

ALGUNS ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: compreensão, atuação e controle do estado

Vinícius Nascimento Cerqueira¹

RESUMO

O artigo pretende analisar o fenômeno da constitucionalização no âmbito do direito administrativo e identificar o impacto que provoca na forma de compreensão, atuação e controle do Estado. Para tanto, o trabalho tem base em construção de pesquisa biográfica para formulação do raciocínio lógico-jurídico de cunho dedutivo. O artigo apresenta em breves linhas o surgimento do direito administrativo e seu desenvolvimento até o momento do efeito da constitucionalização. Segue traçando algumas características que a constitucionalização trouxe para o direito administrativo e algumas transformações do direito administrativo. Segue assinalando como a constitucionalização rompeu com alguns conceitos-chave do direito administrativo, especialmente a questão da legalidade. O texto permite concluir que a constitucionalização altera a forma de atuação do Estado, transmutando o parâmetro de legalidade em juridicidade, o que provoca simultaneamente ampliação da atuação e da possibilidade de controle dos atos estatais.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito administrativo. Princípios. Controle.

INTRODUÇÃO

O trabalho pretende em breves considerações apresentar o caminho percorrido pelo direito administrativo até os momentos de sua constitucionalização, lançando luz sobre alguns aspectos contemporâneos do direito administrativo que foram afetados pelo fenômeno da constitucionalização.

Desde o surgimento, o direito administrativo conta com algumas notas de atuação que ainda perduram nos dias atuais; contudo, após o período de constitucionalização do Estado, que passa a garantir aos cidadãos uma variedade de direitos fundamentais, devem ser revistos alguns pontos da Administração.

Assim, é possível notar que o contexto teórico moderno do direito administrativo tende a causar uma revisão na atuação autoritária da Administração em face do cidadão, procurando a atuação consensual na busca de concretização dos direitos fundamentais.

Outro fator importante é a remodelação do princípio da legalidade, que se altera para exprimir não somente uma subordinação da Administração à lei, mas também à Constituição e aos princípios e valores orientadores do ordenamento jurídico como um todo. Essa alteração produz a perspectiva de um princípio de juridicidade, e não só de legalidade.

¹ Universidade Federal de Lavras-UFLA. E-mail: vncerqueira@hotmail.com

Essa ampliação permite a Administração que atua com base em uma constituição dotada de força normativa, sem necessidade de legislação infraconstitucional que a regule, no intuito de concretização dos direitos do cidadão. Ao mesmo tempo, essa ampliação de ação da Administração permite um mais rigoroso controle jurisdicional dos atos administrativos, pois o controle incide pela juridicidade do ato, e não somente pela legalidade. Dessa forma, alcança inclusive os atos discricionários que não podem ser contrários aos princípios e valores do ordenamento jurídico.

BREVE HISTÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Uma gama de autores estrangeiros e pátrios aponta, como surgimento do direito administrativo, uma lei francesa de 1800 que pela primeira vez lançou diretrizes sobre organização administrativa e sobre litígios contra a administração. Por isso, explica Medauar (2003):

Muito corrente entre os autores franceses, italianos e pátrios a menção à lei do 28 de pluviose do ano VIII (1800) como ato de nascimento do direito administrativo, a qual pela primeira vez deu à Administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória. (p. 14).

Essa primeira experiência legislativa de direito administrativo teve duas características marcantes que foram os princípios base de seu conteúdo: o princípio da hierarquização e o da centralização. O primeiro separou claramente o exercício das funções políticas do exercício das funções administrativas; já o segundo direcionou-se para a organização dos territórios, centralizando o poder em chefes locais, estabelecendo poderes centrais (MEDAUAR, 2003).

Portanto, pode-se considerar que o direito administrativo veio após a revolução francesa

de 1798 para impor limites que não existiam no Antigo Regime², regulando o poder do Estado que, nesse momento se sobrepõe aos direitos dos comuns, ou seja, o direito administrativo se sobrepõe aos interesses dos cidadãos, que são considerados meros administrados, com a clara supervalorização do poder executivo sendo alvo de limitações pelo legislativo (ANDRADE, 2010).

