

REGULAÇÃO ESTATAL
E
INTERESSES PÚBLICOS

Floriano Peixoto
de Azevedo Marques Neto



II.4 *O Direito Administrativo e a concretização/interpretação do interesse público*

38. Vimos há pouco que o paradigma do Direito Administrativo pressupõe que o poder político cingido na esfera pública somente pode ser exercido com vistas ao atingimento daquelas finalidades que justificam a outorga deste poder pela sociedade.

Tal construção representa um mecanismo do Direito Moderno para delimitação da esfera pública e legitimação deste poder perante a sociedade.

Na dicção de Paolo Biscaretti Di Ruffia “todas as funções do Estado” revelam-se a um só tempo “livres e vinculadas: livres porque, consideradas em seu conjunto, encabeçam todo o poder de governo soberano do Estado, e vinculadas porque nenhum órgão pode ultrapassar os limites que lhe foram impostos”, devendo exercer tal poder nas funções e modalidades “requeridas pelos correspondentes interesses públicos que deverão ser tutelados”.¹³¹

Ainda que variem os instrumentos de atuação do Estado Moderno, conforme variem suas funções desde um modelo liberal até um modelo intervencionista (inclusive chegando à configuração hoje verificada), seus pressupostos permanecerão atrelados aos eixos básicos da concepção originária do Estado ao qual estão ligados: a primazia da autoridade pública sobre os particulares (decorrência da soberania caracterizadora do poder do Estado¹³²); a reserva de limites para o exercício da atividade estatal – limites, estes, cuja amplitude varia, mas que sempre estão presentes (decorrência da grande dicotomia público/privado de que nos fala Bobbio¹³³); e a necessidade de justificação da atividade estatal com vistas ao atingimento das finalidades coletivas.

Em qualquer hipótese, os limites da atuação do poder político na consecução das finalidades coletivas que lhes eram confiadas seriam ditados pela lei. Ninguém melhor que Afonso Rodrigues Queiró para ilustrá-lo. No seu célebre trabalho monográfico sobre o desvio de poder, o publicista, enfocando a questão da margem de discricionariedade

131. *Direito Constitucional – Instituições de Direito Público*, p. 134.

132. Para uma crítica da utilização do conceito de soberania para caracterizar o poder enfeixado pelo Estado contemporâneo v. Antônio Assumpção, “O Estado contemporâneo – Aspectos formais”, *RDP* 14/162.

133. Cf., uma vez mais, *Estado, Governo e Sociedade*, 3ª ed., pp. 13-31.

de que possui a Administração, assevera que, em tese, “o legislador marca, na categoria objetiva do interesse público, a medida que deve ser tomada como única legal”.¹³⁴

Assim posta a questão, pareceria bastante simples a estruturação da atividade administrativa dentro do Estado de Direito. Ela seria simples quando o exercício da competência ou da função pública decorresse direta e explicitamente da norma.

Com efeito, o princípio da legalidade cumpre a função de preencher uma lacuna funcional no paradigma do Direito Administrativo. Segundo seus cânones, o conteúdo e os limites do exercício da autoridade estariam inculpidos na lei. Destarte, o poder político – detentor de prerrogativas exorbitantes ao Direito Comum – somente poderia ser exercitado nos limites e para atingimento das finalidades (de interesse público) prescritas na lei.¹³⁵ Como ensina Ernst Forsthoff, é a existência de um interesse geral no exercício das funções administrativas que explica e justifica os poderes excepcionais detidos pela Administração.¹³⁶

Neste quadrante, estamos diante do processo de positivação do interesse público, segundo o qual tal interesse seria exata e unicamente aquele que a lei definisse como tal.

Daí o caráter absoluto da noção de *interesse público*. Segundo Bobbio essa *absolutização do conceito* seria fruto da monopolização do Direito por parte do legislador, processo que se afirma desde o Absolutismo e que se fortalece com o Liberalismo.¹³⁷

39. Porém, com o crescimento das funções do Estado¹³⁸ e com a crescente ampliação da margem de indefinição do que sejam as finalidades coletivas justificadoras do exercício do poder político, esta teorização tornar-se-á problemática.

Deixemos falar Massimo Severo Giannini. Para o grande publicista italiano, no Estado Liberal (previamente ao que ele designa de Estado Pluriclasse) “a teorização dos juristas era muito simples: de

134. *Reflexões sobre a Teoria do “Desvio de Poder”*, p. 72.

