Número 13 – março/abril/maio 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL: UM INVENTÁRIO DE AVANÇOS E RETROCESSOS

Prof. Gustavo Binenbojm

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Master of Laws, Yale Law School e Doutor em Direito Público, UERJ. Sócio de Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advocacia, Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

I. INTRODUÇÃO

I.1. A DOGMÁTICA ADMINISTRATIVISTA NO DIVÃ: A EVOLUÇÃO CONTRADITÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

A idéia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo, forjada a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito. Passados dois séculos da sua gênese, é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de direito, nem à afirmação história do princípio da separação dos poderes.[1]

Com efeito, havendo sido produto da elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês, as categorias básicas da disciplina não surgiram da sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, mas antes de uma autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade. Por outro lado, a adoção da jurisdição administrativa, paralela e infensa à jurisdição comum, rendeu ensejo à imunização do Poder Executivo frente aos controles dos demais Poderes e, principalmente, do controle do cidadão. O modelo administrativo francês, no qual a burocracia *legisla* para si e *julga* a si mesma,

[1] Sobre o tema, v. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo,* 2006, p. 9/17.

não pode ser considerado fruto, mas a própria antítese da idéia de separação de poderes.

Nesse contexto, é correto afirmar que a dogmática administrativista estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do *princípio da autoridade*, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder.

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

Se, em sua origem, o direito administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pelas idéias de parcialidade e desigualdade, sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que se poderia chamar de *vertente garantística*, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos.[3] Nada obstante, como se verá a seguir, essa não foi uma tendência constante, progressiva e unidirecional, sendo antes combinada com estratégias de *fuga* à rigidez das formas e às restrições legais à liberdade decisória da Administração. Constituída pelo trabalho desses dois vetores contraditórios, a dogmática administrativista reflete esse caráter ambíguo em inúmeros dos seus institutos e na fragilidade de sua estrutura teórica.

Talvez o aspecto mais paradoxal dessa acidentada evolução tenha sido o que Sebastian Martín-Retortillo identificou como uma *fuga* do direito constitucional.[4] Com efeito, embora criado sob o signo do Estado de direito, para solucionar os conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de *descolamento* do direito constitucional. A própria *descontinuidade* das constituições, em contraste com a *continuidade* da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais.

---

[2] Paulo Otero, *Direito Administrativo – Relatório,* 2001, p. 229.
[3] Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003, p. 282.
[4] Sebastian Martín-Retortillo Baquer, *El Derecho Civil en la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones,* 1996, p. 215.

Deste modo, *v.g.,* uma das categorias básicas do direito administrativo – a multifária noção de *interesse público* – de origem *pré-constitucional*, resiste em alguns países até os dias de hoje completamente alheia à *juridicização* de princípios e objetivos do Estado e da coletividade, operada pela Constituição. Mesmo em nações que adotaram o modelo de *constituição dirigente* – como Portugal e Brasil –, a doutrina administrativista permaneceu oferecendo as mais diversas conceituações de interesse público, quase todas sem qualquer referência às prescrições de suas respectivas Leis Fundamentais. No mais das vezes, o discurso da autonomia científica do direito administrativo serviu de pretexto para *liberar* os administradores públicos da normatividade constitucional.

A mesma reflexão pode ser feita em relação à *discricionariedade administrativa*. Durante muito tempo – sem que isso provocasse maior polêmica – a discricionariedade era definida como uma *margem de liberdade* decisória dos gestores públicos*,* sem qualquer remissão ou alusão aos princípios e regras constitucionais. Vale lembrar que a primeira evolução no sentido do controle judicial dos atos (ditos) discricionários – com o surgimento de teorias como as do *desvio de poder* e dos *motivos determinantes* – partiu de elementos vinculados à lei, e não à Constituição, embora diversos Estados europeus à época já tivessem sido constitucionalizados.

Aliás, a discricionariedade administrativa representou, também, um movimento contraditório do direito administrativo em relação à própria legalidade, sobretudo a partir de quando esta passa a ser entendida como vinculação positiva à lei. De fato, no contexto de uma teoria que pretendia, em essência, a submissão integral da atividade administrativa à vontade do legislador, a discricionariedade pode ser vista como uma *insubmissão* ou, pelo menos, uma *não-submissão*. Todavia, contradição mais contundente que a mera existência dos atos discricionários é a constatação de que estes representam a grande maioria dos atos administrativos, dada a mutiplicidade de situações que reclamam a atuação do Poder Público.

Um outro impulso contraditório do direito administrativo é aquilo que Maria João Estorninho chamou, inspirada na doutrina alemã, de uma *fuga para o direito privado* (*Flucht in das Privatrecht*).[5] Constituído, justamente, por um conjunto de adaptações e recriações de institutos do direito civil, o regime jurídico administrativo, desde pelo menos o advento do Estado de bem-estar, passou a fazer um curioso caminho de volta. Se o regime administrativo se carcateriza por uma combinação de *prerrogativas e restrições,* a fuga para o direito privado permite que as administrações centrais (ou diretas) conservem suas prerrogativas, despindo-se das restrições por meio da constituição de entidades administrativas com personalidade de direito privado.

[5] Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado. Contributo Para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública,* 1996. Sobre o tema, v. também Giuseppe di Gaspare, *Il Potere nel Diritto Pubblico,* 1992, p. 385; Santiago González-Varas Ibañez, *El Derecho Administrativo Privado,* 1996.

Mas não só isso. Esta *privatização* da atividade administrativa tem se dado por variadas formas e em diferentes setores. A emergência do *gerencialismo* procura aplicar técnicas de organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública. A idéia de *consensualidade* tem cada vez mais permeado as relações entre administrados e Administração. A intervenção direta do Estado na economia tem sido substituída por *parcerias* com a iniciativa privada, pelas quais empresas não-estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas a monopólio estatal. O Estado prestador é agora sucedido por um Estado eminentemente regulador.

Assiste-se, assim, à emergência de *filhotes híbridos* da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a gestão privada: a atividade de gestão pública *privatizada* (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada *publicizada ou administrativizada* (regime privado altamente regulado). Essa hibridez de regimes jurídicos, caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da crise de identidade do direito administrativo.[6]

Por fim, resta uma alusão à problemática das transformações recentes (em países da Europa continental e no Brasil) no modelo de organização administrativa. O surgimento e a proliferação das chamadas *autoridades administrativas independentes* subverteu a idéia de unidade da Administração Pública, substituindo-a pela noção de uma Administração *policêntrica*.[7]

O sistema político-administrativo dominante no continente europeu e no Brasil desde o século XIX concentra no governo (presidente ou primeiro-ministro e seu gabinete), enquanto órgão superior da Administração Pública, poderes de intervenção intra-administrativa sobre o conjunto amplo de órgãos e entidades sob sua chefia, respondendo politicamente perante o parlamento ou diretamente ao povo, conforme o sistema de governo, pelas ações e omissões administrativas, na medida em que se encontra habilitado a dirigir, orientar, supervisionar ou controlar as respectivas estruturas organizativas.[8]

Esse modelo, que encontra similar no constitucionalismo brasileiro,[9] acabou erigindo a unidade administrativa em verdadeiro instrumento do princípio democrático e em fator de legitimação da Administração Pública.[10] A responsabilidade política do chefe de governo junto ao povo (em sistemas

---

[6] Eduardo Paz Ferreira, *Lições de Direito da Economia,* 2001, p. 43.
[7] Sobre o tema, v. Capítulo VI, *infra.*
[8] Paulo Otero, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Dogmático-Constitucional,* vol. II, p. 792.
[9] A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 84, II, confere ao Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado, o poder de direção superior sobre a Administração Pública federal.
[10] Sobre as relações entre a unidade da Administração Pública e o princípio democrático, v. Rudolf Mögele, *Die Einheit der Verwaltungs als Rechtsproblem,* 1987, p. 545 *apud* Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003, p. 316.

presidencialistas) ou ao parlamento (em sistemas parlamentaristas), num regime em que ele é também o chefe supremo da Administração, convolou-se em condição necessária da *controlabilidade* (*accountability*) social da atuação da burocracia. Pode-se mesmo dizer que este era o contraponto democrático da chamada *crise da lei* e da notável expansão das margens decisórias da Administração na definição das políticas públicas.

Tal sistema entra em crise com a importação, para diversos países da Europa continental e para o Brasil, da figura da *independent regulatory agency* (agência reguladora independente). Esse tipo de estrutura institucional só se proliferaria na Europa ocidental a partir dos anos setenta e oitenta do século XX, sob o influxo dos projetos de governança comunitária promovidos pela União Européia, com o nome de *autoridade administrativa independente*, enquanto ao Brasil só chegaria nos anos noventa, a reboque dos processos de privatização e reforma do Estado.

