

Ana Cláudia Singer

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte

Curitiba



Editora Fórum

IPDA

**Instituto Paranaense
de Direito Administrativo**

**A246 A&C REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL**

Ano 3, n. 11 jan./ mar. 2003)

Belo Horizonte : Editora Fórum, 2003

17x24 cm

Trimestral

ISSN: 1516-3210

ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002

publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito Administrativo
 2. Direito Constitucional
- I. Ed. Fórum.

CDD: 342

CDU: 342.951

© Editora Fórum Ltda, 2003

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Editora Fórum

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar Funcionários

CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: 08007043737

e-mail: ediforum@ediforum.com.br

www.ediforum.com.br

Editor responsável:

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto gráfico e Diagramação:

Rogério de Souza Magalhães Júnior

Revisão:

Equipe Fórum

Bibliotecária:

Nilcéia Lage de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Considerações Preliminares sobre o Direito Administrativo Brasileiro Contemporâneo e Seus Pressupostos Informativos

Rogério Leal

Doutor em Direito, Desembargador, Professor Universitário e Pesquisador junto à Universidade de Caxias do Sul, UNISINOS e UNISC

1 Notas introdutórias

No presente ensaio pretendemos enfrentar o tema dos pressupostos constitutivos contemporâneos do Direito Administrativo enquanto campo de saber do Direito Público, a partir de alguns referenciais teórico-políticos que sustentam a idéia de Estado, de Democracia e de Sociedade. Tal perspectiva implica reconhecer que o Direito Administrativo, hoje, não mais se apresenta como um conjunto de métodos e técnicas de governo e de ações do Estado, mas, fundamentalmente, como instrumento de gestão dos interesses públicos e, portanto, muito mais a serviço da Sociedade e da Democracia.

2 A perspectiva clássica do Direito Administrativo como Direito do Estado

Ao realizarmos uma recuperação histórica do tema Direito Administrativo, inexoravelmente nos depararemos com o tema do Estado e do Governo, ao menos no que tange à experiência política ocidental, pois, desde a Grécia clássica, o exercício do governo, qualquer que seja sua natureza (monárquico, aristocrático, oligárquico), consistia em dar respostas às demandas que a Cidade reclamava, com mecanismos de gestão e operacionalização dos projetos econômicos e institucionais então vigentes¹.

Ainda em termos históricos, o Império Romano foi pródigo em propor uma série de medidas e institutos de administração pública para dar conta da política expansionista que o caracterizou, tendo o duplo desafio de, por um lado, assegurar a ordem e o controle dos povos e territórios conquistados, estabelecendo um código de procedimentos burocráticos rígidos para o cotidiano dos cidadãos; de outro lado, impor por tais procedimentos a aculturação dos conquistados à nova ordem estabelecida².

Nos dois exemplos acima referidos fica clara a natureza casuística dos procedimentos de governo adotados pelo poder político, a saber, para cumprir com uma função tanto ideológica de manipulação e monitoramento social como

¹ Neste sentido, a obra de COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Porto Alegre: Globo, 1984.

² Conforme BODILLO, Juan. *El derecho político romano*. Madrid: Dastria, 1996. p. 141.

de força, no sentido de assegurar o êxito do projeto de dominação implementado. Em outras palavras, a gestão das cidades, aqui, se justifica como expedientes dos governantes para viabilizar suas perspectivas pessoais ou corporativas de desenvolvimento econômico e político.

Em termos de modernidade, a partir do século XVIII, até em face das novas propostas de organização do político e do social que surgem com a Revolução Francesa e Americana, as atividades de governo e do Estado vão ser objeto de controle e minimização por parte dos novos atores sociais, principalmente com o escopo de evitar a centralidade experimentada pelas monarquias e do medievo³.

De qualquer sorte, é verdade que, para o desenvolvimento de suas atividades técnico-burocráticas, o Estado/ governo, enquanto instituição jurídica e política, tem, ao longo de sua conformação histórica, instituído procedimentos e mecanismos de operacionalização de gestão, tudo regulado positivamente por normativas cogentes⁴. Entretanto, isso, por si só, de um lado não garante êxito em suas práticas cotidianas de administração dos interesses públicos e, de outro, não assegura um plano de visibilidade imediata dos seus comportamentos oficiosos — requisitos indispensáveis, por exemplo, para a agenda econômica e política da Idade Moderna.