135. Tal cânone vem expresso no “princípio da reserva legal”, segundo o qual no Direito Público vale o pressuposto de que a autoridade só pode agir onde e quando a lei expressamente autoriza, ao contrário do mundo privado, onde se pode agir como, onde e sempre que a lei não vedec.

136. *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 25-26.

137. *Il Positivismo Giuridico*, pp. 37 e ss.

138. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 110.

um lado se punham os interesses dos particulares, reportados ao princípio da autonomia privada; do outro o interesse público, entendido como interesse da generalidade, da inteira coletividade estatal”.

Com o advento do Estado de Bem-Estar Social (ou Estado Pluri-classe) – diz Giannini – emergem a inadequação e a insuficiência desta teorização, “porquanto os interesses de grupos heterogêneos foram, uns e outros, qualificados como públicos e tutelados como tais pelo Direito Positivo”. Ademais, a complexidade intensifica-se com o advento da conflitividade (oposição) entre interesses, amplos, coletivos, de grupos diversos. Por fim – diz Giannini –, tal complicação se avoluma quando “o legislador opta por imputar a entidades públicas o desempenho de atividades tocantes a uma vasta parcela da coletividade e que implicam a atuação como empreendedores privados”. Daí a concluir que hoje, na realidade, “os interesses de muitos sujeitos públicos se apresentam idênticos aos interesses dos sujeitos privados”.¹³⁹

40. O Direito Administrativo está diretamente relacionado à função que este Estado, através da Administração Pública, exerce perante e para a sociedade.¹⁴⁰ Como assevera, em feliz passagem, Maria João Estorninho: “Existe uma relação inevitável entre os ‘modelos de Estado’ e as teorias das formas de atuação da Administração Pública. Na verdade, o ‘modelo de Estado’ adotado em certo momento e em certo local determina, desde logo, as funções que incumbem à respectiva Administração Pública. De fato, os fins que o Estado se propõe prosseguir condicionam de forma indissociável as atribuições das respectivas entidades administrativas; por sua vez, essas funções atribuídas à Administração Pública determinam as formas de organização e as formas de atuação que por ela são adotadas”.¹⁴¹

Numa concepção liberal clássica de Estado (o Estado mínimo, voltado exclusivamente para as funções de segurança e estabilização das relações sociais) a normatização das funções do Estado praticamente confunde-se com as liberdades públicas. O conteúdo do interesse público é simples: reside em assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros que viriam prescritos em lei.

Num contexto de um Estado provedor, fortemente atuando através de políticas públicas, o campo de manifestação da atividade admi-

139. *Idem*, *ibidem*, v. 2, p. 111 (trad. nossa).

140. V., neste sentido, a introdução de Carlos Ari Sundfeld ao texto “Declaração de desnecessidade de cargos públicos”, *RTDP* 6/128.

141. *A Fuga...*, p. 17.

nistrativa cresce e se potencializa.¹⁴² Expressar e explicitar o que seja o interesse público na lei mostra-se mais complexo, pois este interesse se aproxima e se envolve com os interesses (ou necessidades) concretos, materiais, de parcelas do todo social.

Variando as funções e objetivos concretos perseguidos pelo poder público, variarão os instrumentos e institutos deste ramo jurídico. Assim, a título de exemplo, o Estado contrata particulares a fim de lhes cometer tarefas imprescindíveis para prover as necessidades sociais (criando novos ramos do Direito Administrativo – v.g., as licitações e a teoria dos contratos administrativos¹⁴³); precisa arregimentar contingente cada vez maior de pessoal para exercer novas e crescentes funções burocráticas (criando-se a matéria atinente ao servidor público); tem que prestar serviços essenciais (abrindo campo para se desenvolver a teoria do serviço público, das concessões deste etc.). Alguns autores – como Habermas – sustentam, inclusive, que este crescimento da área de atuação estatal e a conseqüente adoção de mecanismos jurídicos próprios do Direito Privado teriam levado ao colapso das clássicas categorias de Direito Público e de Direito Privado.¹⁴⁴

41. Como nos ensina Jesús Leguina-Villa, a seleção dos interesses existentes na sociedade que merecem ser tomados como *interesses*

142. Cf. M. S. Giannini, *El Poder Público...*, p. 45. Não se pode deixar de ter em vista que o Direito Administrativo se desenvolve com maior velocidade quando o Estado assume funções que anteriormente não lhe eram cometidas, particularmente com o advento do Estado de Bem-Estar. V., neste sentido, dentre tantos, A. Gordillo, “Las tendencias actuales del Derecho”, in José Luis Sobranes (org.), *Tendencias Actuales del Derecho*, p. 185. Este desenvolvimento, porém, virá prenhe da crise deste ramo jurídico.