As autoridades ou agências independentes quebraram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica *externa* à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de *recondução* direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho *piramidal* para uma configuração *policêntrica*.[11]

A não-submissão das autoridades independentes à linha hierárquica da chefia da Administração tem sido normalmente justificada pela necessidade de dotar a regulação de alguns setores da economia e da vida social de maior neutralidade, profissionalismo e qualificação técnica, objetivo que não se conseguiu atingir em um modelo unitário, onde a atividade administrativa acabava por tornar-se diretamente *responsiva* à lógica político-eleitoral. Todavia, ao avanço da tecnocracia sobre espaços tradicionalmente ocupados pela política corresponde um risco de *deslegitimação* das estruturas estatais de poder.[12]

Inobstante suas possíveis justificativas teóricas e pragmáticas, fato é que as autoridades administrativas independentes representam mais um elemento problemático no acidentado e contraditório percurso de evolução do direito administrativo.

Tais contradições, construídas e reproduzidas em momentos históricos distintos pelo mundo afora, convergem agora, no Brasil, para um momento de inflexão teórica que se poderia caracterizar como uma *crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro.*

[11] Francesco Caringella, *Corso di Diritto Amministrativo,* 2001, vol. I, p. 619 e ss..
[12] Sobre o tema, v. Capítulo VI, *infra.*

I.2. A CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.

Como se pretendeu demonstrar acima, a crise dos paradigmas do direito administrativo não se constitui apenas do *novo*, mas exibe também, em larga medida, alguns *vícios de origem*. Nada obstante, as transformações por que passou o Estado moderno, desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso, verificado nas últimas décadas do século XX, assim como a emergência do Estado democrático de direito, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.

Captando a evidência, assim Marçal Justen Filho sintetiza a aventada crise:

> *"Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIOU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. (...) O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás."*[13]

Nesta toada, é possível identificar quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil e que se encontram em xeque na atualidade, diante de transformações decorrentes da nova configuração do Estado democrático de direito:

I) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo.[14]

II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse.[15]

---

[13] Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo,* 2005, p. 13.

[14] Neste sentido, v. Celso Antônio Bandeira de Melo, *O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico,* Revista de Direito Público, vol. 2, 1967, p. 45/47.

[15] Tal formulação clássica é devida, entre nós, a Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro,* 1995, p. 82/83: "Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto

III) a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa.[16]

IV) a idéia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República). Na tradição do constitucionalismo brasileiro, a fórmula da Administração unitária é sintetizada, como no atual art. 84, inciso II, da Constituição de 1988, na competência do Chefe do Executivo para exercer a *direção superior* da Administração, com o auxílio dos Ministros de Estado.

Como agente condutor básico da superação de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a idéia de *constitucionalização do direito administrativo* como alternativa ao déficit teórico apontado nos itens anteriores, mediante a adoção do *sistema de direitos fundamentais* e do *sistema democrático* qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e *para além* da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa e (IV) admitirem um espaço próprio para as *autoridades administrativas independentes* no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.[17]

Assim, tem-se que:

(i) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;

(ii) a definição do que é o *interesse público*, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos

---

na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza." V. também, sobre o tema, Luís Roberto Barroso, *Disposições Constitucionais Transitórias: conceito e classificação. Delegações Legislativas: validade e extensão. Poder Regulamentar: conteúdo e limites,* in *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 1993, p. 387.

[16] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988,* 1991, p. 93 e ss..

[17] Neste sentido, Patrícia Ferreira Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 129-30: "Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social."

de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados;

(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um *resíduo de legitimidade*,[18] a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*;

(iv) a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de *autoridades administrativas independentes,* denominadas entre nós, à moda anglo-saxônica, *agências reguladoras independentes*, que não se situam na linha hierárquica direta do Presidente da República e dos seus Ministros. A pedra de toque dessa *independência* (ou *autonomia reforçada*) das agências reguladoras em relação ao governo é a *independência política dos seus dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente – tanto aquele responsável pela nomeação, como seu eventual sucessor, eleito pelo povo. À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito.

Na tarefa de *desconstrução* dos velhos paradigmas e *proposição* de novos, a *tessitura constitucional* assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, *a fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.

[18] A expressão é devida a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e Discricionariedade – Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade,* 2002, p. 33.

II. A MUDANÇA DE PARADIGMAS PROPOSTA

II.1. DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE.

Tornou-se clássica, na literatura administrativista brasileira, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello para o dito princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares:

> *"Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados."*[19]

Segundo a concepção dominante, o interesse público seria o "interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade."[20] Trata-se, como se vê, de uma concepção *unitária* de interesse público, que abarcaria, em seu bojo, tanto uma dimensão individual como coletiva, numa aproximação com a própria noção de bem comum. Daí a proclamação de sua supremacia apriorística sobre interesses meramente particulares e a sua função central no regime jurídico administrativo, como fundamento das prerrogativas formais e materiais da Administração Pública em sua relação com os administrados.[21]

Tributária de concepções *organicistas* antigas e modernas, a idéia da existência de um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles não resiste à emergência do constitucionalismo e à consagração dos direitos fundamentais e da democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.

Também a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais revela-se absolutamente incompatível com a idéia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, necessariamente contextualizada, que *"demanda uma avaliação da correlação*

---

[19] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 2003, p. 60.
[20] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 2003, p. 53.
[21] No mesmo sentido, dentre vários outros, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro,* 2001, p. 43, afirmando que "sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum."

entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção".[22]

Consoante a lição clássica de Robert Alexy, princípios jurídicos encerram *mandados de otimização*, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.[23] Ao contrário das *regras,* que são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do "tudo ou nada"[24], os *princípios* têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.

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

De outro lado, uma norma de prevalência apriorística não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa medida da *cedência recíproca* que deve existir entre interesses individuais e interesses coletivos em um Estado democrático de direito?

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público,[25] aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração

---

[22] Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* 2004, p. 70.
[23] Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales,* 1993, p. 86.
[24] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1998, p. 24.
[25] Como afirma Eros Roberto Grau, a questão da definição do interesse público prossegue como a grande questão do direito administrativo. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto,* 2000, p. 25.

lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização.[26] De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência, atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *standards* de decisão. Tais *standards* permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso.

A técnica da ponderação encontra aplicação tanto nos países que adotam o sistema de *common law*[27], como do sistema continental europeu[28], qual forma de controle da discricionariedade administrativa e de *racionalização* dos processos de definição do interesse público prevalente. Nesse processo, os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo postulado da proporcionalidade.[29]

Não obstante, mais do que uma mera *técnica* de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios fundandes do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um *Estado de Ponderação* (*Abwägungsstaat*).[30] Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser considerada como medida otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública. Assim, as *relações de prevalência* entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do *jogo de ponderações proporcionais* envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade.

---

[26] Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, 1992, p. 183; *Direito Administrativo Moderno*, 1998, p. 141.

[27] V. Paul Craig, *Administrative Law*, 1999, p. 644; Denis J. Galligan, *Discretionary Powers: a legal study of official discretion*, 1986, p. 330 e ss..

[28] V. André de Laubadère, *Le Controle Jurisdicionnel du Pouvoir Discretionnaire dans la Jurisprudence Recente du Conseil d'État Français*, *in Mélanges Offerts à Marcel Waline: Le Juge et le Droit Public* (obra coletiva), 1974, p. 546/547.

[29] V., por todos, Humberto Bergmann Ávila, *Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", in O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel,* 1999, p. 99/127; *Teoria dos Princípios – da denifição à aplicação dos princípios jurídicos,* 2004, p. 112/127. Ver também Gustavo Binenbojm, *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo,* Revista de Direito Administrativo n° 239, p. 1/31; Daniel Sarmento, *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional,* in *Interesses Públicos vs. Interesses Privados – Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coordenador: Daniel Sarmento), 2005, p. 23/116.

[30] Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?,* 1997, *apud* Ricardo Lobo Torres, *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade, in* Ricardo Lobo Torres (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Renovar, 2002, p. 425/426.

Cuida-se, em suma, de uma *constitucionalização* do conceito de interesse público, que fere de morte a idéia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. Qualquer juízo de prevalência deve ser sempre *reconduzido* ao sistema constitucional, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.[31]

Deste modo, a emergência de um *modelo de ponderação*, como critério de racionalidade do direito (e do próprio Estado democrático de direito), servirá de instrumento para demonstrar a inconsistência da idéia de um princípio jurídico (ou um postulado normativo aplicativo) que preconize a supremacia abstrata e *a priori* do coletivo sobre o individual ou do público sobre o privado.

