LAFER<sup>885</sup>, não é possível compreender o direito sem recorrer-se ao conceito de poder; e de poder em sentido político, não reduzido a um puro conceito jurídico<sup>886</sup>.

A criação normativa, essencialmente consistente em ato de vontade, envolve, em todas suas etapas, decisão. Para seguir com Celso LAFER, referindo-se às democracias contemporâneas:

“a gênese das normas se prende a um complexo processo decisório, por meio do qual as instituições políticas, no exercício de uma função hierárquica de gestão da sociedade, convertem preferências e aspirações de grupos ou indivíduos em decisões públicas.”<sup>887</sup>

Essas decisões, no plano jurídico, principiam na produção das normas constitucionais e, em caso de litígio, chegam até a decisão jurisdicional.

884 Esse mesmo substrato da realidade tem levado, pelo ângulo da teoria do direito constitucional, à discussão da judicialização da política e da politização da justiça, como tratado de modo pioneiro no Brasil por Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, em artigo originalmente publicado na Revista de Direito Administrativo nº 198 (1994) (*Aspectos do direito constitucional contemporâneo*, pp. 189-216).

885 “Direito e Poder na Reflexão de Miguel Reale”, p. 206.

886 Essa compreensão, aliás, não conflita com o pressuposto metodológico positivista kelseniano: não se está afirmando que não exista uma aproximação científica puramente jurídica (não política) do direito como fenômeno; o que se está afirmando é que o direito, como dado da realidade, não se esgota em sua dimensão jurídica.

887 “Prefácio” (a *Poder e Legitimidade*), pp. 10-11.

Se tradicionalmente a jurisdição judicial no Brasil edificou-se segundo um paradigma de pretensa neutralidade política, isso não é um dado inexorável do macromodelo da justicialidade dos Estados de direito ocidentais.

Os Estados Unidos da América, como visto no tópico 12, convivem com um poder judiciário politizado desde o momento da escolha de seus membros, decidindo sobre todos os campos do direito.

E, no tocante ao direito administrativo, na matriz francesa, ele nasceu e consolidou-se, sobretudo, por obra do Conselho de Estado, que reúne, inseparavelmente, uma dimensão política e uma dimensão jurídica – configuração que não o impediu de posicionar-se, reiteradamente ao longo de sua história, como um guardião da legalidade e da liberdade e como um agente de resistência ao abuso do poder dos governantes<sup>888</sup>.

Questiona-se, pois: não caberia à teoria do direito administrativo no Brasil abrir-se para a discussão de uma nova formulação, no contexto da democracia, de um controle jurisdicional expressamente politizado da ação administrativa?<sup>889</sup>

Trata-se, em suma, de conceber a hipótese de uma instituição que se legitime por sua aptidão de assimilar o “consenso social”, dotada de “um sexto sentido para que suas próprias inovações jurisprudenciais se apresentem como justas, como inferidas dos valores constitucionais básicos e, por isso, como aptas para serem aceitas” e para “serem elas mesmas objeto de um básico consenso” – adaptando-se aqui as considerações de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>890</sup> sobre os tribunais constitucionais e sobre a legitimação que a justiça constitucional conquistou no “Tribunal da História”.

888 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, “Celso Lafer: direito e política”, p. 23.

889 No sentido de suscitar um aspecto dessa discussão, por exemplo, posiciona-se Romeu Felipe BACELLAR FILHO, sem, todavia, propor a existência de uma dualidade de jurisdições: “*De lege ferenda*, defende-se que a proteção do cidadão frente à Administração deve caminhar para a criação constitucional de uma jurisdição administrativa integrada ao Poder Judiciário. Propõe-se a implementação do judicialismo brasileiro para um ‘judicialismo perfeito’ [na expressão de Marcello Caetano]. Com efeito, o processo administrativo conservará uma certa originalidade, todavia obedecerá a regras que não terão mais por efeito e objeto proteger a Administração, mas assegurar um novo equilíbrio entre Administração e cidadãos.” (*Reflexões sobre direito administrativo*, p. 77).

890 *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 203.