Já nos dias atuais, vemos como a teoria mais tradicional do Direito Administrativo tem insistido na idéia de que ele serve, fundamentalmente, às atividades estatais (executivas, legislativas e judiciais) e de governo⁵. De uma certa forma, o conceito de Direito Administrativo, assim, tem-se sintetizado como

³ Conforme FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Druma, 1994. p. 273. Lembra o autor que tanto na França como nos Estados Unidos após as revoluções respectivas do século XVIII, forma-se toda uma preocupação em ordenar formalmente as ações políticas do governo em termos de regimentos e estatutos, fundamentalmente para controlá-las de maneira mais eficaz. No início do século XIX, há uma proliferação mais sistematizada, em França, de textos e produções de livros sobre a matéria, tendo contribuído à reflexão do Direito Administrativo as atividades desenvolvidas pelo Conselho de Estado Francês no âmbito de avaliações de contendas envolvendo a Administração Pública, geralmente acatadas pelo Poder Executivo. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, lembra que as primeiras preocupações temáticas sobre o Direito Administrativo que vão surgir nesse período, dizem respeito a: autoridade do Estado e sua personalidade jurídica; direitos subjetivos públicos; interesse legítimo; jurisdição administrativa; poder discricionário; serviço público; poder de polícia; contratos administrativos etc.

⁴ Avaliamos o evoluir dessas particularidades do Estado em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

⁵ De uma maneira mais sofisticada, trabalhando com conceitos múltiplos, por exemplo, GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, insiste na concepção de que o Direito Administrativo (ou a função administrativa) diz respeito, fundamentalmente, às ações estatais tradicionais. No Brasil, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 4, é taxativo em afirmar que: *é comum, por isso, num primeiro vislumbre sobre o Direito Administrativo, conotá-lo principalmente às regras de funcionamento do Estado, enquanto que o Direito Constitucional seria, precipuamente, a disciplina das regras de sua estruturação*.

um conjunto harmônico e sistêmico⁶ de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado⁷.

Por todas essas razões, convencionou-se afirmar que o Direito Administrativo nasce com o Estado, e mais especialmente com o Estado de Direito, ou, ainda, numa acepção mais clássica, com a elaboração teórica de Montesquieu sobre a tripartição de poderes, para: (1) evitar e conter o abuso do poder por quem o detém; (2) regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, visando proteger o cidadão contra abusos ou desvios dos detentores deste poder⁸.

Nos parece razoável tributar elogiosas congratulações ao intento de utilizar mecanismos de controle e visibilidade dos atos governamentais/ estatais como forma de ruptura do modelo medieval e antigo de exercício do poder político, todavia, força é reconhecer a insuficiência desta postura em termos de evolução das Sociedades e mesmo da política.

Em outras palavras, se podemos afirmar que todo o positivo movimento de superação do medievo deu-se conectado com uma nova proposta e agenda econômica para o Ocidente, notadamente centrada no mercado das relações de produção, em que um dos principais objetivos era exatamente o de se livrar das arbitrariedades impostas pelos regimes monárquicos e eclesiásticos⁹, deixando à mão invisível desse mercado a responsabilidade pelo desenvolvimento social harmônico, é inevitável reconhecermos que as promessas do liberalismo clássico não se cumpriram e que, em verdade, viram-se totalmente contraditadas pela história, gerando um processo de exclusão e marginalização social sem precedentes.

Dessa forma, evidenciada a fragilidade e insuficiência do Estado Mínimo¹⁰ perquirido pelo projeto liberal de Sociedade, diante das profundas crises e demandas sociais causadas pelo próprio modelo, impõe-se verificarmos se as

⁶ Nesse particular, há uma reflexão de FREITAS, Juez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, op. cit., p. 31, assevera que: *Em essência, o direito administrativo é o conjunto de normas e princípios que regem a atuação da Administração Pública. Inclui-se entre os ramos do direito público, por tratar primordialmente da organização, meios de ação, formas e relações jurídicas da Administração Pública, um dos campos da atividade estatal.*

⁸ Conforme ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990.

⁹ E aqui está um elemento revolucionário do movimento burguês, conforme MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 319.

¹⁰ Entendido aqui como um Estado não-interventor, ocupando-se tão-somente de matérias atinentes à segurança pública, à educação técnica, etc., tudo para assegurar uma liberdade tranqüila para o capital. Neste sentido ver nosso trabalho LEAL, Rogério Gesta. Significados e sentidos do Estado Democrático de Direito enquanto modalidade ideal/constitucional do Estado Brasileiro. *Revista Redes*, do Programa do Mestrado em Desenvolvimento Regional da UNISC, v. 3, jul. 1998. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. 25 p.

funções outorgadas no início da Idade Moderna aos institutos administrativos de gestão pública ainda persistem.