143. A respeito da questão – outrora candente, hoje entre nós praticamente superada – da contradição entre a idéia de contrato, pressupondo a liberdade e igualdade entre avençantes, e a idéia de Direito Público, baseada, esforçamo-nos por afirmar, nas prerrogativas desuniformes, na desigualdade e na subordinação do administrado frente a Administração, vale referir instigante e consistente estudo de Sérgio Resende de Barros (*Liberdade e Contrato*, 1995) no qual o autor enfoca a licitação e o contrato administrativo a partir de um pano de fundo das relações de liberdade e da contratualística subjacente à Teoria do Estado. Quanto ao ponto específico aqui referido, v. pp. 51-62.

144. “Por fim, o sistema jurídico privado é invadido pelo crescente número de contratos entre o Poder Público e pessoas privadas. (...) a desigualdade dos parceiros, a dependência de um em relação ao outro, dissolve também aqui o fundamento da relação contratual rigorosa; (...). Com a fuga do Estado para fora do Direito Público, com a transferência de tarefas da Administração Pública para empresas, estabelecimentos, corporações, encarregados de negócios semi-oficiais, mostra-se também o lado inverso da publicização do Direito Privado, ou seja, a privatização do Direito Público. Os critérios clássicos do Direito Público tomam-se caducos uma vez que a Administração Pública se utiliza de meios do Direito Privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar” (Habermas, *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, pp. 180-181).

públicos caberia em um primeiro lugar ao legislador, e em segundo, conforme a margem da abertura deixada pela lei, aos órgãos de governo no exercício da sua função de direção política, respeitadas as margens de competência definidas constitucionalmente.¹⁴⁵

Sempre houve uma margem deixada pelo legislador para que o exercente do poder político delimitasse o que viria a constituir, concretamente, o interesse público em cada manifestação do poder político na seara administrativa. Porém, com o crescimento das áreas e formas de atuação do Estado essa margem amplia-se enormemente.¹⁴⁶ Quanto mais amplas e mais complexas se tornam as manifestações do poder político, menos explícitos se mostram os limites legais para o exercício da função pública.

Assim, maior será a capacidade secundária, e menor a capacidade primária, de definição dos interesses públicos – para aproveitarmos a distinção de Leguina-Villa¹⁴⁷ – quanto mais se outorgam àqueles que exercem o poder político prerrogativas para delimitar onde reside o interesse público a justificar a ação do Estado ou, se quisermos, do aparato administrativo.¹⁴⁸

42. Neste contexto, coloca-se inevitável analisar a mudança conceitual no papel do corpo burocrático inerente ao Estado Moderno. Evidentemente, fazemos referência ao fenômeno da profissionalização da Administração Pública, a partir da criação de mecanismos de administração centralizada¹⁴⁹ e da criação de corpos burocráticos estáveis aptos a gerir o Estado, segundo a clássica lição de Max Weber:

145. "A Constituição Espanhola...", *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 6/635.

146. Cf. Giorgio Piva, "L'amministratore pubblico nella società pluralista", *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, v. 2º, pp. 487-505.

147. "A Constituição Espanhola...", *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 6/636.

148. Para uma perspectiva crítica à visão da Administração como detentora da capacidade de definir o conteúdo da vontade única da coletividade, v. Giorgio Rebuffa, "La crisis...", in Roberto Bergalli (org.), *El Derecho...*, p. 322.