*Enfim, esse terceiro desafio envolve a busca, pela teoria, de melhor compreensão da justicialidade, sempre contextualizada no regime democrático, bem articulando as dimensões jurídica e política do fenômeno do direito.*

### 36. CONSOLIDAÇÃO DA CONTINUIDADE TEÓRICA E MATURIDADE DA TEORIA BRASILEIRA

Sendo esta uma tese sobre a *formação* da teoria do direito administrativo no Brasil, a conclusão esperada diz respeito a como a *teoria* se organiza em torno de seus modelos fundamentais – pelos quais propõe a compreensão da realidade do direito administrativo –, no caso: legalidade e justicialidade.

Adotada essa premissa, ao longo do trabalho buscou-se extrair, de uma análise evolutiva centrada sobre a produção nacional de obras gerais e de teses acadêmicas – pretendendo, assim, haver identificado uma amostra significativa dos elementos básicos de que se origina a teoria –, uma linha de compreensão de como formou-se a teoria do direito administrativo no Brasil, chegando ao ponto de poder ser afirmada a existência de uma teoria *brasileira*.

Considerando que no encadeamento das Seções já foi apresentada uma síntese parcial de cada etapa evolutiva do processo formativo da teoria, não parece ser necessário recapitular neste tópico final todos esses momentos.

Concentre-se, pois, a atenção sobre uma síntese possível quanto à teoria do direito administrativo no Brasil em seu estágio atual.

Recorde-se que a chave de análise usada nas Seções precedentes vislumbra separadamente (i) a *função* das obras (das quais se extraem elementos para a formação da teoria), (ii) as principais *fontes de informação* de que se valem e (iii) os *temas* que nelas merecem mais ênfase.

No tocante (i) à *função das obras* (obras gerais e teses), nota-se, nos dias de hoje, a prevalência de uma visão finalístico-valorativa, com foco na noção de um regime jurídico (administrativo) fundamentado constitucionalmente.

Assim sendo, quanto às *obras gerais*, seus *temas substanciais* concentram-se nos valores que a teoria conecta com uma finalidade vislumbrada para o direito administrativo. Esses temas, entretanto, são acompanhados por outros, que podem ser considerados *acidentais*<sup>891</sup>, correspondentes a um conjunto temático que, em dada circunstância histórica, entende-se necessário para o ensino do direito administrativo.

Essa conjunção de temas substanciais e acidentais permite a convivência, na teoria do direito administrativo, de aspectos de uma visão finalística, inspirada por certos valores, com aspectos de uma ciência neutra, todavia, de modo a que esse viés de neutralidade científica se veja organizado e difusamente inspirado pela visão de fins.

A mesma observação vale quanto às *teses*. Entretanto, as teses, por sua própria natureza, não percorrerão todo o campo temático do ensino do direito administrativo. Nesse caso, a prevalência da visão finalístico-valorativa expressa-se seja pela escolha direta do tema central, seja pela inspiração dessa visão irradiando-se sobre eventual tema central mais propenso a um desenvolvimento neutro.

Se o critério analítico da *função das obras* indica a convergência na visão finalística inspirada por valores, o critério dos *temas que merecem ênfase* indica quais são esses valores. Neste passo, cruzando o critério da *função* com o dos *temas* (ao qual se voltará a seguir), identifica-se a polêmica entre duas correntes de pensamento que são desenvolvidas em torno dos eixos finalístico-valorativos fundados, respectivamente, nos direitos fundamentais e no interesse público.

Quanto ao critério (ii) *fonte de informação das obras*, comparando-se o período histórico atual com o anterior, cada vez mais ganha precedência o *direito positivo* (constituição, leis, atos normativos infralegais e decisões judiciais) sobre as ideias puramente doutrinárias.

891 O caráter acidental não tem relação com menor quantidade de páginas ocupada nas obras, mas com a compreensão de não integrarem o núcleo de conteúdo que faz o direito administrativo existir em si; os temas acidentais agregam-se a esse núcleo para existir como direito administrativo. Sobre os conceitos de substância e acidente, ver TELLES JUNIOR, Goffredo, *Filosofia do Direito*, t. I, pp. 158-159.

Isso se explica fundamentalmente porque, no contexto geral da constitucionalização do direito, a Constituição ampliou o tratamento normativo específico que dá ao direito administrativo, a legislação sobre assuntos a ele pertinentes expandiu-se significativamente e a jurisprudência tornou-se mais farta e consistente ante o aumento da judicialização de questões envolvendo a administração.