II.2. DA LEGALIDADE COMO VINCULAÇÃO POSITIVA À LEI AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA.

No seu monumental livro "*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*", publicado ainda em 1941, Miguel Seabra Fagundes apresentou a definição de função administrativa até hoje repetida nos bancos universitários brasileiros: "administrar é aplicar a lei de ofício".[32] Tal concepção corresponde à visão tradicional da legalidade administrativa como uma *vinculação positiva à lei.* Não custa relembrá-la, tal como enunciada por Hely Lopes Meirelles:

> *"Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza."*[33]

[31] Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo,* 2005, p. 14. Afirma o autor, de forma contundente: "A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como "*discricionariedade administrativa", "conveniência e oportunidade" e "interesse público".* Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática."

[32] Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª edição (atualizada por Gustavo Binenbojm), 2005, p. 3.

[33] Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro,* 1995, p. 82/83.

O ofício administrativo, todavia, não se reduz – e, como visto linhas atrás, jamais se reduziu – à mera aplicação mecanicista da lei.[34] A própria origem pretoriana e *autovinculativa do* direito administrativo por obra do Conselho de Estado francês, e os amplos espaços discricionários deixados pela lei para serem preenchidos pelo administrador, já comprometeriam, a rigor, essa noção de que a Administração não age por vontade própria, senão que se limita a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador. Em verdade, mesmo a atividade de interpretação da lei, já o dizia Kelsen, comporta sempre uma margem autônoma de criação, daí se poder afirmar que mesmo os ditos *regulamentos de execução* expressam também algum conteúdo volitivo da Administração Pública.

Assim, na aguda percepção de Almiro do Couto e Silva, *"a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público."*[35]

Ademais, é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de *erosão da lei formal*[36] – a chamada *crise da lei* – caracterizada pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para a Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais *caber* dentro da *lentidão e generalidade* do processo legislativo formal.

Cada vez mais, portanto, como assinala García de Enterría, a Administração não se apresenta como uma simples instância de execução de normas heterônomas, mas é, ao invés, em maior ou menor medida, fonte de normas autônomas.[37] Tais normas, dado o seu volume numérico e importância

---

[34] Cumpre anotar, todavia, com Antônio Carlos Cintra do Amaral, que a conceituação da função administrativa, por Seabra Fagundes, como aplicação da lei de ofício, teve por objetivo distingui-la da função jurisdicional, e não simplesmente limitar a função administrativa a uma atuação mecânica. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Validade e Invalidade do Ato Administrativo,* Revista Diálogo Jurídico, v. I, n° 8, novembro de 2000, p. 3. Disponível na internet em http://www.direitopublico.com.br (acesso em 10.10.2003).

[35] Almiro do Couto e Silva, *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro,* Revista de Direito Administrativo n° 179/180, p. 53.

[36] Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, O Princípio da Legalidade*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 10, 1977, p. 16.

[37] Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* vol. I, 1999, p. 428.

prática, acabam sobrepujando a tradicional proeminência da lei. A proliferação das agências reguladoras nos Estados Unidos desde o *New Deal,* por exemplo, e sua espetacular produção normativa na regulação dos mais diversos campos econômicos e sociais, ensejam a afirmação de que *"vivemos em um Estado administrativo".*[38]

Pretende-se enfrentar o fenômeno da *deslegalização* ou *delegificação*, recentemente importado da Espanha e da Itália para o Brasil.[39] Além da análise da sua legitimidade constitucional e da busca de um enquadramento do poder normativo das autoridades administrativas no país, examinar-se-ão os riscos de *neofeudalização* normativa[40] do Estado democrático de direito e de *colonização* do espaço público por tais órgãos tecno-burocráticos.[41]

A tais riscos, criados pelo enfraquecimento da lei formal e pela multiplicação dos *ordenamentos administrativos setoriais*[42], propõe-se como resposta a *constitucionalização do direito administrativo.* Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para *mediar* a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Tal como afirma Canotilho, *"a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição."*[43]

Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira *Constituição administrativa*, que, por um processo de *autodeterminação constitucional*,

---

[38] A afirmação, feita para enfatizar a importância cada vez maior dos regulamentos e decisões editados por agências, é de Jerry Mashaw na sua obra *Greed, Chaos & Governance: Using Public Choice to Improve Public Law,* 1997, p. 106.

[39] Na Espanha, v., por todos, Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 270/272. Na Itália, v. Gianmario Demuro, *La Delegificazione: Modelli e Casi,* 1995, p. 24 e Giuseppe de Vergottini, *A Delegificação e a sua Incidência no Sistema de Fontes do Direito,* in *Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, 1999, p. 163 e ss.. No Brasil, v. por todos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório,* 2003, p. 123/128.

[40] A expressão é de Paulo Otero, , *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003, p. 162.

[41] A expressão é de Jürgen Habermas, *Direito e Democracia entre Faticidade e Validade,* 1° vol., 1997, p. 167.

[42] Sobre o tema, v. Alexandre Santos de Aragão, *Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras, in Direito Político*, Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro (coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto), 2000.

[43] J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2002, p. 836.

emancipou-se da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas.[44] A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

Talvez o mais importante aspecto dessa *constitucionalização* do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como *núcleos de condensação de valores*.[45] A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a *zona de irradiação do direito constitucional*, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.[46]

A idéia de *juridicidade administrativa,* elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. A *filtragem constitucional* do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.[47] Em tempos de *deslegalização* e proliferação de autoridades

[44] Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2003, p. 735.
[45] J.J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 49.
[46] Santamaria Pastor, *Princípios de Derecho Administrativo,* 2000, p. 88.
[47] Na Alemanha, por exemplo, o comedimento da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, no trato de questões relativas à Administração Pública não impediu que a jurisprudência e a doutrina reconhecessem a existência implícita, no bojo daquela Carta, de princípios reitores do direito administrativo, tais como o princípio da proporcionalidade, o princípio da ponderação de interesses e o princípio da proteção da confiança. Neste sentido, v. Hartmut Maurer, *Elementos*

administrativas, sobreleva a importância dos princípios e regras constitucionais na *densificação* do ambiente decisório do administrador[48] e amenização dos riscos próprios da normatização burocrática.[49]

II.3. DA DICOTOMIA ATO VINCULADO VERSUS ATO DISCRICIONÁRIO À TEORIA DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE.

O terceiro velho paradigma do direito administrativo brasileiro que se encontra em vias de ser superado é o da *discricionariedade* como *espaço de livre decisão do administrador,* decorrente da rígida dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários. Simbólica e historicamente relevante é a caracterização dessa dicotomia por Hely Lopes Meirelles:

> *"(atos vinculados são aqueles para os quais) a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, deixando os preceitos legais para o órgão nenhuma liberdade de decisão, (enquanto que atos discricionários são os que) a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização."*[50]

As transformações recentes sofridas pelo direito administrativo tornam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa. Com efeito, pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente, como um espaço *carecedor de legitimação*. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de *fundamentação* dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

A emergência da noção de *juridicidade administrativa,* com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos*

---

de Direito Administrativo Alemão (tradução Luís Afonso Heck), 2000, p. 65/84; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, p. 602/606.

[48] Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, 1999, p. 20/21.

[49] Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 82.

[50] Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro,* 1995, p. 143.

administrativos à juridicidade.[51] A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Não obstante, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os *procedimentos* adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de *jurídico-funcionalmente adequado*.

Como explica Andreas Krell, de forma magistralmente clara, o enfoque jurídico-funcional (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise)* parte da premissa de que o princípio da separação de poderes deve ser entendido, hodiernamente, como uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito. Assim, as diversas figuras que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os *códigos dogmáticos* para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos órgãos jurisdicionais.[52]

Portanto, ao invés de uma predefinição *estática* a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário), impõe-se o estabelecimentos de critérios de uma *dinâmica* distributiva *"funcionalmente adequada" de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta não apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a "específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas."*[53]

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas

[51] Neste sentido, Georges Vedel, *Droit Administratif*, p. 318/319: "L'administration ne se trouve jamais dans une situation de pur pouvoir discrétionnaire ou de pure compétence liée. Il n'y a jamais pure compétence liée (...) Mais surtout, il n'y a jamais pur pouvoir discrétionnaire."

[52] Andreas J. Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo,* 2004, p. 45 e ss.; No mesmo sentido, Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución),* 1997, p. 62 e 142 e ss..

[53] Andreas J. Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo,* 2004, p. 46.

na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.

Em uma palavra: a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder[54] não se pode deixar converter em uma indesejável *judicialização* administrativa, meramente substitutiva da Administração, que não leva em conta a importante dimensão de *especialização técnico-funcional* do princípio da separação de poderes, nem tampouco os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo.