149. Para nuançar a relevância do surgimento de mecanismos de administração centralizada vale trazer à cita o escólio de Odete Medauar. Abordando o Direito Administrativo anglo-saxônico a professora paulista comenta: "Menciona-se também a ausência de administração central na Inglaterra, pelo domínio do regime do *self government*, em que a administração da comunidade cabia a representante da mesma, o *justice of peace*, sem vínculo hierárquico com a Coroa, justamente pela abolição do *Star Chamber*. A inexistência de administração central também dificultou a formação de corpo de normas nitidamente distintas daquelas que se aplicam aos particulares" (*O Direito...*, pp. 46-47).

“Somente a burocratização do Estado e do Direito reconhece a definitiva possibilidade de uma rigorosa distinção conceitual entre uma ordem jurídica ‘objetiva’ e os direitos ‘subjettivos’ dos indivíduos garantidos por ele, assim como permite a separação entre o Direito ‘Público’ [*concernente às relações entre as autoridades e os súditos*] e o Direito ‘Privado’, que regula as relações dos indivíduos sujeitos ao poder entre si. A burocratização pressupõe a separação abstrata entre, de um lado, o Estado (enquanto suporte abstrato dos poderes de mando e criador das ‘normas jurídicas’) e, de outro, todas as atribuições pessoais dos indivíduos”.¹⁵⁰

43. É que, como já afirmamos no capítulo anterior, o Estado Moderno fez substituir o poder político centrado em relações hierárquicas e estamentais (típicas do feudalismo) pelo poder impessoal e com pretensões universalistas. O espaço de operação do poder, antes preenchido pelas relações pessoais e naturais de vassalagem, será ocupado pela Administração, ou seja, pelas instituições do Estado.

Após se firmar a idéia de soberania em sede do Absolutismo,¹⁵¹ com o advento do Estado de Direito, impessoalizam-se o poder e a Administração, desvinculando a soberania da pessoa do soberano e permitindo que os agentes públicos (v.g., os exercentes de função pública e os ocupantes de cargos públicos) passassem a concretizar, dentro de marcos legais, mais ou menos tênues, as funções desse poder.¹⁵²

A lógica interna da dominação burocrática de que nos fala Weber é a de exercício profissional, técnico, impessoal, do poder atribuído ao Estado. Requer uma “objetividade racional formal por parte do regime de governo”, sendo posta em xeque quando “os postulados de uma legalidade material colocados no caso concreto e para uma pessoa concreta se chocam com o formalismo e a objetividade ‘fria’”.¹⁵³

150. *Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 749. No mesmo sentido v. pp. 173-180 e 716-752, em especial p. 749. V. também R. Bendix, *Max Weber, um Perfil Intelectual*, pp. 323 e ss.

151. Novamente recorreremos ao compêndio de Juan Afonso Santamaría Pastor: “No hay ruptura, en cambio, sino continuidad y reforzamiento en el plano real de la acción estatal. En él, el Estado libera; es un auténtico heredero – a beneficio de inventario – del monarca absoluto, como se manifiesta, sobre todo, en el ámbito de la Administración Pública: el Derecho Administrativo será el punto de convergencia de las técnicas de acción absolutistas y las exigencias de libertad y garantía que la gran Revolución aporta: de ahí su permanente tensión interior” (*Fundamentos...*, p. 130).

152. V. Paolo Giocoli Nacci, “Riflessioni e divagazioni in tema di legalità. Evoluzione e deviazioni nel funzionamento delle istituzioni”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, v. 2ª, pp. 197-222.

153. Max Weber, *Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 735.

44. Tal lógica é afrontada quando o desenvolvimento do Estado (ditado pelas próprias necessidades criadas na sociedade pelo processo de desenvolvimento econômico capitalista¹⁵⁴) leva a um esgarçamento do princípio da legalidade e, via de conseqüência, a um aumento da margem de discricionariedade outorgada ao aparato burocrático, no exercício das funções que lhe são atribuídas.

Em uma palavra, de corpo profissional, impessoal, técnico e objetivo, a burocracia de Estado torna-se, mais e mais, “intérprete do interesse público”. Diante da indefinição ou da abertura conceitual da lei, passa o agente burocrático a ser o ente capacitado para, no caso concreto, definir unilateralmente onde reside o interesse público justificador de uma manifestação concreta do poder político.