3 Os desafios do Estado e da sociedade moderna

Desde a Revolução Industrial e suas já conhecidas conseqüências humanas¹¹, sabemos que o cotidiano das relações institucionais e interpessoais tomou flagrante complexidade, tanto nos países denominados desenvolvidos e autores nucleares da industrialização dos processos de produção, como naqueles que mais se afiguram como vítimas dela. Talvez a evidência mais contundente disso seja perceptível na radical transformação ocorrida no campo da urbanização de determinados territórios, totalmente desordenada e clandestina, em face das exigências contingenciais da própria industrialização, gerando verdadeiros aglomerados humanos sem a menor condição de habitabilidade, higiene e segurança¹².

Se é a economia dos mercados em expansão que pauta a forma e o conteúdo das relações sociais e institucionais da Idade Moderna, demarcando as possibilidades de desenvolvimento nacional e internacional, por certo é o Estado Nacional¹³ que ainda responde, mal ou bem, pela mediação entre sistema econômico, sistema político e sistema social, contando para tanto com alguns clássicos atores institucionais: legislativo, judiciário, partidos políticos, organizações de classe nacionais etc. Suas funções exponenciais são: (1) responder pela infra-estrutura física (energia, urbanização, linhas de subsídios etc.) no território nacional, a fim de viabilizar os investimentos do capital local e alienígena, pressupostamente produtivos e alavancadores do desenvolvimento; (2) responder às demandas sociais decorrentes do modelo econômico adotado, em especial ao seu denominado *custo social*¹⁴; (3) responder pela estrutura normativo-legislativa asseguradora de determinadas prerrogativas individuais e coletivas, bem como de exigências desses mesmos

¹¹ Principalmente no que diz respeito à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais dos Trabalhadores e sua progressiva marginalização. Neste sentido ver nosso Livro: LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹² Tratamos dessa matéria em nosso livro: LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹³ Aqui entendido como o modelo de Estado que se caracteriza pelo fato de deter uma soberania plena em face de seu território e povo, e reconhecida pelos demais Estados e pela Sociedade, conforme BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1996. p.136. De outro lado, GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999, lembra que, hoje, no centro deste Estado, mesmo de feições social-democrata, *o dinamismo das Sociedades de mercado solapa as estruturas tradicionais de autoridade e fratura as comunidades locais; o neoliberalismo cria novos riscos e incertezas e pede aos cidadãos que simplesmente os ignorem*. p. 25.

¹⁴ O conceito de custo social é utilizado, dentre outros, por MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991, no sentido de identificar as conseqüências sociais explícitas da agenda de políticas econômicas desenvolvida pelo capitalismo ocidental, tais como: desemprego, marginalização social, criminalidade, violência etc.

mercados e capitais (o que por vezes se afigura como contraditório); (4) responder pela estrutura judicial para os efeitos de manter a ordem e a estabilidade dos negócios jurídicos de todo esse processo, ao mesmo tempo em que necessita enfrentar, sob o âmbito jurídico, os litígios de natureza coletiva e social que provêm desses cenários.

Para tamanha tarefa, os Estados Nacionais necessitam constituir todo um programa de ação coordenado por prévias diretrizes e prioridades, estas estabelecidas através de fatores que influenciam a construção da agenda governamental, tais como: os participantes ativos, constituídos pelos atores governamentais — chamados de visíveis (Presidente, *staf* do Executivo, políticos nomeados para cargos estratégicos, e a própria burocracia, parlamentares etc.); atores não-governamentais — chamados de invisíveis (grupos de pressão ou interesse, acadêmicos, pesquisadores e consultores, mídia, partidos políticos e opinião pública)¹⁵.

Aqui, em nome da organização e controle das políticas públicas e ações oficiais, os institutos administrativos proliferam e encontram-se ligados, efetivamente, ao Estado, enquanto Poder Público (em todas as suas esferas), restando mais uma vez evidenciado o destaque que se dá ao Direito Administrativo como Direito do Estado. Tal concepção, como já referido, minimiza a natureza social deste campo jurídico, fragilizando ainda mais a perspectiva de estar a serviço da cidadania para os efeitos tanto da participação popular nos processos decisórios sobre matérias públicas como de instituição/ monitoramento das políticas públicas voltadas às demandas comunitárias urgentes e emergentes.