Nesse cenário, a separação de poderes foi fundamental para permitir o surgimento do direito administrativo. Pode ser considerado pressuposto de existência do direito administrativo a separação pretendida entre as funções do Estado, que antes se misturavam na figura do monarca de Estado Absoluto, como aponta Medauar (2003) ao escrever que a separação de poderes pode ser

Explicada como reação à concentração de poderes na figura do monarca, como freio ao poder, como garantia aos direitos dos cidadãos ou como atribuição de poderes exclusivos a certos corpos, indiscutível a preocupação em desconcentrar poderes existentes na época da formação do direito administrativo. (p. 26)

Esse papel da separação de poderes para exercer controle sobre a atividade do Estado foi incorporado na Revolução Francesa. Foi uma resposta ao Estado Absoluto que causou o problema descrito por Souto (2001), que como solução deságua na separação de poderes, e que tem resumidamente a seguinte descrição

Contudo, o fortalecimento da figura do governante na derrocada da Idade Média, levando ao Absolutismo, fez com que o

2 Não existe consenso na teoria sobre o surgimento do direito administrativo, se este rompeu ou não com o Antigo Regime. Existindo autores que afirmam ter existido uma ruptura total com o Antigo Regime e outros que afirmam que somente após a Revolução Francesa é que existiram condições para que o direito administrativo se desenvolvesse. Contudo, pode-se afirmar que houve uma confusão, na qual alguns institutos foram mantidos e aprimorados e outros criados pelas bases que passaram a existir com a Revolução Francesa. (MEDAUAR, 2003).

exercício do poder fugisse aos anseios da sociedade que dele era titular. Aliás, num superficial exame histórico, é fácil detectar que o exercício do poder fatalmente leva ao abuso (como bem diziam Maquiavel e Montesquieu). Foi Montesquieu quem, sistematizando a lição de Aristóteles, preconizou que o exercício das três funções básicas do Estado deveria caber a pessoas diferentes. Se o uso do Poder levava ao abuso, só o Poder limitaria o próprio Poder. A retomada do poder pelo povo que o titularizava, na célebre Revolução Francesa de 1789, foi o grande marco da história da vida em sociedade, fazendo valer a Teoria da Tripartição das Funções do Estado idealizada por Montesquieu. Deu-se a primeira descentralização. (p.2).

Contudo, em direção oposta está Binenbojm (2008) ao afirmar que não existiu um rompimento da estrutura administrativa do Antigo Regime quando da edição da lei de pluviose, e que esse não é um marco de surgimento do direito administrativo, quando supostamente a administração ficou subordinada à legislação. O mesmo autor explica:

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, [...]. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. (p. 11).

Após esse primeiro passo do direito administrativo, em que as atenções e concentrações estavam direcionadas ao poder

executivo, passa-se a pender a balança para o poder legislativo, por ser representativo da população, que, com o direito ao voto, passa a poder influir nas condições do Estado, já que o legislativo edita as regras, inclusive aquelas a que o poder executivo deve submeter-se. Nessa toada, ganhou a força e se desenvolveu a ideia da subordinação do poder executivo (administração)³ à lei, ou seja, ao poder legislativo – nesse sentido, constrói-se a base do princípio da legalidade (ANDRADE, 2010).

Essa prevalência do poder legislativo pode ser resumida na explicação de Medauar (2003):

A fórmula predominante no século XIX significava, em síntese, a elaboração de leis gerais e impessoais por um Parlamento representativo do povo, a execução das mesmas por um Executivo responsável perante aquele (mediante atividade administrativa imparcial e neutra) e o controle da observância dos direitos dos indivíduos por magistratura independente. Sobressaía, então, a supremacia do Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário e, portanto, a supremacia da lei sobre os atos típicos emanados dos dois últimos, porque os integrantes do Legislativo eram eleitos para atuar como representantes dos detentores da soberania; os monarcas (e seus ministros) e os juízes não eram eleitos. (p. 120).

O direito administrativo surge para regular as relações entre os cidadãos e a Administração Pública, considerando que a relação entre privados era regulada pelo direito privado, e a relação entre privados e Estado (Administração Pública) era diferenciada, necessitando de um direito próprio para sua regulamentação.

Dessa forma, o direito administrativo convive em uma situação tênue entre regular a autoridade do Estado e garantir as liberdades do cidadão, impedindo que o Estado cometesse abusos

³ Nesse momento ainda não se realizava a distinção entre as funções políticas e administrativas do Poder Executivo.

aos direitos e liberdades individuais. É a expressão de garantia de prevalência do interesse público sobre o interesse privado sem, contudo, ofender os direitos e liberdades do indivíduo. Para realizar essa mediação entre os interesses e os possíveis conflitos que possam surgir está a lei, que regula as relações entre Administração Pública e cidadãos (ANDRADE, 2010).