Neste passo coloca-se relevante a análise de Habermas, para quem deste processo decorre, ao invés da incorporação dos indivíduos ao processo decisório, uma exclusão. Diz o autor: “A redução da representatividade pública que ocorre com a mediatização das autoridades estatais através dos senhores feudais cede espaço a uma outra esfera, que é ligada à expressão ‘esfera pública’ no sentido moderno: a esfera do Poder Público. Esta se objetiva numa administração permanente e no exercício permanente”.¹⁵⁵

E mais adiante complementa dizendo que “o poder público se consolida em algo antitético e que apenas é tangenciável por aqueles que lhe são meros subordinados e que, de início, só encontram nele a sua própria definição negativa. Pois eles são pessoas privadas que, por não terem qualquer cargo burocrático no Estado, estão excluídas da participação no poder público. Neste sentido estrito, ‘público’ se torna sinônimo de estatal; o atributo não se refere mais à ‘Corte’ representativa, com uma pessoa investida de autoridade, mas antes ao funcionamento regulamentado, de acordo com competências, de um aparelho

154. Eros Roberto Grau nos dá contribuição para bem situar esta ampliação das funções do Estado. Diz: “No desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração e de modernização e legitimação capitalista. Essa atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o Socialismo, seja mediante a superação do Capitalismo e do Socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico” (*Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 61). Acerca do enfoque à Modernidade como relação ao mesmo tempo vinculada e autônoma aos sistemas econômicos enfocados por Eros Grau, v. Jacques Bidet, *Teoría de la Modernidad*, 1993.

155. *Mudança Estrutural...*, p. 32.

munido do monopólio da utilização legítima da força. O poderio senhorial transforma-se em ‘polícia’; as pessoas submetidas a ela, enquanto destinatárias desse poder, constituem o público”.¹⁵⁶

45. No bojo desse processo de complexização ditado pela ampliação das funções do Estado,¹⁵⁷ o aparato burocrático deixa de ser um mero instrumento da atuação do poder político dotado de uma racionalidade supostamente vinculada pelo Direito.

Transforma-se num corpo autônomo, dotado muita vez de interesses próprios, escudado na unilateralidade e na excepcionalidade dos poderes inerentes à autoridade estatal. Deixa de ser agente do poder político para erigir-se como filtro político para exercício do poder. E o faz, muita vez, privilegiando seus interesses enquanto corpo social autônomo, ou mesmo refletindo interesses particularísticos desprovidos de legitimidade.¹⁵⁸

Quanto mais a lei se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados,¹⁵⁹ cláusulas gerais¹⁶⁰ ou competências abertas, mais os estamentos

156. Jürgen Habermas, *Mudança Estrutural...*, p. 33.

157. Este processo de transformação do papel da Administração ao longo da evolução do Estado é percebido por Charles Debbasch, que, analisando os mecanismos de controle jurisdicional da atividade administrativa, afirma que este se revelou inadaptado aos novos contextos de atuação estatal (Charles Debbasch (coord.), *Administration et Administrés en Europe*, p. 12). Interessante destacar – e a isso retornaremos mais adiante –, que dessa percepção Debbasch extrai a importância de desenvolver novos mecanismos de controle da atividade administrativa.

158. Neste sentido, digna de nota é a veemente palestra proferida pelo professor Dalmo Dallari no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional da OAB/SP realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em setembro de 1989 (cf. “Controle do poder”, *RDJ* 94/177-178). Na oportunidade, firmava claramente a necessidade de repudiar a utilização da vaga noção de interesse público tanto para o apadrinhamento de interesses privados ilegítimos pela Administração Pública, quanto para contemplar interesses corporativos da burocracia estatal.

159. Assim entendidas aquelas expressões com grande imprecisão e vagueza, às quais recorre o legislador de modo a superar impasses surgidos no processo de normatização em virtude da mutabilidade, incerteza ou elevada conflitividade da realidade fática normatizada. O recurso a esses conceitos permite transpor impasses no processo de produção do Direito, ao mesmo tempo em que assegura uma maior maleabilidade e mobilidade da norma no seu processo de aplicação. Como aqui afirmamos, porém, às vantagens destes conceitos correspondem também desvantagens, em especial em sede de Direito Administrativo. V.: Cesar D. Ciriano Vela, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados”, in Eduardo Hinojosa Martínez e Nicolás González-Deleito Domínguez (coords.), *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, pp. 435-446, especialmente 445; Chaim Perelman, *L’Usage et l’Abus des Notions Confuses*, pp. 1-17.