De outra banda, o controle judicial será tendencialmente mais *denso* quão maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais. Assim, se as ponderações feitas pelo administrador (ou mesmo as do legislador) na conjugação entre interesses coletivos e direitos fundamentais revelarem-se *desproporcionais ou irrazoáveis*, caberá ao Poder Judiciário proceder a sua invalidação. Em tal caso, o papel primordial dos juízes no resguardo do sistema de direitos fundamentais autoriza um controle mais acentuado sobre a atuação administrativa, respeitado sempre o *espaço de conformação* que houver sido deixado pela diretriz normativa.

O estudo dessa nova configuração da *discricionariedade* percorrerá o intinerário histórico do instituto, desde suas origens no Antigo Regime, passando pela ascensão e decadência da teoria dos elementos do ato administrativo, até chegar às idéias mais modernas de controle pelos princípios, conceitos jurídicos indeterminados, margem de livre apreciação e redução da discricionariedade a zero. Em cotejo com considerações ligadas à seperação de poderes, à democracia e aos direitos fundamentais, tais conceitos servirão como instrumental importante para a elaboração de uma teoria jurídico-funcionalemente adequada do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em um Estado democrático de direito.

II.4. DO EXECUTIVO UNITÁRIO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POLICÊNTRICA.

A chamada *Reforma do Estado,* implementada no Brasil a partir de meados da última década do século passado, deixou como legado institucional para o país uma miríade de novas autoridades administrativas dotadas de elevado grau de autonomia em relação ao

[54] Eduardo García de Enterría, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos),* 1995.

Poder Executivo, denominadas, à moda anglo-saxônica, *agências reguladoras independentes*. Tais estruturas, assumindo embora a surrada roupagem autárquica, foram erigidas sobre um conjunto de mecanismos institucionais de garantia que lhes confere *papel* e *posição* inéditos na história da Administração Pública brasileira.

Na lógica do Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRE), de 1995, as agências independentes seriam instrumentos essenciais para dissolver os *anéis burocráticos* dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República. Sob um ponto de vista pragmático, essa pretensa *despolitização* tinha por objetivo criar um ambiente regulatório não diretamente *responsivo* à lógica político-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial.

Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo de processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado *compromisso regulatório (regulatory commitment)* era, na prática, uma exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que *subtraísse o marco regulatório* do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado. Daí a idéia da *blindagem institucional* de um modelo que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura.

Para tanto, foi importada para o Brasil a figura da *independent regulatory agency,* existente nos Estados Unidos desde as últimas décadas do século XIX (1887)[55] e que atingiria seu apogeu durante o *New Deal.* Tal figura institucional só se proliferaria na Europa ocidental a partir das décadas de setenta e oitenta do século XX, sob o

[55] A primeira agência reguladora independente federal surgida nos Estados Unidos da América foi a *Interstate Commerce Commission (ICC).* V. *Cass R. Sunstein, O Constitucionalismo após o The New Deal, in* Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano, 2003, p. 131/133.

influxo transformador dos projetos de governança comunitária transnacional promovidos pela União Européia, com o nome de *autoridade administrativa independente*.[56]

A pedra de toque dessa *independência* (ou *autonomia reforçada*) das agências reguladoras em relação ao governo é a *independência política dos seus dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente – tanto aquele responsável pela nomeação, como seu eventual sucessor, eleito pelo povo.

Quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao apreciar o pedido de medida cautelar formulado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.949-RS, proclamou a constitucionalidade desse modelo de autoridade administrativa independente, muito mais havia em jogo do que a mera permanência dos dirigentes de uma agência (nomeados pelo governo anterior) em seus cargos. Neste *leading case,* [57] para além da mera admissibilidade constitucional das agências independentes, a Suprema Corte brasileira placitou a validade de um amplo conjunto de transformações na lógica de funcionamento das estruturas do nosso Estado democrático de direito.

As autoridades independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica *externa* à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de *recondução* direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho *piramidal* para uma configuração *policêntrica*.

---

[56] O Banco Central da Alemanha *(Deutsche Bundesbank)* é normalmente apontado como o modelo pioneiro e paradigmático de autoridade administrativa independente no continente europeu, que serviu de inspiração, inclusive, para a configuração do Banco Central Europeu. V. Artemi Rallo Lombarte, *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, 2002, p. 74/75.

[57] A ADIN n° 1.979-RS dizia respeito, especificamente, à Lei estadual n° 10.931/97, referente à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS. Em seu veredito, tomado por maioria, o STF afastou-se de seu entendimento tradicional, consubstanciado no verbete n° 25 de sua Súmula de Jurisprudência (*"A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia."*), passando a admitir a constitucionalidade da instituição, por lei, de restrições à livre exoneração, pelo Presidente da República, dos dirigentes das agências reguladoras.

Na verdade, a regulação independente enseja inúmeras e relevantes questões nos campos do direito e da política, como a revisão dos fundamentos legitimadores do poder, a redefinição do esquema clássico de articulação entre os poderes do Estado, o avanço da tecnocracia sobre a dialética política e a progressiva submissão do direito às exigências da economia.

As perplexidades geradas pelo novo modelo são diversas e variadas. Como compatibilizar a regulação setorial autônoma com políticas públicas desejadas por governos democraticamente eleitos? O que legitima a autoridade de tecnocratas na interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados? Qual a margem de apreciação técnica reservada aos reguladores? Qual o papel do Poder Judiciário na fiscalização da fidelidade da atuação das agências ao direito? Deve o Parlamento exercer algum tipo de supervisão sobre o trabalho das agências à vista de seus objetivos institucionais? Como assegurar a *accountability* (controle, prestação de contas e *responsividade*) dos reguladores autônomos, não sujeitos ao teste eleitoral? Devem ser desenvolvidas novas formas de participação e controle social, além da via eleitoral, de maneira a alcançar um maior grau de legitimidade nas decisões das agências? Essas são algumas das indagações ensejadas pelo advento do modelo de policentrismo decisório.

Ao contrário dos outros três novos paradigmas, a idéia da Administração policêntrica não é fruto direto da emergência do neoconstitucionalismo, mas, ao revés, produto das exigências da Reforma do Estado, orientada pelo princípio da eficiência. Aqui, a elaboração teórica servirá para adequar o novo paradigma aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito.

III. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: AVANÇOS E RETROCESSOS.

III.1. Direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

As idéias de *direitos fundamentais* e *democracia* representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos

estruturantes do Estado democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre *o que é, para que serve e qual a origem da autoridade* do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.

A partir do que se convencionou chamar *virada kantiana*,[58] dá-se uma reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos direitos fundamentais e do debate sobre a teoria da justiça fundado no imperativo categórico, que deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como um imperativo categórico jurídico.[59] A idéia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. À *centralidade moral* da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a *centralidade jurídica* dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo.

A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da *autonomia pública e privada* dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais. A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como *agentes morais emancipados* e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor igualdade, transubstanciado juridicamente no princípio da isonomia, do qual se origina o próprio princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.

Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de *interdependência* ou *reciprocidade*. Da conjugação desses dois elementos é que surge o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas

[58] A expressão é normalmente atribuída a Otfried Höffe. Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in* Teoria dos Direitos Fundamentais (obra coletiva), Editora Renovar, 1999, p. 248/249. No mesmo sentido, Maria da Assunção Esteves, *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*, *in* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10° Aniversário do Tribunal Constitucional, 1995, p. 130.

[59] Segundo Kant, a razão prática conduz ao imperativo categórico, regra universal que ordena ao homem agir de forma tal que sua conduta possa ser elevada à máxima de comportamento universal. O fundamento ético do Direito (o Direito justo) está, precisamente, nestes padrões universais de conduta, deduzidos pela razão, e que permitem que a liberdade de um conviva com a liberdade dos demais membros da coletividade, segundo uma lei universal. V. Immanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, p.101 e ss.; Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, 1997, p. 70 e ss..

erigidas *sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*. Na feliz síntese de Daniel Sarmento, o Estado e o direito têm a dignidade humana situada no seu *epicentro axiológico*, razão última de sua própria existência.[60]

Há que reconhecer, com Santiago Nino, que direitos fundamentais e democracia são, essencialmente, problemas morais[61], cuja institucionalização ocorre a partir de um modelo de democracia deliberativa. Para Nino, a *intersubjetivação das subjetividades* produzida por um processo de deliberação coletiva não é substitutiva dos juízos morais, mas apenas o meio mais confiável de depurá-los. Como "o que a democracia é não pode ser dissociado do que a democracia deve ser", [62] a institucionalização dos direitos fundamentais e do regime democrático é um processo sempre aberto a valores morais. Todavia, ao contrário de Rawls e Dworkin, Nino não deposita tanta confiança sobre a razão individual, reconhecendo a importância da intersubjetividade no processo de construção ética dos direitos, da democracia e do Estado.