Era uma realidade na qual o Estado Liberal, por meio das leis, colocava freios ao atuar abusivo do Estado-Administração controlando o “conflito” autoridade do Estado e liberdade do cidadão, em um mundo no qual se vivia a dicotomia entre direito público e direito privado, separando-se sociedade de Estado (ANDRADE, 2010).

Esse contexto ainda apresenta um Estado (esfera pública) completamente dissociado da sociedade (esfera privada), um Estado considerado como uma rede de órgãos, sistemas e mecanismo complexos estudado em si mesmo, não sendo permeado pela sociedade que não dispunha de meios para participar da vida administrativa do Estado (BOBBIO, 1997).

O Estado Liberal assume o papel de único zelador dos interesses públicos, o que acarreta uma dificuldade de entender os diversos interesses públicos que existem na sociedade, e que a sociedade também é detentora do poder de zelar pelos interesses públicos. Com isso, a ideia de Estado como único zelador de interesses públicos faz com que o Estado seja dotado de poderes para impor aos cidadãos os interesses públicos. O Estado, então, é dotado de poderes para realizar a supremacia do interesse público sobre o privado, e mais, existe ainda a confusão de que toda atuação estatal é em prol do interesse público, o que não condiz com a realidade (ANDRADE, 2010).

Assim, todo o direito administrativo gira em torno da possibilidade de a Administração Pública agir de forma autoritária, para impor à sociedade o suposto interesse público que representa e na executoriedade dos seus atos – daí a importância do ato administrativo, que se torna o centro da

ciência do direito administrativo.

Após esse período do Estado Liberal, começam a surgir problemas com os quais a Administração Pública não consegue lidar, que são as diversas frentes em que o Estado deve atuar, os modelos jurídicos diversificados, o início da pluralização de classes. Dessa forma, a organização estatal-administrativa tornou-se incapacitada de atender à sociedade, iniciando o processo de desconstrução do modelo liberal-autoritário de Administração Pública existente (ANDRADE, 2010).

O próximo estágio ocorre em meados de século XX, quando se iniciam as mudanças nas estruturas da Administração Pública e no Estado, que passa a sofrer forte influência das constituições dos Estados, principalmente pós duas grandes guerras mundiais. A constituição torna-se a referência do ordenamento jurídico, assim toda a regulação da administração deve ser permeada pelas diretrizes constitucionais e seus princípios e valores.

Nesse ponto, reconhece-se que a atividade administrativa está presente em todo o Estado, mais precisamente em todas as funções (legislativa, judiciária e executiva), o que abala a teoria de separação dos poderes, pois não é possível restringir as atividades administrativas a uma só função, em um só poder do Estado⁴. Assim, descreve Andrade (2010):

Não há mais necessidade de buscar o enquadramento, na teoria tripartite, da função administrativa: é inútil tentar encontrar um posto para a Administração na tripartição de poderes, alem de ser impossível, hoje, diante da pluralidade administrativa, um conceito unitário de administração. (p.1 66).

4 Também anota a pouca aplicabilidade da separação dos poderes MEDAUR (2003) quando escreve que: “Diz-se ainda que o princípio da separação dos poderes nunca recebeu aplicação, pois sempre houve mescla das funções nos três poderes” (p. 121). O fato é que “a trindade de poderes tornou-se muito simples para explicar os múltiplos poderes do Estado contemporâneo e uma sociedade muito complexa” (p.122).

A tendência é que exista uma separação da função administrativa da função de governo, distinguindo a esfera política da esfera administrativa, consequentemente rompendo com a ideia de que função administrativa é igual a Poder Executivo (ANDRADE, 2010).

Principalmente no período pós-segunda guerra, o Estado muda sua forma de atuação, quando passa a ser mais intervencivo no setor privado, priorizando a função de prestador e fornecedor ao cidadão, além de ser mais intervencivo e atuar com mais força na atividade regulatória no campo econômico.

O Estado, com uma ação muito maior, passa a utilizar-se de meios do direito privado para conseguir dar vazão aos anseios sociais que exigem prestações do Estado, que por sua vez aumenta o uso de formas de direito privado para realização de suas atividades ou para transferência para o setor privado dessas atividades, ocorre a mistura das fronteiras de atuação pública e privada do Estado (ANDRADE, 2010).