160. V., neste sentido, Judith Martins-Costa, “As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico”, *Revista de Informação Legislativa* 112/13-32.

burocráticos adquirem margem de discricionariedade para, substituindo o primado da política, definir os conteúdos do interesse público, das finalidades coletivas ou do bem comum em nome dos quais exercitam o poder político.

Verifica-se, aqui, em sede do campo temático do publicismo, o mesmo processo que, há quase duas décadas, a Teoria Geral do Direito e a Sociologia Jurídica apontavam na Dogmática Jurídica como um todo. Neste particular, inescapável a referência a José Eduardo Faria,¹⁶¹ para quem, “em função da crescente generalidade e abstração conceitual”,¹⁶² vai-se flexibilizando o conteúdo normativo do Direito, por meio de “cláusulas abertas e indeterminadas”, o que leva, no seu entendimento, ao comprometimento da “racionalidade formal do Direito Positivo, deixando aos intérpretes enorme poder discricionário” para decidir, concreta e casuisticamente, onde reside o interesse público a justificar uma dada ação ou intervenção estatal.

46. Embora, como já dito, o Direito Administrativo tenha sido elemento essencial na delimitação racional da esfera de atuação do Estado e, conseqüentemente, no desenvolvimento da autonomia da sociedade civil,¹⁶³ ele próprio acaba por facilitar este processo de flexibilização do conteúdo normativo, comprometendo a racionalização formal do Direito Positivo.

Afinal, vimos, o paradigma pressupõe a desigualdade *a priori* – aliás, decorrência indissociável da soberania –, que, em última instância, é o reconhecimento da desigualdade de poderes entre o soberano e os súditos (ainda que estes sejam a fonte do poder daquele). E, também, por conviver entre os fogos da autoridade e do direito dos particulares é que se pode dizer que o Direito Administrativo oscila entre a legalidade (delimitação do poder político dentro de marcos legais em privilégio dos direitos dos particulares) e a discricionariedade (avantajamento da efetivação do poder político a partir da outorga de mar-

161. *Retórica Política e Ideologia Democrática*, p. 260.

162. Em que pese ao caráter gradativo da crítica, que nos reportaria à idéia de que o recurso do Direito Positivo a cláusulas abertas, abstratas, gerais, é típico de um momento evolutivo do Direito Moderno, marcado pelas transformações sócio-econômicas, o próprio autor afirma, em obra anterior, que tal artifício foi imprescindível para a própria afirmação do que ele denomina de “Estado de Direito do Liberalismo clássico”. Neste sentido, v. José Eduardo Faria, *Direito, Modernização e Autoritarismo*, pp. 31-32.

163. Joan Prats y Catalá, “Direito e gerenciamento nas Administrações Públicas – Notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas”, *Revista do Serviço Público* 120/26, n. 2.

gem de autodefinição dos limites de atuação do poder político). Quanto mais caminhamos no sentido desta última, mais longe estaremos da primeira.

47. Historicamente, sem abandonar o legado da estrutura de poder absolutista (marco da imprescindível concentração e verticalização do poder político), o Direito Administrativo constrói-se a partir de um paulatino e crescente processo de limitação, condicionamento e balizamento desse poder.

Como assevera Giannini, “a partir da estrutura estatal do Absolutismo Iluminado emerge a idéia de normatização publicística especial para regular a atividade da Administração Pública, transformando os poderes absolutos da Coroa em poderes do Estado regulado pela lei”.¹⁶⁴

Inobstante, a Administração Pública nunca se desveste de seu legado absolutista, intrínseco ao caráter de supremacia do poder político frente aos indivíduos e aos demais atores sociais. E vem daí a referência ao Direito Administrativo como um “Direito da desigualdade *a priori*”, de que há pouco dissertávamos.¹⁶⁵

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, a posição de supremacia própria da Administração é de relevância seminal, “muitas vezes metafóricamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos”.¹⁶⁶

Haveria, portanto, uma tensão permanente no paradigma aqui abordado. Ao mesmo tempo em que o Direito Administrativo oferece os instrumentos para exercício do poder exorbitante da Administração, nele encontramos os institutos para limitar esse poder.

164. *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 29.