Embora o procedimento democrático seja, em termos políticos, o mais importante método de *intersubjetivação da subjetividade,* com vistas à produção dialógico-racional de um direito legítimo, não nos parece possível abrir mão de uma concepção moral subjacente acerca de *quem é o homem*, *quais são os elementos básicos de sua personalidade que lhe conferem uma especial e peculiar dignidade e por que ele deve ter direito a ter direitos*. Este substrato axiológico é irredutível a qualquer procedimento de deliberação coletiva, pela simples razão de ser, ele próprio, o seu elemento constitutivo.

Seja como for, a despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas.[63] Inclusive, e evidentemente, sobre a Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo.

A Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo por meio do qual tais sistemas espraiam seus efeitos

[60] Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal,* 2003, p. 59/60.
[61] Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos,* 1989, p. 387.
[62] Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa,* 1997, p. 22. A citação é atribuída por Nino a Giovanni Sartori.
[63] Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha,* 1998, p. 240/241.

conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas, tem sido chamado de *constitucionalização do direito*.

III.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

Cumpre anotar que o tratamento constitucional de aspectos da Administração Pública foi inaugurado com as Cartas italiana e alemã, tendo sido substancialmente ampliado nas Constituições espanhola e portuguesa. A Constituição brasileira de 1988 discorre longamente sobre a Administração Pública, descendo a minúcias que exibem uma feição *corporativa* muito mais nítida que qualquer preocupação *garantística*. A despeito disso, trouxe alguns avanços, como a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na sua redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19/98 (apelidada de Emenda da Reforma Administrativa) acrescentou ao elenco o princípio da eficiência.[64] A propósito, a tensão entre a eficiência e legitimidade democrática é uma das questões centrais da Administração Pública na atualidade.[65]

A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em *juridicidade administrativa*. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. Como registra corretamente Juarez Freitas, *"esta parece ser a melhor postura, em vez de absolutizações incompatíveis com o pluralismo nuclearmente caracterizador dos Estados verdadeiramente democráticos, nos quais os princípios absolutos são usurpadores da soberania da Constituição como sistema. Com efeito, a soberania da Constituição, de que fala Gustavo Zagrebelski, deve ser*

[64] A Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[65] V. Luís Roberto Barroso, *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*, in *Temas de Direito Constitucional*, t. II, 2003, p. 303/304.

vista, antes de tudo, como soberania de princípios à procura da síntese no intérprete constitucional."[66]

Assim, o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de *mediação* do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão *validar* condutas *para além* ou mesmo *contra* a disposição legal. Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido da relativização do princípio da legalidade, *validando* atos originariamente ilegais ou pelo menos os seus efeitos pretéritos.

Ademais, a normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de *discricionariedade administrativa*, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição. A emergência da noção de *juridicidade administrativa,* com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. O antigo *mérito* do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais.

Por outro lado, o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. À centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional, deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública.

[66] Juarez Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais,* 2004, p. 45.

III.3. AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A temática dos direitos fundamentais, tão cara ao direito constitucional, jamais alcançou prestígio idêntico na seara do direito administrativo. Sintomático que tenha sido historicamente assim.

De fato, em seu contraditório percurso histórico, o direito administrativo erigiu institutos muito mais voltados à lógica da autoridade do que à lógica da liberdade. Daí que categorias administrativas básicas como *interesse público, poder de polícia, serviço público* tenham sido elaboradas ao largo de qualquer consideração dos direitos fundamentais. Só recentemente alguns publicistas brasileiros atentaram para a imperiosa necessidade de redefinir tais categorias em deferência à supremacia da Constituição e à centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica e na própria estrutura teleológica do Estado.

Assim é que Clèmerson Merlin Clève, reconhecendo a primazia da dignidade humana sobre o Estado, afirma enfaticamente:

> *"(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando."*[67]

No terreno específico do direito administrativo, coube a Marçal Justen Filho o papel pioneiro de redefinir não apenas alguns de seus institutos, mas a própria disciplina a partir da ótica dos direitos fundamentais. Confira-se:

> *"O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho."*[68]

---

[67] Clèmerson Merlin Clève, *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais,* in *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais* (org. José Adércio Leite Sampaio), 2003, p. 388.
[68] Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo,* 2005, p. 1.

Concorda-se plenamente com o fato de que a vinculação primeira e mais importante da Administração Pública diz respeito aos direitos fundamentais, expressão jurídica máxima da dignidade da pessoa humana.[69]

Com efeito, em sua concepção clássica, os direitos fundamentais são *direitos de defesa*, protegendo posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não-impedimento à prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.[70]Exemplo do primeiro caso é a liberdade de locomoção; do segundo, a proteção do direito adquirido contra leis posteriores.

De outro lado, os direitos fundamentais apresentam-se como *direitos a prestações positivas*, tanto de natureza concreta e material, como de natureza normativa.[71] Assim, *v.g.*, o direito de ir e vir pressupõe um conjunto de atividades do Poder Público (polícia de segurança pública, polícia administrativa de trânsito, serviços públicos de transportes coletivos) destinadas a preservá-lo. Incluem-se nesta categoria as prestações decorrentes do *mínimo existencial,* congregando aquele conjunto de ações voltadas à preservação e promoção da dignidade psicofísica da pessoa humana.[72] Por outro lado, a proteção constitucional do direito de propriedade, por exemplo, não teria qualquer sentido sem a existência de um arcabouço de normas legais que lhe conferem a tônica e definem-lhe os contornos.

Mais recentemente, vem a doutrina aludindo a direitos fundamentais como *direitos à organização e ao procedimento*, para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, entidades ou repartições (organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das

---

[69] Todavia, como se exporá a seguir, o objeto do direito administrativo não se esgota na temática dos direitos fundamentais. De fato, caberá ao outro pilar constitutivo do Estado democrático de direito – a democracia – complementar tal objeto mediante fixação de metas coletivas que, dentro dos limites constitucionais, poderão restringir determinados direitos individuais em prol do conjunto difuso de toda a sociedade. Assim, *v.g.,* o art. 173 da Constituição de 1988 autoriza a lei (isto é, o legislador democrático) a restringir a liberdade de iniciativa, por meio de intervenção direta do Estado na economia, em proveito da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

[70] Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade,* 1998, p. 32/33.

[71] J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1991, p. 549.

[72] Marcos Maselli Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas,* 2002; Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002.

garantias constitucionais-processuais (direito de defesa, direito à proteção judiciária, direito à não auto-incriminação).[73]

Os direitos fundamentais exibem, ainda, além dessa *dimensão subjetiva*, uma *dimensão objetiva*. Embora já se prenunciasse em obras de autores como Wolff, Schmitt (doutrina das garantias institucionais) e Smend (dimensão axiológica da Constituição), ainda sob a Constituição de Weimar, de 1919, a elaboração teórica de tal dimensão teve impulso decisivo somente após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

Costuma-se apontar o célebre caso *Lüth* (*BverfGE* 7, 198/204)[74], julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no qual ficou consignado que os direitos fundamentais não se cingem a sua função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Poder Público, mas, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com uma eficácia *irradiante* em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e administrativos.[75]

Destarte, como anota José Carlos Vieira de Andrade, "os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares", merecendo também ser mirados do ponto de vista da comunidade, "como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir."[76] A dimensão objetiva representa, assim, uma *mais valia* em relação às posições subjetivas, pois dela decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais como bases estruturais da ordem jurídica, que espraiam sua influência por todo o direito positivo.[77] Assim, superando a perspectiva exclusivamente individualista, os direitos fundamentais passam a ser também vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados, pelo direito, pelo Estado e por toda a sociedade.

---

[73] Gilmar Ferreira Mendes, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2000, p. 205/206.
[74] Tal aresto foi posteriormente retificado e complementado por diversas decisões, como, *v.g., BverfGE* 49, 89/141.
[75] Sobre o tema na literatura jurídica brasileira, v. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* 2004, p. 152 e ss.; Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas,* 2004, p. 135 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais,* 2000.
[76] José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* 2001, 144/145.
[77] Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas,* 2004, p. 135.