A ideia central que ocupa o cerne da Administração é a função social da prestação de atividades para a sociedade; quebra-se a dicotomia autoridade-liberdade, ocorre então a objetivação da atuação da Administração, que tem foco na função estatal e não no órgão estatal, não mais sendo a Administração o único tutor do interesse público.

O que se percebe é que a Administração deve compartilhar a decisão de realização das funções que o Estado Social deve prestar ao cidadão, o que espalha a realização do interesse público para além da atuação do Estado, que deixa de deter o monopólio na função de realizar o interesse público, o atuar administrativo evolui da função de governo para a administração em função do cidadão (ANDRADE, 2010).

O Estado democrático que se implementa a partir de meados do século XX traz a novidade de uma atuação do Estado em conjunto com a sociedade, sendo que ambos buscam o mesmo

ideal – a realização dos interesses públicos, atuando de forma conjunta e não mais em contraposição, na situação de Estado Liberal no qual o Estado cuidava das funções de Estado e não se intrometia na esfera privada. As principais formas de contato e atuação em parceria são as entidades do terceiro setor, que atuam de forma desinteressada em prol de bem coletivo, muitas das vezes em parceria com o Estado.

Assim, a Administração passa a ser aberta à participação da sociedade, que por meio do procedimento participa das decisões do poder público estatal, construindo uma Administração compartida para a realização dos interesses públicos diversos⁵.

O Estado pluriclasse⁶ é reflexo natural de uma nova sociedade diferenciada ao extremo na qual existem diversos interesses, e de muitos grupos sociais. Um mesmo cidadão pode ser representativo de mais de um interesse em diversas classes sociais (interesse profissional, social, familiar, etc.). Assim, a participação da sociedade é ampliada para muito além da participação via voto para uma suposta legitimação que ocorre de tempos em tempos. A sociedade é funcionalmente diversificada corporificando a sua representação diversificada no Estado pluriclasse (MOREIRA NETO, 1995).

A forma de atuação e participação da sociedade civil também se altera nesse cenário de pluralidade, conforme explica Moreira Neto (1995):

5 A construção de ideia de uma administração pública compartida com a sociedade participativa, utilizada no texto, pode ser conferida na obra: LEAL, Rogério Gesta. Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2006. 206p.

6 Pela expressão *Estado Pluriclasse* conferir MOREIRA NETO (1995) que diz: "a expressão Estado Pluriclasse foi introduzida por Massimo Severo Giannini para identificar esse novo modelo de organização política estatal que necessita estar atento e atender simultaneamente a um grande número de interesses diversificados na sociedade pluralista, todos reclamando e disputando a afirmação política, a proteção jurídica e a ação administrativa para satisfazê-los." (MOREIRA NETO, 1995. p. 48).

Nesse novo modelo, pluralista, poliárquico e pluriclasse, de organização política, a participação da sociedade civil não fica mais restrita aos processos políticos de acesso ao poder, com a periodicidade considerada satisfatória para legitimar os governos, mas se estende a todos os demais processos do poder: a atribuição, a destinação, a distribuição, o exercício e a contenção. (p. 52).

Um aspecto que se adiciona ao papel do procedimento como viabilizador da participação social na Administração é o papel de garantia do cidadão, pois o procedimento possibilita a oitiva e a participação em contraditório do cidadão quando da atuação da Administração para impor restrições, sanções ou limites à liberdade do cidadão; assim, o procedimento toma frente na teoria do direito administrativo, quando a doutrina volta os olhos para o como, o porquê, a forma e as condições que formam o ato administrativo, que perde espaço na teoria do direito administrativo, espaço que passa a ser ocupado pelo estudo do procedimento que gera o ato administrativo (ANDRADE, 2010).

Com o Estado fincado nos princípios constitucionais, a atuação administrativa controlada pelo princípio da legalidade sofre sérias mudanças, devendo ser vista sob dois ângulos: a) quando a Administração for atuar na limitação da esfera de direitos do cidadão, deve ser pautada pela legalidade estrita, fortemente vinculada à lei; b) quando atua em atividade consensual, situação que não existe limitações aos direitos do cidadão, é entendido o princípio da legalidade de forma mais branda. O já citado Estado pluriclasse destruiu com o conceito clássico de legalidade, isso porque em uma sociedade caleidoscópica não é possível que o Legislativo acompanhe as mudanças sociais e consiga produzir legislação suficiente e em tempo para o controle estrito da Administração, nem mesmo se ocorresse produção em série industrial, inclusive porque a sociedade exige resposta administrativa rápida

para suas demandas. O centro do ordenamento é a constituição (ANDRADE, 2010).