A doutrina, que perde peso relativo na influência que exerce sobre a formação da teoria, ainda assim segue sendo referida como fonte de informação nas obras de direito administrativo.

De todo modo, a doutrina nacional mostra-se cada vez mais conectada com o direito positivo; e a estrangeira é invocada em pé de igualdade com a nacional: a autoridade da doutrina deriva do doutrinador citado e não de sua origem estrangeira.

E buscam-se mais intensamente referências doutrinárias multidisciplinares, tanto fora do direito (sociologia, economia, administração) como no direito, mas fora do direito administrativo (direito constitucional, teoria geral do direito).

Por fim, no que concerne (iii) aos *temas que merecem ênfase*, constatou-se que seu aumento de volume e de diversificação (mais temas são discutidos e, cada qual, em maior profundidade de conteúdo) leva a um novo patamar evolutivo (um aumento de complexidade) que precipita sua convergência em torno de dois eixos ao mesmo tempo com inspiração valorativa no campo jurídico e com inspiração em grandes correntes da tensão ideológica que permeia o País.

Assim, tem-se um eixo *liberal* fundado no valor dos *direitos humanos*; e um eixo *estatizante* fundado no valor do *interesse público*.

Eis, portanto, uma breve síntese, tomando como referência temporal o momento presente, das conclusões obtidas por meio de cada um dos critérios de análise aplicados à evolução formativa da teoria do direito administrativo no Brasil.

No entanto, importa ainda proceder a uma *segunda dimensão de síntese*, reunindo os três critérios de análise, de modo a propiciar uma visão

de conjunto dessa teoria. Essa síntese geral remete aos macromodelos que, ao longo da tese, verificaram-se aplicáveis como explicação teórica da realidade do direito administrativo no Brasil.

Nesta tese – tomando como pressuposto a inserção do Brasil no contexto dos Estados de direito ocidentais e procedendo a uma rápida incursão sobre o modo de ser do direito administrativo em países representativos desse contexto – indicaram-se como dois macromodelos, pelos quais a teoria constrói uma interpretação valorativamente organizada da realidade do direito administrativo, a *legalidade* e a *justicialidade*<sup>892</sup>.

Esses macromodelos, em suma, podem ser enunciados respectivamente como: (i) *pressupondo-se o contexto político-institucional do Estado de direito ocidental, situa-se no direito legislado*<sup>893</sup> *o parâmetro de validade da ação administrativa*; e (ii) *há, na organização estatal, uma estrutura funcionalmente independente dos poderes legislativo e executivo, a quem cabe controlar essa validade, proferindo, a respeito dela, a decisão definitiva*.

Desde o período pós-1930, a teoria do direito administrativo ganha grau de densidade suficiente para vir a se integrar, em uma perspectiva social mais ampla, com a tensão político-ideológica existente entre uma visão *liberal* e uma visão *estatizante*.

Quanto ao período situado entre 1930 e 1988 – quando a corrente *liberal* trazia ressaltado seu qualificativo *democrático*; e a corrente *estatizante*, seu qualificativo *nacionalista* –, constatou-se que essas visões político-ideológicas, aplicadas à teoria do direito administrativo, afastavam-se no tocante à compreensão da *legalidade*, mas aproximavam-se em torno da *justicialidade*.

A visão *liberal-democrática* promovia uma interpretação da *legalidade* de modo a valorizar, em nome da liberdade, a convergência da legalidade formal (lei como ato do parlamento) com a legalidade material (lei como norma geral e abstrata).

892 E deles derivam outros modelos mais específicos, como visto, no tópico 16, quanto a alguns direitos estrangeiros, e no tópico 34, quanto ao direito brasileiro atual.

893 Ao se contextualizar esta formulação amplamente no “Estado de direito ocidental”, entenda-se o “legislado” com as devidas adaptações para abranger o sentido de norma jurídica produzida nos âmbito do *rule of law* de origem britânica.

Já a visão *estatizante-nacionalista* apoiava haver mais espaço para a atuação materialmente legislativa por parte da administração, resultando em atos normativos gerais e abstratos e que fossem equiparados à lei formal.

Entretanto, interpretando a *justicialidade*, ambas acabavam, por vias diversas, acordes com a máxima de que ao poder judiciário, no exercício da jurisdição, caberia apreciar a validade dos atos administrativos, mas somente pelo aspecto da legalidade, sem atingir seu mérito.