Em face de tais considerações, Mello¹⁶ tem insistido no fato de que todo o Direito Administrativo se constrói ao derredor do binômio prerrogativas da administração e direito dos administrados¹⁷, destacando os direitos sociais, arrolados nos umbrais do século XX, em especial a partir da Constituição Mexicana, e em seguida recepcionados por outros documentos constitucionais de vários países.

Em termos de evolução conceitual e de concepção do Direito Administrativo, a tratadística oficial tem insistido no fato de que a atividade administrativa é a atividade de quem não é proprietário, mas de quem gera *negócio*¹⁸ alheio, onde o

¹⁵ Conforme VIANNA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 30, p. 8, 1996.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

¹⁷ Nesse sentido também MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁸ Veja-se a explícita conotação privatista que se dá ao tema.

fim, e não a vontade, domina todas as formas de organização. Outrossim, jaz a atividade administrativa debaixo da lei que lhe assinala uma finalidade a cumprir¹⁹.

Ocorre que a Administração Pública, dessa forma, se se apresenta corporificada no conjunto de órgãos a serviço do Estado e, objetivamente, é a expressão do Estado agindo *in concreto* para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual e coletivo dos cidadãos e do progresso social, também revela um aspecto instrumental da Democracia, entendida aqui como forma de governo que conta, necessariamente, com procedimentos e mecanismos viabilizadores da constante interlocução e participação dos cidadãos na gestão dos interesses públicos. Desse modo, a natureza do Poder Público é a de um *munus* público para quem o exerce, impondo o cumprimento fiel dos preceitos do direito e da moral social e administrativa que regem a sua atuação²⁰.

Pode-se dizer, então, que, enquanto fim último da Administração Pública, e de uma certa forma retórico também, tem-se o bem comum da coletividade administrada. O problema, aqui, é como o Estado vai implementar tais funções/atividades, tanto no aspecto de criação de instrumentos e mecanismos para tanto, como na utilização deste instrumental.

Tentemos avaliar como esse problema se apresenta para o Direito Administrativo brasileiro.

4 Desafios do Direito Administrativo do Estado Democrático de Direito no Brasil

O Direito Administrativo brasileiro não pode ser tratado, a partir do que vimos e metodologicamente, de forma isolada ou distanciada dos fenômenos políticos, econômicos e sociais que caracterizam e situam o país em nível interno e externo, sob pena de cometermos equívocos de avaliação de conjuntura/diagnósticos e, conseqüentemente, de prognósticos .

Significa dizer, em outras palavras, partindo do pressuposto que o Direito Administrativo se apresenta, ao menos para nós, como campo jurídico informativo e instrumental da Gestão dos Interesses e Finalidades Públicas,

¹⁹ Deixamos de discutir aqui as teorias que buscam conceituar o Direito Administrativo como ciência jurídica, tema que refoge da proposta deste texto. Para tanto, recomendamos o trabalho do professor MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de: *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, bem como o de GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. 1.

²⁰ Estes preceitos não são meramente subjetivos, localizados no âmbito da arbitrariedade do Gestor Público, mas se encontram também e fundamentalmente dispostos em textos normativos cogentes, dentre os quais, no caso brasileiro, na Constituição da República de 1988, em especial em seus princípios fundamentais e direitos e garantias fundamentais, verdadeiras normas jurídicas válidas, vigentes e desejosas de eficácia social, portanto, auto-aplicáveis. Neste sentido ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

esta marcada por um viés democrático (contando, pois, com procedimentos/mecanismos viabilizadores da participação popular no âmbito da gestão), no sentido de que qualquer política pública administrativa precisa estar conectada com o seu tempo e espaço — por mais virtual que ele seja, sob pena de continuar figurando tão-somente como prerrogativas formais dos poderes institucionais.

Impõe-se, portanto, sabermos identificar os cenários nacionais e internacionais em que o Brasil se vê inserido, *sponte sua* ou por contingências impostas.

Nesse sentido, acreditamos ser possível utilizar como marco histórico-referencial, temporal e espacial as formas de desenvolvimento econômico e político que surgem com maior explicitação a partir da década de 1970 e são denominadas globalização, enquanto correlações transnacionais de forças mais econômicas que sociais que rompem os limites físicos dos Estados-Nação, enfraquecendo a força das instituições políticas tradicionais (Partidos, Parlamento, Poder Executivo e Judiciário etc.) existentes em cada país, bem como suas domésticas estratégias de gerenciamento e planejamento econômico nacional²¹.