No cenário do Estado permeado pela constituição, construído a partir de meados do século XX, o cidadão é alçado ao centro da atividade estatal, alcançando uma equiparação entre o cidadão e a Administração, pois o Estado incorre em atividades prestacionais para o cidadão, com intuito de concretizar interesses públicos e direitos fundamentais do cidadão.

ALGUNS CONTORNOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

A partir do quadro reconstruído, de formação e desenvolvimento do direito administrativo do século XIX até meados do século XX, serão expostas em breves contornos algumas características do direito administrativo atual, considerando o quadro de intensa constitucionalização e seus reflexos no direito administrativo, aportando na Constituição novos parâmetros jurídicos para o direito administrativo.

Na nova perspectiva o Estado está assoberbado, pois passou a ser um Estado prestacional, interferindo de forma intensa nas áreas antes ocupadas pela iniciativa privada. Portanto, o movimento posterior dos Estados (Administração Pública) é de retração na atividade prestacional ao cidadão, concentrando-se na tarefa de ser um espaço para a autorrealização do cidadão. Dessa forma, explica Souto (2001) que o Estado deve voltar-se a atividades cuja presença seja essencial, com as seguintes palavras:

Urge, pois, que se corrija a anomalia do gigantismo do Estado, oriunda de uma política que lhe atribuiu o papel de condutor da economia. Este é o objetivo primordial da privatização: devolver à iniciativa privada um espaço que, em situação de normalidade, a ela compete, retornando o Estado às suas funções típicas, especialmente no que concerne ao essencial, como saúde pública,

segurança, educação e saneamento. (p. 24).

A necessidade que se impõe ao Estado (Administração) é que este se reinvente para amoldar-se ao desenho constitucional, de forma a garantir a realização dos direitos fundamentais e interesses públicos consagrados no ordenamento jurídico pela constituição.

A moldura constitucional do direito administrativo

É corrente afirmar a presença de um Estado de direito constitucional e que o direito constitucional é o vértice do ordenamento nos Estados modernos, devendo coordenar a produção e aplicação de todo o direito infraconstitucional. A constitucionalização do direito é fenômeno que atinge todo o direito infraconstitucional; o direito administrativo não é diferente: também é afetado pela constitucionalização, inclusive porque muitas de suas diretrizes estão expressas na constituição brasileira de 1988.

A constitucionalização importa em um requisito de validade das normas infraconstitucionais, assim como também todo o arcabouço de conteúdo material, valorativo e normativo é irradiado pelo ordenamento jurídico com força normativa⁷. Dessa forma, a constitucionalização impõe comandos nas três esferas de funcionamento do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), de forma que as atividades administrativas também estão vinculadas à uma realidade constitucionalmente imposta, como por exemplo: a limitação da discricionariedade,

7 Sobre a força normativa referida conferir: HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. 34 p. A constituição é norma que se deve fazer cumprir, de forma a interferir na realidade sócio-política. Hesse (1991) explica: "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social." (p.15).

deveres de atuação, entre outros (BARROSO, 2008).

Em ambientes de inúmeras legislações esparsas que criam microssistemas que gravitam em torno do sistema principal, como no direito civil, que tem o código civil como astro principal, mas em torno de si gravitam o microssistema do consumidor, da relação locatícia, da relação da criança e do adolescente, entre outros. Esse fenômeno caracteriza a era da descodificação, na qual fica clara a impossibilidade de um só estatuto jurídico regular todas as complicadas relações sociais (BARROSO, 2008).

Com esse cenário posto, a Constituição assume, como já dito, o vértice do ordenamento jurídico e opera-se a constitucionalização, não porque na constituição existem normas e princípios de diversos ramos do direito infraconstitucional, mas porque o fenômeno da constitucionalização "consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados" (BARROSO, 2008. p. 43).

A caleidoscópica sociedade moderna com representação no estado pluriclashe aporta na constituição a representação de várias classes sociais, introduzindo no texto constitucional normas sobre as mais diversas áreas do direito, auxiliando a elevar a constituição ao ápice do ordenamento jurídico. Que nesse momento vive uma crise de inchaço da legislação e que se ancora na constituição como referência para compatibilização e sustentação das normas infraconstitucionais (ANDRADE, 2010).