Uma importante decorrência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o surgimento dos chamados *deveres de proteção* do Estado, de quem se passa a exigir não apenas uma *abstenção*, mas também condutas positivas de *proteção e promoção*. Assim, por exemplo, a dimensão puramente subjetiva trata a liberdade de expressão como um direito individual à não interferência externa do Estado na livre manifestação das idéias do emissor da mensagem; já a dimensão objetiva reclama, mais que isso, uma postura tanto *protetiva* (não permitir que terceiros impeçam o cerceamento indevido da livre expressão do emissor) como *promotora* do mesmo direito fundamental (adotar regulações que assegurem a abertura e o pluralismo do debate público, de forma a alcançar o maior grau possível de difusão e circulação de idéias). Entende-se, destarte, por que a dimensão objetiva poderá servir de fundamento até para a restrição a aspectos meramente individuais de um direito fundamental, como seria o caso, no exemplo alvitrado, da regulação que imponha obrigações à liberdade editorial de veículos de comunicação de massa.[78]

Não obstante, há que reconhecer uma certa margem de *livre conformação* de legisladores e administradores, na definição das medidas de proteção e promoção dos direitos fundamentais. O dever de agir do Estado não se configura como um dever de agir *específico*, o qual será definido pela lei ou pela própria Administração. Como ensina Ingo Sarlet, *"uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero."*[79]

> *Seção 1.01 Registre-se, ainda, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (oponibilidade entre particulares) conseqüente à emergência de tal dimensão objetiva. Com efeito, a proteção e a promoção dos valores ínsitos a determinados direitos passam a servir de fundamento para restringir liberdades individuais no âmbito das relações privadas.*[80] *Aqui, o papel do Estado será o de proteger e implementar as medidas protetivas e promocionais necessárias a uma otimizada concretização das dimensões subjetiva e objetiva do mesmo direito fundamental.*

Por fim, merece relevo uma eficácia interpretativa decorrente dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, dada a sua

[78] Sobre o tema, v. Owen Fiss, *A Ironia da Liberdade de Expressão* (tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto), 2005.
[79] Ingo Wolfgang Sarlet, *Eficácia dos Direitos Fundamentais,* 2004, p. 193.
[80] Sobre a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na literatura brasileira, v. Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2004.

centralidade e proeminência axiológica, toda a atividade interpretativa-aplicativa (do legislador, do administrador e do juiz) deve ser realizada em conformidade e com vistas à maior realização possível dos direitos fundamentais. Assim, diante de conceitos jurídicos indeterminados e de espaços de discricionariedade (isto é, de baixa vinculação direta à lei ou de vinculação direta aos princípios constitucionais), deve o administrador fazer-se permeável ao sistema de direitos fundamentais e levá-lo devidamente em conta em seus respectivos juízos *de apreciação* ou *de escolha*.[81]

III.4. A DEMOCRACIA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Por derradeiro, cabe fazer referência ao influxo do princípio democrático sobre a conformação tanto das estruturas como da própria atividade administrativa. Como se adiantou, embora reconhecendo-se a preeminência dos direitos fundamentais no elenco de objetivos da Administração Pública, a eles não se limitam as tarefas administrativas.

Com efeito, a lei democrática, produzida em observância aos lindes constitucionais, opera de forma complementar ao sistema de direitos fundamentais, *concretizando, ampliando ou restringindo tais direitos, seja em prol de outros direitos fundamentais, seja em proveito de interesses difusos da comunidade*. À Administração Pública, por intermédio de seus órgãos, entidades ou delegatários, cumpre tanto a realização dos direitos fundamentais (por meio de abstenções, restrições ou prestações positivas), como a consecução de objetivos de viés coletivo (decorrentes diretamente da Constituição ou estabelecidos validamente pelo legislador democrático).

Deste modo, como corolário da idéia de autogoverno coletivo, inerente ao projeto democrático, devem as estruturas da burocracia estatal e os objetivos de sua atuação ser *responsivos* à vontade geral do povo, consubstanciada na lei. Por evidente, quanto mais analítica e *dirigente* for a Constituição, menor será o espaço de *livre conformação* do legislador, e vice-versa. Em qualquer caso, todavia, a juridicidade administrativa não costuma ser delineada exclusivamente pelo constituinte ou pelo legislador, mas pela conjugação da obra normativa de ambos, conforme *interpretada e ponderada* por administradores públicos ou juízes.

De outra banda, assume papel cada vez mais proeminente no direito administrativo moderno a discussão sobre novas formas de

[81] A tal tema se retornará no Capítulo V, *infra*.

legitimação da ação administrativa. Uma das vertentes desenvolvidas nesta linha é a da *constitucionalização*. Uma outra é baseada na *democratização* do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei. Tal democratização é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti cives*).[82]

Um dos traços marcantes dessa tendência à democratização é o fenômeno que se convencionou chamar de *processualização* da atividade administrativa.[83] Tal termo é designativo da preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos *formativos da vontade administrativa*, e não apenas do ato administrativo final. Busca-se, assim, (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de *consensualidade* e *legitimação* das decisões da Administração Pública.[84]

Não à toa, há uma reconhecidamente majoritária tendência, nos direitos administrativos espanhol e português, à atribuição de um *status* constitucional ao princípio da participação administrativa, apto, inclusive, a carrear para a decisão, tomada sem a devida oportunidade para manifestação dos interessados, a pecha da inconstitucionalidade. De outra parte, no mundo anglo-saxão, a participação tem fundamento nas fórmulas do *right to a fair hearing* e do *right to a consultation*, importantes garantias processuais ancestralmente consagradas pelo sistema de *common law* e que foram adaptadas e aplicadas por agências e departamentos administrativos, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos.[85]

As crises da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, não diretamente *responsivas* à vontade política de agentes eleitos, impulsionam hoje a tendência

---

[82] V. sobre o tema, Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo,* 2003, p. 120 e ss..

[83] V. sobre o tema, Odete Medauar, *Processualidade no Direito Administrativo,* 1993; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo,* 2000, p. 199 e ss..

[84] Sobre a consensualidade como tendência do direito administrativo contemporâneo, v. Massimo Severo Giannini, *L'Amministrazione Pubblica nello Stato Contemporaneo*, in *Trattato di Diritto Amministrativo* (org. Giuseppe Santaniello), 1° vol., 1988, p. 126.

[85] Denis J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures,* 1996, p. 348 e ss..

quase universal, embora não imune a críticas,[86] ao fomento à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas.[87] Tamanha é a sua importância na atualidade que já tem sido considerada uma forma de *democratizar* as democracias representativas.[88]

III.4. A PATOLOGIA DA "CONSTITUCIONALIZAÇÃO ÀS AVESSAS": CORPORATIVISMO, CASUÍSMO, OSSIFICAÇÃO E REFORMISMO CONSTITUCIONAL CRÔNICO.

Mas qual seria o lado negativo da constitucionalização do direito administrativo? Parte dessa resposta é compartilhada por outros ramos do direito que passam por esse processo. O caso do direito administrativo, todavia, é ainda mais grave.

Em um plano mais geral, comum aos diversos ramos do direito, pode-se dizer que a constitucionalização se convola em patologia quando deixa de ser um movimento de *releitura* de institutos e conceitos básicos à luz dos princípios constitucionais, para se tornar um processo gradativo e avassalador de incorporação da legislação ordinária ao texto da Constituição. Em tal contexto, antes que uma verdadeira constitucionalização do direito ordinário, assiste-se a uma *ordinarização* da própria Constituição. Trata-se, à evidência, de uma *constitucionalização às avessas*.

A Constituição, como é trivial, é um documento normativo que almeja permanência e estabilidade, porquanto sua vocação é a de ser instrumento de governo e parâmetro cimeiro a orientar a interpretação das diversas disciplinas que compõem o ordenamento jurídico. Para tanto, é necessário que o legislador constituinte não se perca no *varejo das miudezas,* não se deixando capturar por interesses subalternos ou paixões momentâneas.

---

[86] Dentre as inúmeras críticas opostas à febre da participação administrativa, verificada a partir das décadas de sessenta e setenta do século XX, figuram as seguintes: (I) lentidão excessiva dos processos decisórios; (II) aumento dos custos da máquina administrativa; (III) riscos de prevalência dos interesses mais poderosos e bem organizados, que dominam os processos de participação; (IV) conflitos entre legitimidade e eficiência administrativa.

[87] O tema será mais detidamente examinado no Capítulo VI, *infra*, no qual a participação social será estudada no âmbito da problemática das agências reguladoras independentes.

[88] Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1997, p. 365: "Democratizar a democracia através da participação significa, em termos gerais, intensificar a *optimização das participações dos homens* nos processos de decisão." No mesmo sentido, Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 1998, p. II-21: "Los esquemas clássicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: *hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder,* de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos electorales."

A Constituição brasileira de 1988, a despeito dos notáveis avanços que promoveu, está recheada de retrocessos que tais, situação que se tem agravado com um verdadeiro *festival de emendas constitucionais*. Se tal anomalia já pode ser considerada grave em outras searas do direito, no campo do direito administrativo as suas conseqüências são ainda mais funestas.