Este movimento econômico internacional é avassalador e envolve, independentemente de consensos ou aceite, praticamente todos os mercados já alcançados pelo Capitalismo Internacionalizado desde a Primeira Guerra Mundial e cujo suporte de referência, até esse período, ainda são os Estados soberanos.

Conforme as particularidades e posição econômica de cada país, os efeitos do novo modelo são maiores ou menores em termos de custo social, gerando ora maior, ora menor exclusão social, das mais diversas ordens (de trabalho, culturais, sexuais, afetivas etc.)²².

Diante de tal quadro, revela-se inexorável aos países cujo custo social de inserção no novo mercado é trágico²³ a adoção de estratégias de enfrentamento dos problemas sinalizados. A responsabilidade destas ações, importa registrar, é fluida no tecido político-institucional e econômico-social, envolvendo tanto os poderes oficiais como as elites dominantes.

De qualquer forma, pelo princípio da legalidade que vige desde a Era Moderna, ao Estado só é permitido fazer aquilo que a lei lhe permite, e, a partir dela, é que aquelas estratégias podem ser pensadas, instituídas e executadas. Assim, o Poder Público pode desenvolver ações de competência a partir de uma prévia leitura

²¹ Nesse sentido o texto de KENICHI, Ohmae. *The end of the nation state: the rise of Regional Economies*. London: HarperCollins, 1995.

²² Conforme ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Guerra civil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

²³ Como desemprego em massa, subempregos, analfabetismo, precariedade da saúde, inexistência de habitações condignas, criminalização, aumento da violência física etc.

que fizer sobre o que, afinal, a lei lhe permite fazer a este título. Eis um problema hermenêutico.

Por outro lado, se o exercício das atividades da Administração Pública tem como vetor vinculante o ordenamento jurídico a que está ligado, notabilizam-se, aqui, em razão do princípio kelseniano da hierarquia das leis, principalmente as disposições constitucionais atinentes à espécie. Novamente, pois, impõe-se uma avaliação/ interpretação sobre que normas são estas e que vinculação efetiva elas demandam.

Neste particular, para nós, mesmo considerando a existência do princípio da unidade da Constituição, vigente desde há muito na tradição constitucional do Ocidente, segundo o qual todas as suas normas apresentam o mesmo nível hierárquico, existem, para a moderna teoria constitucional, duas modalidades distintas de normas dentro da Carta Política que estão a afetar diretamente os atos do Poder Público, a saber: as denominadas normas-princípios e as normas-disposições, compondo um todo junto ao ordenamento jurídico²⁴.

As normas-princípios afiguram-se como mandamentos estruturais e indispensáveis à organização da regulação jurídica e ordenação social, ou, como quer Celso Mello²⁵, “são disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão e inteligência”.

Esses princípios contêm valores políticos e sociais fundamentais ditados pela Sociedade, de forma explícita ou implícita, concretizados em diversas normas da Constituição ou cuja concretização a Constituição impõe.

Nessa direção, a contemporânea teoria constitucional alemã, com Hesse²⁶, Häberle²⁷ e sua versão portuguesa, com Canotilho²⁸, dá conta de que os princípios são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos, como os princípios do Estado Democrático de Direito, da igualdade, da liberdade etc.

No caso ainda da cultura jurídica brasileira, pode-se citar, a título de ilustração argumentativa, o ensinamento de Carlos Maximiliano²⁹, para quem

todo o conjunto de regras positivas representa sempre e apenas o resumo de um complexo de altos ditames, série de postulados

²⁴ Discutimos essa questão de forma mais exaustiva em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, op. cit., p. 230.

²⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

²⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1997.

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as idéias diretivas do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.

Outro festejado jurista, José Afonso da Silva, denomina os mandamentos jurídicos do Título I da Carta de 1988 como princípios político-constitucionais; eis que configuram decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, constituindo verdadeiras normas-princípio, isto é, normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares, regulando imediatamente relações específicas da vida social³⁰.

Analisando a juridicidade desses princípios, podemos dessumir que eles servem de base e teor aos governos e discursos normativos democráticos, pois colocam e mesmo buscam a concretização dos direitos a que se referem, sempre almejando a proteção e efetivação dos objetivos previamente traçados pelo poder constituinte. Em outras palavras, eles constituem fundamentos para juízos concretos de dever³¹.