Já no período posterior a 1988 – quando a corrente *liberal* passa a ressaltar seu qualificativo *subjetivista* (relativo à preeminência dos direitos fundamentais); e a corrente *estatizante*, seu qualificativo *publicista* (relativo à supremacia do interesse público) –, concluiu-se haver uma certa inversão, no sentido de aproximarem-se as leituras liberal e estatizante quanto à *legalidade*; e afastarem-se quanto à *justicialidade*.

No caso da *legalidade*, a aproximação das distintas correntes ocorre de modo harmônico com a convergência da teoria em priorizar um postura finalístico-valorativa, direcionada, como visto, para a noção síntese de um regime jurídico (administrativo) fundamentado constitucionalmente.

Isso porque, no contexto do movimento de constitucionalização do direito – o qual marca não somente o Brasil, mas também o conjunto identificado como Estados de direito ocidentais – o modelo da legalidade passa a ser compreendido de modo expansivo, para dar destaque à constitucionalidade e para fazer buscar na Constituição o fundamento primeiro, e de fundo axiológico, da validade da ação administrativa.

Nesse movimento de aproximação das correntes ideológicas em torno da compreensão da “*legalidade ampliada*”, cada uma das visões em tensão abre mão de algum ponto característico: a liberal cede em relação a ter a lei (em sentido formal e material) como garantia da liberdade; e estatizante cede em relação a ter a normatização de autoria da administração como garantia da prevalência do Estado nacional<sup>894</sup>.

894 Com a consolidação da estabilidade democrática sob a Constituição de 1988, praticamente desaparece do espectro da teoria do direito administrativo no Brasil a postura favorável ao reforço (de índole autocrática) da função legislativa do poder executivo. Por certo o executivo é protagonista no processo legislativo, mas, de um lado, há uma valorização, ainda que simbólica,

Entretanto, ambas vão buscar na *justicialidade* a compensação desses pontos que cedem.

Portanto, é em torno da *justicialidade* que se situa o novo foco da principal divergência teórica.

Com vieses e objetivos diferentes, ambas as correntes ideológicas, no período pós-1988, consideram insuficiente a conclusão teórica predominante no período anterior, quanto a restringir-se a competência do poder judiciário ao exame da legalidade dos atos administrativos, não podendo adentrar seu mérito.

Ora, o sentido de legalidade é expandido – incorporando princípios constitucionais (escritos ou não) como moralidade, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade – e perdem nitidez as fronteiras entre legalidade e mérito da ação administrativa sujeita ao controle jurisdicional.

A divergência teórica transfere-se, pois, para os critérios desse controle, ou seja, para os critérios ao alcance do órgão jurisdicional para aferir o cumprimento dessa nova legalidade.

Detecta-se, então, uma tendência de que a vertente *liberal-subjetivista* da teoria do direito administrativo, associada ao valor dos direitos fundamentais, sustente que esses direitos, compreendidos preferencialmente sob a luz das regras (normas com comandos mais definidos) constitucionais e infraconstitucionais, sejam o critério principal do órgão jurisdicional para aferir a validade da ação administrativa.

Trata-se, portanto, de uma visão tendente a valorizar a decisão (normativa geral e abstrata) do legislador constituinte ou ordinário ante a decisão do órgão jurisdicional de controle, vendo este último diminuída sua margem de escolha ao decidir.

Por outro lado, vislumbra-se uma tendência de que a vertente *estatizante-publicista* da teoria do direito administrativo, conectada com a defesa valorativa do interesse público, veja nesse interesse o critério básico

do papel do legislador ordinário (por exemplo: não há momentos de fechamento do Congresso Nacional; as medidas provisórias, em lugar dos decretos-leis, devem ser convertidas em leis); e, de outro, há uma efetiva valorização do parlamento como legislador constituinte.

do órgão jurisdicional para aferir a validade da ação administrativa, ou seja, o critério que fornece o parâmetro da *melhor decisão*.

A supremacia do interesse público evidentemente é um valor que ressalta o Estado (expressão da coletividade social), na sua interface com o indivíduo; e sua invocação como critério do controle jurisdicional da ação administrativa valoriza o papel (normativamente individual e concreto) do controlador por comparação com o do legislador.