Em primeiro lugar, a *constitucionalização às avessas* torna-se presa fácil ao entrincheiramento de *interesses corporativos* na Constituição. Na esfera do direito administrativo – e sobretudo nela – a incorporação ao texto constitucional de direitos e vantagens de servidores públicos não serve a nenhum propósito transformador do direito e da sociedade, senão que a corporações fortes e bem organizadas, cujo intuito é subtrair do debate político a discussão acerca da legitimidade e justeza de seus pelitos.

Entenda-se bem: a previsão constitucional de algumas garantias básicas para os servidores públicos (como a irredutibilidade remuneratória, o acesso a cargos e empregos mediante concurso público e o princípio da impessoalidade) representa um conjunto de conquistas da própria cidadania contra o mau uso da máquina administrativa por políticos inescrupulosos. Todavia, daí já há muito desbordou o legislador constituinte brasileiro, passando a dispor sobre regras específicas de previdência pública, aposentadoria, vantagens remuneratórias, dentre outras, o que acaba por elevar ao debate constitucional matérias que deveriam ser da alçada própria dos tribunais ordinários.

O entrincheiramento de privilégios de determinados setores do funcionalismo público na Constituição é, acima de tudo, uma tentativa de dificultar a deliberação democrática ordinária a respeito de quais prerrogativas a sociedade está disposta a oferecer (leia-se: *pagar*) aos servidores públicos em prol do eficiente e imparcial funcionamento da burocracia estatal. Ao introduzir no texto da Carta Magna tais matérias, o legislador constituinte as equipara, em termos de estatura hierárquica, àquelas consideradas mais relevantes, ficando protegidas pelas qualificadíssimas maiorias necessárias à aprovação de uma nova reforma constitucional.

A discussão, *v.g.,* a respeito da reforma da previdência dos servidores públicos e seu regime remuneratório (limites máximos de remuneração etc.) é de índole manifestamente infraconstitucional. Não há na teoria constitucional moderna subsídios a justificar o tratamento supermajoritário conferido a, por exemplo, o limite de idade para a aposentadoria compulsória dos servidores ou o tempo de contribuição a ser preenchido como requisito para a aposentação. Isso, é bem dizer de forma direta, não é constitucionalização do direito administrativo, mas

ordinarização da Constituição.

Vizinho do *corporativismo* – por vezes seu filho – é o *casuísmo* constitucional. Dispor sobre minúcias e ainda descer a detalhes é obra de quem não compreende o papel político de uma Constituição ou de quem, por compreendê-lo bem, faz dele uso deliberadamente desviado. Com efeito, o tratamento casuístico de situações específicas de grupos, entidades ou pessoas retira a autoridade moral do texto supremo e ameaça a estabilidade da ordem jurídica com o germe da quebra de legalidade constitucional.

De parte isso, a *constitucionalização às avessas* costuma levar, especialmente no campo da Administração Pública, a um indesejável processo de *ossificação*. Deveras, lidando com matérias cambiantes por natureza, a sua inserção indiscriminada no terreno constitucional conduz, em inúmeros casos, a uma dificuldade de transformação pelo processo político ordinário. Exemplo disso foi o enorme dispêndio de tempo, recursos e energia política nas três reformas previdênciárias do setor público por que passou o país nos últimos oito anos (1998, 2003 e 2005). Isso para não falar na previsão contida na Constituição de regras sobre serviços públicos, energia nuclear, petróleo, gás natural, garimpos, ordem urbana, desapropriação, dentre tantas outras.

Por fim, como conseqüência de todo esse processo, vive-se no país um *reformismo constitucional crônico*. Não é exagero dizer que qualquer plano de governo – seja qual for o seu matiz ideológico – passa necessariamente por um punhado de emendas constitucionais, e todo o custosos e demorado *iter* de sua aprovação. Em tempos em que as palavras de ordem são *velocidade, eficiência e competitividade internacional* (decorrência da globalização), não deixa de ser curioso que o país tenha agregado esse elemento de *"custo-constituição"* ao nosso já robusto *"custo-Brasil"*. Ademais, o movimento *pan-constitucionalista* transforma em discussão constitucional qualquer questão regulatória, jogando por terra toda a almejada segurança jurídica por trás do Estado-regulador.

É natural que reformas à Constituição sejam aprovadas, de acordo com o tempo e circunstâncias do país. O que não é admissível – e refoge, portanto, a qualquer particularidade aceitável do Brasil – é a transformação da emenda constitucional em instrumento de política de governo. Afinal, é o governo que deve ser regido pela Constituição, e não o contrário.

Não se pretende aqui repetir o já cansativo discurso da nossa inflação de emendas constitucionais, nem tampouco enumerá-las

uma a uma. Ao revés, pretende-se apenas destacar como, numa seara como a do direito administrativo, os custos de transação, a perda de agilidade e de eficiência acabam sendo enormes – problemas que tornam o reformismo constitucional crônico brasileiro uma questão ainda mais dramática, sobretudo num país que tem urgência em crescer, gerar e distribuir riquezas.

CONCLUSÕES

"Our proverbs want rewriting. They were made in winter, and it is summer now."

Oscar Wilde

1. A idéia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo, forjada a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito. Passados dois séculos da sua gênese, é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de direito, nem à afirmação história do princípio da separação dos poderes.

2. Com efeito, havendo sido produto da elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês, as categorias básicas da disciplina não surgiram da sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, mas antes de uma autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade. Por outro lado, a adoção da jurisdição administrativa, paralela e infensa à jurisdição comum, rendeu ensejo à imunização do Poder Executivo frente aos controles dos demais Poderes e, principalmente, do controle do cidadão. O modelo administrativo francês, no qual a burocracia *legisla* para si e *julga* a si mesma, não pode ser considerado fruto, mas a própria antítese da idéia de separação de poderes.

3. Nesse contexto, é correto afirmar que a dogmática administrativista estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do *princípio da autoridade*, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da

superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder.

4. Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, são patentes sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais.

5. Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve ser sempre contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência aprioríSitica e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.

6. Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual.

7. Na verdade, o conceito de interesse público só ganha concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações coletivas de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado legislador e ao Estado administrador, incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade.

8. Assim, o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que

permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

9. Veja-se que não se nega, de forma alguma, o *conceito de interesse público*, mas tão-somente a existência de um *princípio da supremacia do interesse público*. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse "interesse público" obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas *o conteúdo do que deve prevalecer*.

10. A crise da lei formal é um fenômeno universal e cujos efeitos se projetam sobre os diversos segmentos do ordenamento jurídico. Dentre as possíveis causas de tal *crise,* é possível listar as seguintes: (i) a inflação legislativa; (ii) o uso histórico da lei como fundamento para a injustiça e a barbárie; (iii) o controle crescente e progressivo do processo legislativo pelo Poder Executivo; (iv) o advento do constitucionalismo e o fenômeno da *constitucionalização* do direito; (v) a multiplicação das novas formas de *juridicidade,* como regulamentos administrativos gerais e setoriais e outras fontes normativas de origem privada (*soft law*). Esse conjunto amplo de fatores contribuiu para *dessacralizar* o mito rousseauniano da lei como expressão da *vontade geral*, fundamento único do poder legítimo e veículo principal de expressão das normas disciplinadoras das atividades do Poder Público e dos particulares.

11. A crise da lei administrativa é uma manifestação setorial e potencializada da crise da lei formal. Em nenhum outro segmento jurídico, como no direito administrativo, o papel da lei formal sofreu tantas transformações. Na plataforma liberal, a legalidade administrativa seria uma limitação externa ao exercício do poder autônomo da Administração Pública (vinculação *negativa* à lei). Já na plataforma democrática, a legalidade administrativa seria não apenas um limite externo, mas o fundamento necessário de toda a atuação da Administração (vinculação *positiva* à lei). Assim se delineou a distinção clássica entre a legalidade tal como aplicada aos particulares (vinculação negativa) e ao Poder Público (vinculação positiva):

enquanto aos particulares é dado fazer tudo que a lei não proíbe, ao Poder Público só é permitido agir nos termos do que a lei prescreve.

12. Com a constitucionalização do direito administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como *sistema de regras e princípios* – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juricidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

13. O princípio da juridicidade se expressa por normas de diversos graus hierárquicos. Em primeiro lugar, a juridicidade se exprime pelo conjunto de regras e princípios constitucionais, imediatamente habilitadores de diversas competências administrativas, especialmente no que toca à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Quando fundada diretamente na Constituição, a atuação administrativa prescinde da *interpositio legislatoris*, seja para a edição de atos normativos (regulamentos autônomos), seja para a prática de atos concretos, no âmbito de suas competências.