Assim, a Constituição brasileira de 1988 tem, em seu título primeiro, elencados os princípios fundamentais que pautam a organização do Estado e da Sociedade brasileira, deduzindo como fundamentos da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana etc. Essa mesma República tem como objetivos a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

✱ Como lembra Bonavides³², princípios como estes fazem transparecer uma superlegalidade material e se tornam fonte primária do ordenamento. Esses princípios apresentam-se como efetivos valores elegidos pela comunidade política local e, enquanto tais, afiguram-se como a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

No Brasil, entretanto, com a tradição de Constitucionalismo rígido e dogmático que tivemos e temos³³, esses novos ideais e conjunturas não foram

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85.

³¹ Concordamos com ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 125, quando afirma que tanto as regras como os princípios são normas, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 176.

³³ Neste sentido ver o trabalho de BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

suficientes, ao menos em caráter expressivo, para sensibilizar os poderes instituídos oficiais e tampouco as lideranças políticas nacionais, para que se pensasse uma forma mais integrada com o meio, em trabalhar e mesmo dar efetividade e um significado mais crítico e coerente com o momento nacional aos dispositivos normativos constitucionais do país.

Entendemos, a partir do referido, que os princípios constitucionais do título primeiro da Constituição de 1988 estão a vincular os atos oficiais do Estado na busca de dar concretude ao que pretendem os indicadores normativos da carta política em vigor, bem como a prestação de suas funções legislativas e judiciárias protetivas e instituidoras de políticas públicas voltadas àquele desiderato.

Aliás, a interpretação do texto constitucional, e em especial dos princípios constitucionais, na melhor doutrina contemporânea,

opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos e disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete produz a norma. Assim, texto é diferente de norma: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa³⁴.

Assim, a qualquer hermenêutica que se pretenda instituir no âmbito da criação, fiscalização e aplicação das leis impõe-se como necessária sua vinculação orgânica aos princípios constitucionais, definidores de uma escolhida concepção de homem e de mundo pela própria Sociedade, até porque o texto normativo não contém imediatamente a norma; esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito³⁵.

O Direito Administrativo, por sua vez, sempre irá se referir a uma certa ordem jurídica positivada, e, como quer Caetano³⁶, enquanto ramo do Direito que compreende as normas reguladoras das relações de autoridade — entre sujeitos com poderes desiguais, portanto — para realização de interesses públicos, está intimamente ligado à Constituição Política de cada país.

Nesta ótica, os Princípios que informam o Direito Administrativo Brasileiro, de um lado, são extraídos do texto constitucional e significam, pois, todo um conjunto

³⁴ Neste sentido GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

³⁵ Ver MULLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência*. Porto Alegre: Fabris, 1995, e COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

³⁶ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 19.

de realidades e conjunturas políticas e econômicas que estão na base do quadro constitucional vigente; de outro, afiguram-se como elementos norteadores do sistema jurídico-administrativo como um todo, condicionando os atos praticados pelos agentes públicos, no sentido de vê-los comprometidos nuclearmente com a implementação dos referidos princípios, direitos e garantias fundamentais.

5 Considerações finais

Em termos de realidade nacional, temos percebido que, para o atual governo brasileiro, a proposta e o modelo de Estado/ Governo mais adequados para enfrentar os desafios que o país apresenta no final do milênio podem ser dados por uma nova social-democracia, denominada nos anos 90 de Terceira Via. Esta *alternativa* presidencial pretende apresentar não apenas uma nova plataforma política, mas uma teoria da Sociedade contemporânea, acreditando na domesticação racional do mercado e no seu redirecionamento para o humanismo³⁷.

Como bem assevera Marilena Chauí:

De fato, o núcleo duro do pensamento social-democrata, desde Bernstein, é que o socialismo (ou a propriedade coletiva dos meios de produção) pode ser e deve ser alcançado por reformas progressivas impostas ao capitalismo (ou a propriedade privada dos meios de produção), e não por meio de uma revolução. Entre o capitalismo e a revolução intercala-se um terceiro caminho, o da reforma, que humaniza o capitalismo e acumula forças para passar pacificamente ao socialismo. Esse pressuposto tornou-se realidade quando a social-democracia passou a operar com as idéias econômicas e políticas de Keynes e estabeleceu uma distinção entre economia liberal de mercado e economia planejada sob a direção do Estado³⁸.