Assim, a Constituição se encarrega de equalizar os múltiplos princípios, que agora são constitucionalizados explicitamente ou estão implícitos no ordenamento jurídico, de forma que todos possam conviver na sociedade moderna, sem exclusão de nenhum deles. Apenas realizando a conformação dos princípios e valores constitucionais (ANDRADE, 2010).

Considerações sobre a principiologia constitucional

É certo que a moldura da constituição introduziu uma série de mudanças profundas no direito administrativo. Uma, porque o direito administrativo, como todo e qualquer outro ramo do direito deve ser visto a partir de agora pelas lentes da constituição, devendo ser interpretado e aplicado em conformidade com a constituição; outra, porque introduziu explicitamente princípios e regras para a Administração Pública no corpo do texto constitucional, positivando alguns princípios.

A principiologia constitucional afetou o direito administrativo, provocando alterações em alguns conceitos clássicos, dentre os quais estão: a) nova configuração da relação de supremacia do interesse público sobre o privado. Para Barroso (2008) é importante nesse contexto separar o interesse público em primário e secundário. O primário é o interesse público em essência, verdadeiro cânones de interesse da sociedade como segurança pública e justiça. Já o secundário é identificado com o interesse da pessoa jurídica estatal, representada pela Fazenda Pública e que não incorpora a defesa e realização de interesses da sociedade, mas sim do Estado. Nesses casos, o interesse secundário não pode gozar de prevalência a priori sobre outro interesse qualquer; b) a superação do princípio da legalidade. A Administração Pública, que antes era vinculada no seu agir à legalidade estrita, somente podendo atuar com autorização ou determinação legislativa, supera esse paradigma. Pois deve atuar com base na constituição, ainda que não exista previsão legislativa, a administração está subordinada ao princípio da juridicidade (à constituição e à lei); c) o controle da discricionariedade administrativa. A discricionariedade administrativa pode ser jurisdicionalmente controlada pelos princípios constitucionais, isso porque regulam todas as atividades estatais. Rompe-se assim com a possibilidade de controle somente de legalidade

do ato administrativo.

Nessa linha, é importante destacar que a construção do conceito-chave de interesse público, que é completamente errônea, porque realizada em descompasso com os preceitos constitucionais, e pode-se dizer mais: a construção teórica em torno do interesse público é anterior à constitucionalização e, ainda assim, permanece de certa forma inalterada, não se atendendo aos princípios e objetivos da Constituição (BINENBOJM, 2008).

A constituição brasileira de 1988 traz em seu texto grandes considerações sobre a Administração Pública. Umas das mais importantes é sem dúvida a inclusão do rol de princípios do direito administrativo, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último foi acrescido em 1998 por meio da emenda constitucional n. 19).

No que se refere ao princípio da eficiência, o que se busca pelo atuar administrativo é o melhor resultado com o menor custo e de forma mais eficiente, que produza real eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, a administração não busca o lucro, mas a concretização dos direitos dos cidadãos. O princípio da eficiência está conectado com o da economicidade, que apregoa uma administração enxuta e de gastos controlados, utilizando os recursos necessários para alcançar os objetivos, sem esbanjamentos de recursos (ANDRADE, 2010).

O princípio da impessoalidade visa atender ao objetivo de a Administração Pública não atuar com discriminação de nenhuma espécie a qualquer cidadão, buscando objetivamente o bem da sociedade, os interesses públicos em questão, sem que a Administração atue por atos ou vontades pessoais dos seus agentes.

Nesse aspecto, assim escreve Freitas (2009):

O princípio da imparcialidade ou da impessoalidade desvela-se de alto porte para equacionar o controle sistemático

que incentiva e obriga os agentes públicos a praticarem uma gestão desatrelada dos interesses mesquinhos e secundários, no compromisso com o direito fundamental-síntese à boa administração pública, que se traduz como cabal proibição de qualquer discriminação torpe e como dever simultâneo de efetuar a redução das desigualdades injustas. (p. 86-87).

Esse princípio conecta-se com o princípio da moralidade (art. 37, CR/88), e para o perfeito caso do trabalho tem-se o princípio da moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII, CR/88). Esses princípios colocam a moralidade como garantia fundamental de uma administração pública correta, tanto que sua ofensa pode acarretar a proposição de ação popular para a defesa da lesão da moralidade administrativa. Contudo, é importante frisar que somente os atos atentatórios à moral não são judicialmente controláveis, mas sim os atos que agridam a moral de valor juridizado. Explicando esse contexto de relação entre moralidade, direito e controle judicial dos atos administrativos escreve Cammarosano (2006) que

Na medida em que o próprio Direito consagra a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. [...]. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública. [...]. Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito.