165. André De Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet consignam: “Pourquoi un Droit Administratif? Pourquoi un Droit spécial et différent à côté et en plus de celui qui, hérité du Droit Romain et des codifications du XIX^e siècle, encadre les rapports économiques, sociaux ou familiaux? C'est parce que le Droit Administratif s'applique par hypothèse à des rapports sociaux déséquilibrés en fait. Il s'efforce sans doute d'en préciser les termes et de leur donner une forme juridique aussi nette et exigeante que possible. Mais au départ, il doit tenir compte du déséquilibre fondamental qui existe en fait entre l'une et l'autre partie au rapport juridique” (*Traité de Droit Administratif*, 13^a edição, t. I, p. 11).

166. *Curso...*, 13^a ed., p. 31.

No mesmo arcabouço jurídico em que vêm permitidas as derrogações dos direitos dos particulares em favor da Administração vêm também asseguradas as garantias destes frente a eventuais abusos no exercício deste poder.

Esta tensão, antes de vulnerabilizar o Direito Administrativo, permitiria a calibragem entre direitos e sujeições, de modo a que o exercício da autoridade pública reunisse as condições de legitimação a ele necessárias. Por certo, o contratado da Administração aceita a submissão às cláusulas contratuais exorbitantes por saber da intangibilidade do âmbito econômico do seu ajuste; o administrado submete-se ao exercício do poder de polícia porquanto sabe já estarem os limites deste preconizados na lei; o expropriado sujeita-se à desapropriação porquanto percebe haver uma regra estatuidora de competências para edição do ato expropriatório e sabe lhe assistir direito à justa paga pelo bem de que foi privado.

Em suma, ainda que o particular afetado por uma manifestação do poder público possa a ela resistir, o que permite a afirmação e a permanência da atividade administrativa é o sentimento de que tal atividade decorre da lei e se exercita dentro dos limites por ela estipulados.¹⁶⁷

48. Porém, do processo referido por Habermas na citação *retro* advém justamente um distanciamento entre o Estado-poder e o Estado-sociedade – para utilizarmos a clássica distinção de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.¹⁶⁸

Distanciamento incontornável, porquanto leva ao colapso das referidas válvulas de calibragem entre as necessidades do corpo social e a ação estatal, a qual, numa perspectiva ideal, dar-se-ia pelo exercício da política apto a, por meio dos mecanismos de representação e da função legislativa, preencher as categorias gerais (incluindo o interesse público) em cada momento histórico, permeabilizando tal processo às mudanças ocorridas na sociedade.

Como o aparato burocrático não se presta a ser um adequado veículo de interação das esferas do público (aparato estatal) e do privado (sociedade), faz-se crescente o distanciamento entre o Estado-poder (transformado num hermeneuta unilateral do que seja o interesse público) e o cada vez mais complexo Estado-sociedade.

167. Pertinente a respeito a lição de Escola no sentido de que o interesse público não pode servir para aniquilar o interesse do particular, mas apenas o desloca, oferecendo a necessária e justa reparação (*El Interés Público...*, pp. 244-245).

168. *Princípios Gerais...*, v. I, pp. 1-13.

Enquanto no primeiro plano assiste-se à autonomização da burocracia, no segundo verifica-se a autonomização dos grupos econômicos e sociais, cada vez mais independentes da ação do poder político.

49. Dissemos já que o paradigma aqui abordado guarda relação estreita com o modelo de Estado próprio a um determinado estágio de afirmação e reprodução da ordem capitalista. Assim, da evolução deste sistema econômico advirão condicionantes no quadro social, político e econômico que levam a uma nova configuração do quadro de necessidades do Estado.

Este processo ocorre num momento em que o poder político e o aparelho administrativo típicos do Estado Moderno padecem de uma crise de legitimação, ditada em grande medida pelo crescimento do seu âmbito de atividade e pelo agigantamento de suas funções e crescente distanciamento do poder político em face dos seus destinatários.

A mesma estrutura econômica que se serviu do Estado Moderno e de seu ferramental jurídico passa a aventar a prescindibilidade destas estruturas. Emerge o discurso da desregulamentação, da desestatização, de desmontagem do Estado.

Antes de focar mais de perto os lineamentos e condicionantes do paradigma emergente, cumpre deitar alguma atenção aos processos políticos e econômicos que levam à crise do modelo de Estado Moderno. Isto será objeto do próximo capítulo.