As características fundantes do Estado e do Governo a partir desses pressupostos, na dicção de Guiddens, são:

³⁷ Ver texto de GIDDENS, Anthony. *A terceira via*, op. cit.

³⁸ CHAUI, Marilena. *Fantasia da terceira via*. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno MAIS, edição de 19 dez. 1999. p. 4. Neste texto, a autora faz menção ainda às radicais contradições de pauta e conclusões entre a Terceira Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio – OMC, em Seattle (EUA), em face da Reunião de Líderes Mundiais em Florença (Itália) no mês de dezembro de 1999. Lembra a autora, curiosamente, que parece haver um problema de paternidade no ressurgimento da expressão *Terceira Via*: alguns pensam que foi usada pela primeira vez por Clinton, outros acham que foi introduzida nos discursos de Tony Blair por conselho de seu mentor, o sociólogo Anthony Giddens, que, segundo os jornais brasileiros, deixou de ser apenas o guru de Blair para tornar-se leitura obrigatória dos assessores de FHC. A origem dessa fórmula, como reconhecem seus atuais proponentes, é pouco ilustre: foi empregada pelo fascismo para indicar um projeto e um programa econômico, social e político que se pretendia equidistante do liberalismo e do socialismo/comunismo. Reapareceu nos anos 40 nos discursos de Perón e consolidou o peronismo. Em outras palavras, outrora como agora, a idéia de *Terceira Via* tem a pretensão de colocar-se além da direita liberal e da esquerda socialista-comunista. Doc. Citado.

(1) a crença na idéia de uma justiça social e na rejeição de uma “política de classes”, procurando apoio em todas as classes sociais, postando-se o governo como garante das condições para a expansão e o desenvolvimento da liberdade individual;

(2) a eleição do pressuposto de que cabe ao Estado preservar a competição; criar bases institucionais para os mercados; proteger contra a intromissão indesejada do mercado os bens públicos e culturais, assim como proteger as condições físicas e contratuais dos empregados;

(3) a promoção de uma reforma administrativa que torne o Estado um administrador *tão competente como uma grande empresa*, independentemente de critérios democráticos de procedimentos e tomada de decisões³⁹.

(4) a correção dos desvios e equívocos do Estado-Providência (burocracia, comodismo, passividade), reformando-o no sentido de estimular as parcerias (ou privatizações) com empresas, para a criação de empregos e serviços.

Tentemos identificar, agora, algumas razões de insucesso desse modelo no Brasil, ao menos no que tange a alguns dos itens elencados, condizentes com o objeto de nosso trabalho.

Primeiro, a crença na idéia de um projeto político que possa implementar uma justiça social contando com a união de *todas as classes* é, para o Brasil, no mínimo ingênua; eis que desconsidera que as diferenças entre estas classes são criadas pelo próprio modelo de agenda econômica internacional e nacional imposto pelas regras não muito controláveis de um mercado transnacionalizado, ao qual o país está totalmente entregue, bem como faz parte da lógica de acumulação dada. Nesse sentido, o governo brasileiro tem se mostrado extremamente comprometido com as regras do jogo já estabelecidas, servindo de mediador da acumulação de capital.

Segundo, inexistem no Brasil políticas públicas que evidenciem a preocupação com a regulação das relações econômicas, a despeito da previsão normativo-constitucional do art. 174 da Constituição em vigor.

Terceiro, em nosso sentir, nunca existiu no Brasil um Estado-Providência⁴⁰, mas tão-somente equívocos de comportamento privatista do Estado enquanto instituição jurídica e pública, servindo a interesses setoriais vinculados a elites hegemonicamente dominantes (banqueiros, industriais, grandes corporações).

³⁹ Nessa concepção, como diz Marilena Chauí, no texto citado, o Estado democrático e contemporâneo democratizar-se-á operando por delegação de poder, referendos, plebiscitos, democracia direta nas localidades, transparência nos negócios públicos, em suma, por aumento da participação política com a estratégia de renovação e de incentivo à formação de comunidades solidárias.

⁴⁰ Aqui entendido como Estado promovedor e garante de direitos sociais e fundamentais.