14. Em segundo lugar, a juridicidade pode exprimir-se por intermédio de leis formais ou atos com força de lei. Em qualquer caso, a lei desfruta de uma *primazia ou preferência* na regulamentação das diversas matérias administrativas, em relação aos atos administrativos normativos (regulamentos). Nas hipóteses de *reservas de lei*, a Constituição *exige* o tratamento (total ou parcial) da matéria, por meio de lei (em sentido formal ou material). Para matérias *sob reserva de lei formal*, a Constituição exige que a disciplina seja instituída por ato aprovado segundo o procedimento legislativo formal. Para matérias *sob reserva de lei material,* basta que o ato tenha força de lei (*v.g.*, uma medida provisória). Na hipótese de *reserva legal absoluta,* toda a disciplina da matéria deve estar contida no ato legislativo (em sentido formal ou material), enquanto que na *reserva legal relativa* exige-se apenas que as diretrizes essenciais estejam nele previstas. Por fim, tem-se *reserva legal simples* quando a Constituição se limita a remeter o tratamento da matéria ao ato legislativo, enquanto há *reserva legal qualificada* nas hipóteses em que o constituinte entende por bem estabelecer antecipadamente os *meios, fins ou graus* da futura disciplina legal.

15. Em terceiro lugar, a juridicidade pode expressar-se por intermédio de atos administrativos normativos (regulamentos). Os regulamentos

classificam-se em *gerais* e *setoriais*, conforme se refiram a matérias atinentes ao conjunto amplo de toda a sociedade ou a setores econômicos e sociais específicos, respectivamente. Aqui, o espectro de incidência é o critério determinante da classificação.

16. Há, ainda, um conjunto de situações de juridicidade *contra legem*. Situações que tais podem decorrer, por exemplo, de condutas administrativas diante de uma lei inconstitucional (o repúdio à lei inconstitucional pela Administração). Outros casos envolvem a *validação* de efeitos concretos de atos administrativos ilegais que, por efeito de ponderações entre o princípio da legalidade e outros princípios constitucionais (como os princípios da proteção da confiança legítima, da moralidade e da eficiência), merecem ser *convalidados* ou *invalidados* com efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*). Tais soluções – alternativas à invalidação com efeitos retroativos (*ex tunc*) – se justificam como aquelas que, nas circunstâncias em que aplicáveis, representam o cumprimento *otimizado* do sistema de princípios da Constituição.

17. A discricionariedade nasceu como um atributo do poder real absoluto, situado, como tal, em um espaço decisório *externo* ao direito. Tal noção sobreviveu historicamente após o advento do Estado de direito como uma das categorias básicas do direito administrativo: (i) primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fundada na idéia de legalidade como vinculação negativa à lei; (ii) segundo, já sob a idéia de legalidade como vinculação positiva à lei, como uma espécie de *margem de liberdade decisória*, aberta pelo legislador ao administrador público.

18. A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espeço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco nenhuma margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de *graus de vinculação à juridicidade*. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade.

19. Os conceitos jurídicos indeterminados envolvem normalmente avaliações ou valorações dotadas de certo grau de imprecisão (justo preço, significativa degradação ambiental, reputação ilibada, notório saber, calamidade pública). Seu reconhecimento pelo intérprete não é um dado apriorístico do sistema, mas se revela apenas no complexo argumentativo da interpretação e aplicação do direito. Segundo a opção normativa, tal operação *estimativa* ou *valorativa* deve ser realizada, prioritariamente, pelo administrador público.

20. Em relação ao controle jurisdicional dos atos administrativos, é possível formular um critério básico: ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Todavia, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os *procedimentos* adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de *jurídico-funcionalmente adequado*.

21. Portanto, ao invés de uma predefinição *estática* a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma *dinâmica* distributiva "funcionalmente adequada" de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta não apenas a *programação normativa* do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação e preparação técnica para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas.

22. Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há, ainda, situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deva estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.

23. Os *standards* básicos a serem levados em conta pelo magistrado, no momento de exercer o controle jurisdicional sobre atos administrativos, são os seguintes: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de *tecnicidade* da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (iv) grau de *politicidade* da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle).

24. As agências reguladoras independentes (na terminologia anglo-saxônica) ou autoridades administrativas independentes (na terminologia européia-continental) representam uma ruptura com a tradição de organização *piramidal* do Poder Executivo, cuja unidade *estrutural* era alcançada pela *responsividade* imediata de todos os órgãos e entes administrativos às escolhas políticas do governo (primeiro-ministro e seu gabinete, nos sistemas parlamentaristas; presidente da república e seu ministério, nos sistemas presidencialistas). A existência de autoridades ou agências independentes, cuja atuação não é imediatamente orientada às escolhas políticas do governo, transforma a estrutura piramidal tradicional em uma configuração *policêntrica,* na qual os centros decisórios se espraiam setorialmente por campos econômicos e sociais, conforme a disciplina constitucional ou legal adotada.

25. Os entes independentes surgem normalmente destinados à regulação de determinados aspectos e setores da economia especialmente sensíveis (gestão monetária, defesa da concorrência, mercado de capitais, mercados específicos, serviços públicos) ou de determinados direitos fundamentais (liberdade de expressão e imprensa, atividades artísticas e culturais). Dentre suas funções *regulatórias,* incluem-se: a normatização, o controle, a fiscalização, a aplicação de sanções e o arbitramento de conflitos de interesses.

26. A *independência* (ou autonomia reforçada) das agências independentes perfaz-se através das seguintes características: (i) a independência política (dirigentes nomeados a termo, gozando de estabilidade durante o mandato); (ii) a independência administrativa (descabimento de recursos hierárquicos impróprios de suas decisões aos agentes governamentais); (iii) a independência financeira (orçamentos próprios e fontes de receita próprias).

27. Os mecanismos assecuratórios de independência das agências gera, a seu turno, três focos de tensão com a estrutura do Estado democrático de direito. São elas: (I) a *tensão com o princípio da legalidade*, decorrente da adoção por diversas agências da tese da deslegalização e da banalização da edição de atos normativos; (II) a *tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos*, decorrente da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle jurídico; (III) a *tensão com o regime democrático*, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos.

28. Assim sendo, a *independência* das agências há de submeter-se a limites, pois seus poderes são, ao fim e ao cabo, tributários de um processo de autodeterminação coletiva. Preconiza-se, em tal direção, o aprimoramento de um sistema de controles parciais – políticos, jurídicos e sociais – da atuação das agências, compatível com a lógica do regime de freios e contrapesos, bem como o fomento à participação social nos processos regulatórios, como maneiras de incrementar o grau de legitimidade dos poderes exercidos por essas entidades.

29. Em semelhante contexto, talvez seja possível preservar um desejável *espaço de autonomia das agências* em setores onde predomine a necessidade de gestão profissional, de estabilidade em longo prazo e de administração não imediatamente responsiva à vontade das urnas (por se ter de adotar, por exemplo, medidas impopulares que sejam benéficas à coletividade em médio e longo prazo), mesclando-o com um regime de *controles parciais de natureza política, jurídica e social*, de forma a compatibilizá-lo com as exigências do Estado democrático de direito.

30. Se a proposta estiver correta, os controles serão menos uma ameaça que instrumentos de fortalecimento institucional e preservação do espaço próprio de autonomia dos entes reguladores. E as agências independentes, antes que uma usurpação ao ideal de autogoverno, um instrumento de *mediação* para o exercício racional do poder em sociedades tecnologicamente complexas.

31. O agente condutor básico das transformações apresentadas no presente estudo é o fenêmeno da *constitucionalização do direito administrativo* e a adoção do *sistema de direitos fundamentais* e do *sistema democrático* qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública. Esses vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (i) ao se situarem acima e *para além* da lei, (ii) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (iii) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa e (iv) admitirem um espaço próprio para as *autoridades administrativas independentes* no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo brasileiro.

32. O fenômeno de constitucionalização do direito administrativo não pode, todavia, ser confundido com a mera incorporação do direito ordinário ao texto da Constituição. Em tal contexto de *constitucionalização às avessas* – no qual o que se tem é a *ordinarização* da Constituição – o *corporativismo, o casuísmo, a ossificação e o reformismo constitucional crônico* são os principais (e indesejáveis) personagens.

33. Bem ao revés, o processo de constitucionalização do direito administrativo deve ser entendido como uma postura de *releitura* e *redefinição* de institutos e conceitos da velha dogmática da disciplina sob a ótica do sistema de princípios da Constituição, de molde a erigir novos paradigmas dotados não apenas de maior consistência teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora de desenvolvimento e, sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BINENBOJM, Gustavo. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL: UM INVENTÁRIO DE AVANÇOS E RETROCESSOS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 4, n. 14, jul./set. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.