É questão de legalidade. (p. 113-114).

A ideia é que a Administração atue com base nos princípios para concretizar os direitos fundamentais. A principiologia constitucional tem aplicação imediata, não necessitando de intermediação por legislação infraconstitucional

, atingindo a atuação administrativa e também o caso concreto, regulando as relações jurídicas (ANDRADE, 2010).

Uma das maiores transformações que enfrenta o direito administrativo é sem dúvida relativa ao princípio da legalidade. Isso porque a Administração Pública deixa de ser subordinada apenas à lei, no sentido clássico de que a Administração só poderia atuar mediante autorização ou com base na lei. Após a constitucionalização do Direito, a Administração está subordinada à Constituição, incluindo os princípios explícitos e implícitos ao ordenamento jurídico. Esse ponto será abordado no próximo tópico.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, A JURIDICIDADE E A DISCRICIONARIEDADE

Um viés muito importante que a constitucionalização do direito trouxe para a Administração foi sem dúvida a alteração da configuração do entendimento do princípio da legalidade. Isso porque, com a constitucionalização do direito administrativo, este deixa de ser regido sob o império da lei somente e passa a ser subordinado às diretrizes da constituição. Frise-se que esse fenômeno, como já salientado, afeta todas as disciplinas do Direito, não sendo exclusividade do direito administrativo.

A legalidade traduzida como a completa subordinação da Administração à lei com o intuito de controlar por meio do legislativo o antigo abuso do Poder Executivo que existia no Antigo Regime não subsiste, ou talvez nunca tenha existido um tempo no qual toda atuação administrativa era comportada na lei. É impossível conter toda a Administração nos termos da lei.

O entendimento clássico afirma que “o princípio da legalidade em teoria traduziria submissão da Administração à lei. Por meio do princípio da legalidade se pretendia submeter toda ação da Administração à lei. Esta só poderia fazer

aquilo que a lei determinava" (ANDRADE, 2010. p. 254).

A percepção de legalidade muda a partir do momento em que se tem a visão constitucional do direito administrativo e da atuação da Administração. Com uma suposta crise da lei em um Estado pluriclasse, não mais suporta a demanda social o legislativo, que, ao não acompanhar as constantes mudanças nas complexas relações sociais, não consegue por meio de sua atividade regular toda atuação administrativa. Ocorreu um gradual desprestígio da legislação que não mais conseguia representar a sociedade (BINENBOJM, 2008).

Essa crise é intensa e universal, como destaca Binenbojm (2008) ao escrever:

A crise da lei é hoje fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada. (p. 125).

É então que surge a Constituição como solução, porque substitui a vinculação da atuação administrativa à lei pela vinculação à Constituição. Tal fato permite que a Administração atue sem intermédio da lei, ou seja, a Constituição é fonte direta para atuação da Administração, sem necessidade de aguardar a legislação infraconstitucional.

Nesse ponto é que surge a juridicidade, que pode ser entendida como a ampliação da

vinculação do atuar administrativo, porquanto a juridicidade engloba a legalidade e amplia a subordinação da Administração à Constituição, com todos os seus princípios e valores. Derroga-se a legalidade pela juridicidade. Esse quadro traduz alguns reflexos e é definido por Binenbojm (2008) da seguinte forma:

A ideia 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). (p. 37-38).

Essa percepção de juridicidade amplia o controle sobre a Administração, porque agora esse controle é feito para além dos parâmetros da legalidade, é realizado com fincas na juridicidade, ou seja, nos princípios e valores constitucionais. Ao contrário do que se pode imaginar, a juridicidade possibilita um maior controle, inclusive dos chamados atos discricionários da administração, e, até pouco tempo atrás, não se cogitava a hipótese de controle do mérito de atos discricionários da Administração, somente se realizava o controle formal dos atos discricionários. Assim, "a discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional" (BINENBOJM, 2008, p. 39).

Nesse sentido, o controle jurisdicional

sobre os atos da administração é ampliado consideravelmente, pois ocorre a verificação não só da legalidade estrita, que é a conformidade do ato administrativo com a lei, mas também a conformidade do ato administrativo com os princípios constitucionais (MORAES, 2004).