Sim, porque se, por um lado, o preenchimento substancial da noção de interesse público deve ser feito a partir das finalidades postas pela lei, por outro, caberá ao órgão de controle jurisdicional extrair, pela apreciação que faça quanto à finalidade legal, a *melhor solução* para cada *caso concreto*, pois é essa solução que implicará a efetiva supremacia do interesse público e o menor grau de disposição quanto a esse interesse.

Esse é, portanto, o ponto atual da evolução da teoria do direito administrativo no Brasil – uma teoria cujo processo formativo inicia-se com o nascimento do Estado brasileiro independente e que progressivamente ganha densidade.

Retomando a inspiração conceitual de Antonio CANDIDO, apresentada na Introdução desta tese, pode-se considerar que nos primeiros momentos do Império há esparsas manifestações de uma teoria, a qual, no entanto, ainda não possui um lastro específico em obras produzidas no País.

Após a criação dos cursos jurídicos e, mais especificamente, após a introdução da cadeira “direito administrativo” nesses cursos – o que ocorre no início da década de 1850 – ganha consistência a produção de obras sobre essa disciplina.

O tempo do Império e da Primeira República, todavia, testemunha uma teoria do direito administrativo em formação, mas ainda sem o atingimento de densidade suficiente para que se estabeleçam padrões a serem transmitidos consistentemente entre as gerações de administrativistas ou de operadores do direito administrativo.

Identificou-se no momento aproximado de fins da década de 40, do século XX, o atingimento de um primeiro estágio evolutivo da teoria

do direito administrativo com massa crítica suficiente para gerar uma *continuidade teórica*, ou seja, com a definição de certos padrões transmitidos no tempo, em um “movimento conjunto” dos sujeitos envolvidos no processo<sup>895</sup>.

O surgimento de uma *continuidade teórica* marca o momento em que se encorpa o processo formativo<sup>896</sup>, passando a haver certos padrões – de apresentação formal, de desenvolvimento temático, de valores defendidos – que se transmitem entre gerações, seja para a geração futura com eles concordar, seja para deles discordar ou em parte modificá-los. De todo modo, as gerações futuras espontaneamente sentem-se levadas a fazer referência a tais padrões.

É certo que o fenômeno da *formação da teoria* é algo permanente, que se protraí no tempo. O surgimento da continuidade teórica não é, pois, nem o momento inicial, nem o momento final do processo.

O período inaugurado com o regime constitucional de 1988 marca justamente um reforço da continuidade da teoria do direito administrativo: além de *continuidade*, pode-se sugerir – acrescentando um ponto à construção de Antonio CANDIDO<sup>897</sup> – haver *maturidade* suficiente para afirmar a existência de uma teoria propriamente *brasileira* do direito administrativo.

Uma teoria *brasileira* é uma teoria integrada à modelagem genérica da teoria dos Estados de direito ocidentais, porém, contendo, com nitidez e consciência, especificidades decorrentes do modo de ser do direito positivo, da sociedade, das correntes ideológicas e das instituições políticas nacionais.

O momento que ora se diz de *maturidade* é essencialmente marcado por uma “*tomada de consciência* do processo histórico vivido” – pedindo emprestada a expressão de Carlos Guilherme MOTA<sup>898</sup>.

É um momento em que os sujeitos envolvidos no processo da formação da teoria do direito administrativo no Brasil – notadamente

895 Adaptando-se conceitos propostos por Antonio CANDIDO (*Formação da literatura brasileira*, p. 25).

896 CANDIDO, Antonio, *Formação da literatura brasileira*, p. 18.

897 Antonio CANDIDO já qualifica de “brasileira” a literatura no momento da formação de sua continuidade.

898 *Ideia de revolução no Brasil (1789-1801)*, p. 17.

autores de obras jurídicas e intérpretes e aplicadores do direito – ganham consciência da existência e da relevância da teoria aqui produzida.

A teoria e as divergências de ideias a ela inerentes passam a voltar-se não apenas ao direito administrativo positivo, mas também à própria teoria do direito administrativo – em uma perspectiva metateórica.

Dito de outro modo, tensões entre diferentes pontos de vista sobre institutos do direito administrativo sempre existiram e a teoria já as refletia; contudo, somente em período mais recente, em especial desde o início do século XXI, surge na teoria a consciência das tensões existentes entre diferentes concepções teóricas quanto ao direito administrativo.