Agora, no que tange à reforma administrativa capaz de imprimir novas tarefas e características ao Poder Público Federal, aproximando-o do modelo desejado pela nova ordem econômica internacional, aí sim o Brasil observou bem a cartilha da novel social-democracia. Prova real disto é, dentre outras ações estatais, a emenda constitucional nº 19, de 04/06/1998, trazendo, por exemplo, um outro princípio informativo à Administração Pública, a saber, a *eficiência*. O que ocorre é que a mesma emenda não indicou quais os critérios e indicadores para aferir tal eficiência, mas, por certo, eles serão fornecidos pela iniciativa privada, com o explícito intento de instituir um discurso de fragilização ainda maior do Estado Administrador e justificar o projeto de privatização do espaço público.

Para as elites governistas, entretanto, a posição sobre esta matéria é a de que:

Existe uma forte relação entre a falta de debate democrático nos países latino-americanos e seu fracasso em alcançar e manter taxas de crescimento econômico maiores ou pelo menos iguais às dos países ricos. Falta-nos o espaço público, não apenas fisicamente, as ruas não são seguras, mas socialmente. Se na Sociedade brasileira houvesse maior "common ground", ou seja, um conjunto de valores e crenças e de regras do debate comuns, teríamos um melhor Estado e melhores governos. E nossos resultados no plano econômico e no social seriam bem melhores⁴¹.

Já que não há esse *common ground*, impõe-se, na perspectiva referida, ao revés do Estado e mesmo contra ele, garantir a setores estratégicos da economia nacional/ internacional, não necessariamente produtivos, as condições necessárias para que a concentração de renda e lucros se perpetue, arcando com o custo social consecutório.

Por óbvio que as feições de um Direito Administrativo nesse modelo vão se adequar às feições do Estado por ele desenhado, a saber, regulador de expedientes burocráticos e formais, principalmente aqueles que digam respeito à morosidade de atendimento das demandas efetivamente públicas que afetam a maior parte quantitativa da população, tudo justificado por uma cultura fomentada na ineficiência do velho Estado Nacional.

Sem optarmos pelo viés do discurso panfletário, importa registrar que, enquanto a Administração Pública brasileira se valer dos instrumentos normativos que existem à sua disposição para tão-somente cumprir com pautas gerenciais

⁴¹ Conforme PEREIRA, Carlos Bresser. A diferença está no debate. *Folha de S. Paulo*, 20 dez. 1999, Seção Opinião, p. 1-3.

formais, desconectadas dos interesses verdadeiramente públicos existentes, força é reconhecer que o Direito Administrativo não terá outra função a não ser a de corroborador de ações públicas estereis e distanciadas de políticas públicas sociais, evidenciadoras de uma racionalidade formal extremamente irracional, pois, em nome da legalidade, mantém-se inerte e silente em face das violações cotidianas dos direitos e garantias fundamentais da cidadania brasileira⁴².

Entendemos, por fim, que o Direito Administrativo, visto como instrumento de controle e participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, tem sim um estatuto e finalidades dogmaticamente estabelecidas pelo sistema jurídico pátrio, em especial, na sua norma fundamental-constitucional, a serem perseguidas não facultativamente, mas como única possibilidade de se efetivar o Estado Democrático de Direito anunciado.

6 Bibliografia referencial

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990.
- ALEXI, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1996.
- BODILLO, Juan. *El derecho político romano*. Madrid: Dastria, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CHAUÍ, Marilena. Fantasias da terceira via. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno MAIS, 19 dez. de 1999, p. 4.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁴² O conceito de uma racionalidade formal irracional é de MARCUSE, Herbert. *Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 61. Sustenta o autor que no desenvolvimento do racionalismo capitalista temos então que o irracionalismo se converte em razão: a razão na forma de desenvolvimento forçado da produtividade, da pilhagem da natureza e dos seus recursos, de aumento dos stocks de bens. Essa razão é irracional porque, acrescida a sua produtividade, o domínio da natureza e da riqueza social convertem-se em forças destrutivas.

- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Porto Alegre: Globo, 1984.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Guerra civil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Druma, 1994.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. 1
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- KENICHI, Ohmae. *The end of the nation state: the rise of Regional Economies*. London: HarperCollins, 1995.
- LEAL, Rogério Gesta. Significados e sentidos do Estado Democrático de Direito enquanto modalidade ideal/constitucional do Estado Brasileiro. *Revista Redes*, v. 3, jul. 1998.
- _____. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.
- _____. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho público*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MARCUSE, Herbert. *Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MULLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- PEREIRA, Carlos Bresser. A diferença está no debate. *Folha de S. Paulo*, 20 dez. 1999, Seção Opinião, p. 1-3.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85.
- VIANNA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 30, 1996.