A antiga distinção entre atos vinculados e atos discricionários da administração está também em processo de corrosão, isso porque a distinção que colocava os atos vinculados sem possibilidade de liberdade decisória (a lei estabelecia as condições do ato) e os atos discricionários com liberdade decisória em patamares diferentes, em termos de controle dos atos administrativos, foi também afetada pelo novo controle de juridicidade dos atos administrativos, sejam quais forem os atos. Portanto, no momento em que toda atuação administrativa está subordinada à constituição e seus princípios e valores, não mais subsiste ato administrativo fora da esfera de controle jurisdicional.

É curioso notar que a mesma principiologia constitucional que permite maior espaço de liberdade no agir administrativo ocasiona a expansão de seu campo decisório, o que em tese provocaria uma possível ampliação de arbitrariedade e decisões abusivas. Entretanto, também a principiologia constitucional permite um mais rigoroso controle dos atos da administração, que agora são passíveis de controle pela principiologia e valores constitucionais. A Administração teve seus âmbitos de controle de seus atos ampliados (ANDRADE, 2010).

Nessa esteira de extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos, inclui-se a possibilidade de controle inclusive do ato discricionário pela juridicidade. Assim, os atos administrativos que sejam contrários aos ditames constitucionais, princípios e valores do ordenamento jurídico, são suscetíveis de controle jurisdicional e de anulação, observando o limite do judiciário não substituir o comando administrativo, devendo somente ater-se à sua possível anulação

(MORAES, 2004).

CONCLUSÃO

Após um surgimento conturbado para o direito administrativo cuja atuação era pautada pela autoridade sobre o cidadão, e também baseado na ideia de garantir um distanciamento do Estado na esfera privada, o direito administrativo evolui para tentar, em um contexto de Estado prestador, atender às expectativas da sociedade por meio da prestação direta de diversas atividades antes desenvolvidas pelos particulares. Era a tentativa de concretizar o conceito de Estado de bem-estar social, efetivando uma variedade de direitos sociais para os cidadãos.

Contudo, essa situação fracassa. Pois, o Estado se vê diante da impossibilidade de abranger uma enormidade de exigências da sociedade, que agora é complexa e funcionalmente diversificada. Ocorre um agigantamento do Estado, que precisa se reestruturar.

A reestruturação passa pela devolução por parte do Estado de atividades por ele desenvolvidas para a sociedade, incentivando e trabalhando em parceria. O Estado deixa de ser um ente prestador de atividades e concentra-se na regulação e fomento, atuando de forma subsidiária à sociedade. Transforma-se a ideia de Estado para um espaço de auto-realização do cidadão.

Todo esse cenário é possível pela constitucionalização do direito administrativo, que permite a atuação administrativa com base na principiologia constitucional, assim como nos valores e direitos fundamentais. Por sinal, esse é o objetivo perseguido pela Administração: a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. O tom do direito administrativo contemporâneo é priorizar o atendimento aos direitos fundamentais, concretizando-os em prol do cidadão. Para essa tarefa, deve ater-se ao contexto das diretrizes constitucionais com seus

princípios e valores.

Com o Estado democrático, pluriclasse, subsidiário e constitucional ocorre o lançamento do cidadão ao centro do ordenamento jurídico, equiparando-se uma distância jurídica antes existente entre o cidadão e a Administração. Ocorre uma aproximação do Estado com a sociedade.

A partir da intensa constitucionalização do Direito, que afeta também o direito administrativo, alteram-se alguns conceitos-chave do direito administrativo, como o interesse público, que deixa de ser confundido com o interesse estatal.

Também ocorre a alteração do entendimento de subordinação da Administração à lei, alterando o princípio da legalidade para o princípio da juridicidade, que amplia a subordinação da Administração não só à lei, mas também à constituição e aos demais princípios do ordenamento jurídico.

Dessa forma, o controle jurisdicional da Administração torna-se mais rigoroso e amplo, pois, além das formalidades, o controle alcança os méritos dos atos administrativos. Portanto, o princípio da juridicidade possui duas faces, pois, ao mesmo tempo que amplia a atuação administrativa, também amplia as possibilidades de controle jurisdicional do ato administrativo, abarcando inclusive os atos discricionários que não podem ser atentatórios aos princípios e valores constitucionais ou do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 621 p.

BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 31-63.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. 341 p.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro. Paz e Terra: 1997. 173p.

CAMMAROSANO, Marcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 144 p.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. 34 p.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2006. 206 p.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 298 p.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. 239 p.

SOUTO, Marcos Juriena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 870 p.