E são tensões entre concepções teóricas que tomam como fundamentos elementos próprios da realidade jurídica brasileira.

A teoria consolidada no Brasil, a partir de fins dos anos 40 do século XX, repercutindo nos desenvolvimentos apontados quanto às décadas de 1950 a 1980, ainda é muito permeável, sem suficiente filtro crítico, à visão teórica proveniente de outros países – e não raro propõe explicações sobre fenômenos do direito positivo brasileiro segundo teorias estrangeiras, resultando em insuficiências ou incoerências.

O fenômeno da constitucionalização do direito, como decorrência do regime constitucional de 1988 – inclusive do amadurecimento político do País vivido desde o fim do regime instaurado em 1964, ou seja, desde quando as correntes sociais ideologicamente divergentes passam a ter um ponto em comum na defesa e no uso de instrumentos próprios da democracia –, somado ao ganho de complexidade temática do direito administrativo obtido no período anterior, permite o reforço da consciência teórica quanto aos macromodelos da legalidade e da justicialidade especificamente adaptados ao Brasil.

A atual tensão entre uma corrente teórica liberal baseada no valor dos direitos fundamentais e uma corrente teórica estatizante baseada no valor do interesse público – ambas buscando justificar esses valores em elementos peculiares do sistema constitucional brasileiro – é importante

indicador desse novo estágio evolutivo da teoria do direito administrativo, que se está dizendo de *maturidade*.

As noções de direitos fundamentais e de interesse público são elementos presentes, em essência (com variações terminológicas), na teoria do direito administrativo desde suas origens.

A novidade do período atual está no fato de essas noções tornarem-se os polos de um debate análogo ao que se celebrizou na França, protagonizado pela Escola do Serviço Público e pela Escola da *Puissance Publique*.

No caso presente, em âmbito nacional, pode-se dizer existirem uma Escola dos Direitos Fundamentais e uma Escola do Interesse Público, marcos de uma teoria brasileira do direito administrativo.

A afirmação do caráter brasileiro da teoria não significa ignorar as influências passadas e presentes que ela recebe de um contexto teórico comum aos Estados de direito ocidentais.

A Escola dos Direitos Fundamentais possui conexão mais forte com um modo germânico de ver o direito administrativo pelas lentes do direito constitucional, especialmente marcado pela importância dada aos direitos fundamentais.

A Escola do Interesse Público, a seu turno, conecta-se mais intensamente com um modo francês de enxergar o direito administrativo pelo viés de um regime jurídico de prerrogativas e sujeições, construído em função das peculiaridades da administração como sujeito de direito<sup>899</sup>.

Entretanto, são influências que agora passam por um filtro consciente de compatibilidade com o sistema constitucional vigente no Brasil.

Quando DUGUIT<sup>900</sup>, na década de 1910, propôs uma nova visão quanto ao direito administrativo, em sua obra *Les transformations du*

*droit public*, ponderou que o direito, como todas as coisas sociais, está em perpétua transformação. Nesse sentido, anunciar um estudo sobre “transformações do direito público” poderia sugerir que se fosse tratar de “todo o direito público”.

Porém, DUGUIT justificou seu enfoque por constatar que em certos períodos as instituições sociais sofrem uma transformação mais profunda e ativa. O início do século XX, na visão do jurista francês, foi um desses períodos.

Para os administrativistas brasileiros, o início do século XXI parece igualmente ser um período notável de transformações, no qual um especial estágio evolutivo é alcançado pela teoria do direito administrativo e são abertos novos horizontes.

899 Falar em modo “germânico” e modo “francês” implica, por certo, uma generalização aproximativa da realidade e não expressão literal de consenso nacional. Aliás, no caso específico dos países da União Europeia, vive-se progressiva integração dos direitos positivos – lembre-se do sugestivo o título de estudos comparativos, citados na Seção 3, sobre esses países, tratando dos direitos administrativos processados no *creuset européen* (no cadinho europeu). Todavia, a integração não chegou ao ponto de anular a percepção social por diferentes vieses histórico-culturais, ainda identificados principalmente pelo critério de nacionalidade, que levam a distintas concepções teóricas de um fenômeno como o direito administrativo.

900 *Les transformations du droit public*, pp. XIX-X.