

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GARANTIAS

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA, VINCULACIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y GARANTÍAS

Adriano De Bortoli

Marcos Leite Garcia

RESUMO

O artigo propõe uma discussão sobre as consequências da judicialização da política no direito administrativo brasileiro a partir da análise da vinculação jurídica da Administração Pública no contexto do Estado Constitucional de Direito. Objetiva-se apresentar elementos à análise da judicialização da política e da releitura do direito administrativo por meio de uma abordagem que priorize o papel da garantia no Estado Constitucional de Direito, a partir de uma abordagem teórica apoiada no garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Parte-se da hipótese de que a judicialização da política e suas consequências para o direito administrativo brasileiro tem relação direta com atuação deficitária da dogmática jurídica em estabelecer conceitos que atendam à complexidade normativa do texto da Constituição Federal de 1988. Conclui-se que o garantismo jurídico oferece elementos teóricos que podem auxiliar a dogmática do direito administrativo brasileiro na releitura de seus conceitos e na elaboração de novos conceitos com vistas a se adequar à complexidade normativa do Estado Constitucional de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização da política; direito administrativo brasileiro; garantismo jurídico; legalidade administrativa

RESUMEN

El trabajo propone una reflexión sobre las consecuencias de la legalización de la política en el derecho administrativo brasileño a partir del análisis de la vinculación jurídica de la Administración Pública en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Con el objetivo de presentar elementos para el análisis del derecho administrativo, por medio de un planteamiento que priorice la judicialización de la política a través de un enfoque del papel de las garantías en el Estado Constitucional de Derecho, a partir del garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Partiendo de la hipótesis de que la judicialización de la política y sus consecuencias para el derecho administrativo brasileño están directamente relacionadas con el desempeño deficiente de la doctrina jurídica de establecer conceptos que satisfagan la complejidad normativa del texto de la Constitución de 1988, llegase a una conclusión de que el

· Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Professor substituto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Email: adbortoli@gmail.com.

· Doutor e Mestre em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (ES). Professor do Centro de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI (SC). Email: mleitegarcia@terra.com.br.

garantismo jurídico oferece elementos teóricos que pueden ayudar al derecho administrativo brasileño en la relectura de sus conceptos y en el desarrollo de nuevos conceptos con el fin de adaptarse a la complejidad normativa del Estado Constitucional de Derecho.

PALABRAS CLAVE: judicialización de la política; derecho administrativo brasileño; garantismo jurídico; legalidad administrativa.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se volta para a perspectiva dos discursos acadêmicos e doutrinários vinculados à cultura jurídica e defensores de uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular no processo de ampliação judicial, para, a partir da Teoria Jurídica do Garantismo, estabelecer alguns elementos para um modelo garantista de legalidade administrativa e de direito administrativo que possam superar o déficit que este ramo ainda apresenta em relação ao constitucionalismo que emergiu na segunda metade do século passado.

2 NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Nos anos 1990, C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder traçaram linhas de análise comuns para uma pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário em vários países, as quais buscavam saber as consequências da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas (MACIEL e KORNER, 2002).

Nessa pesquisa dois contextos revelariam de forma clara quando a política é judicializada pela adoção de métodos típicos de decisão judicial na solução de disputas e demandas nos espaços políticos: o contexto da ampliação das áreas de atribuições dos tribunais por meio do poder de revisão judicial dos atos legislativos e executivos, com fundamento na constitucionalização de direitos e na utilização dos mecanismos de *checks and balances*; e o contexto caracterizado pela introdução ou expansão do quadro de funcionários ou de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo (MACIEL e KORNER, 2002).

No Brasil a expressão "judicialização da política", originada com os estudos de Tate e Vallinder, vem sendo usada no debate público com diversas conotações, muitas delas por vezes contraditórias. Podem ser encontrados sentidos, como o empregado pelos juristas para se referirem à obrigação legal de que um determinado

tema seja apreciado judicialmente e também, com sentido normativo, a referência ao ingresso em juízo de determinada causa (MACIEL e KORNER, 2002).

Para Gisele Citadino, o papel social que o Poder Judiciário vem assumindo desde o segundo pós-guerra é favorecido pela incorporação de valores nos textos constitucionais em forma de princípios jurídicos, o que viabiliza uma interpretação jurídica construtivista e constitui um processo de ampliação judicial que oportuniza diversas perspectivas (CARRACEDO, 1984).

Essas perspectivas estão relacionadas com um fenômeno de normalização de direitos: com as transições pós-autoritárias e o surgimento de constituições democráticas - tendo por como uma de suas consequências o fortalecimento das instituições garantidoras do Estado de Direito, com destaque para o Ministério Público e a Magistratura -; com as investigações de casos de corrupção que envolvem a classe política, com as discussões a respeito da criação de algum poder judicial internacional ou transnacional; e, por último, com o surgimento de discursos acadêmicos e doutrinários, no campo da cultura jurídica, defensores de uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular (CITADINO, 2004).

Na introdução do livro que resultou da ampla pesquisa realizada sobre a atuação do Poder Judiciário, no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, Luiz Verneck Vianna situa o leitor quanto a quatro aspectos que envolvem a problemática da judicialização da política: as consequências da implantação do *Welfare State*; o eixo analítico do procedimentalismo; o eixo analítico do substancialismo; e, a história brasileira das Constituições democráticas republicanas.

Para o cientista político fluminense o contexto que envolve o processo de judicialização da política e das relações sociais está afeito à radicalização do princípio da igualdade, baluarte da democracia, e no reconhecimento do valioso papel que ocupa a força normativa da Constituição (VIANNA, 1999).

A mudança operou-se concretamente na medida em que determinados espaços da vida social passaram a ser institucionalizados por meio do reconhecimento de direitos. Nesse contexto ocupa especial destaque o Direito do Trabalho, fruto das lutas dos movimentos sociais no final do século XIX e início do século XX, que “conferiu um caráter público a relações da esfera privada, como o contrato de compra e venda da força de trabalho” e “infiltrou no campo do direito um argumento de justiça”. Com a regulação jurídica das relações entre empregadores e empregados, deslocando-se

para a esfera pública as decisões que antes se davam na esfera da autonomia privada, o modelo liberal sofrerá sua primeira publicização (VIANNA, 1999, p. 15).

A conquista de direitos se deu por meio dos instrumentos político-institucionais do Estado Liberal e da Democracia Representativa, resultado da sedimentação e expansão do núcleo de valores que passaram a ser defendidos pela maioria eleitoral nos processos de sufrágio. Tal mudança serviu também para a posterior configuração do Estado de Bem-Estar sob os pilares do dirigismo econômico keynesiano e de valores como a proteção do economicamente desprotegido (VIANNA, 1999).

Outro aspecto da publicização operada pelo modelo do *welfare* surgiu com a mudança da concepção de tempo referida ao passado, geradora de certeza e segurança jurídica (Estado Liberal), para a concepção de tempo referida ao futuro, promocional (VIANNA, 1999).

Ao adotar o modelo de análise desenhado por Przeworski, Vianna defende que a juridicização das relações sociais é resultado da mediação estatal, fixadora dos limites e dos direitos dos grupos organizados corporativamente e elemento chave do conceito de capitalismo organizado e do processo de racionalização da economia e das corporações específicas do mundo da produção.

Nessa perspectiva de análise, a produção legislativa que acompanhou necessariamente o processo de publicização trouxe consigo um fenômeno, denominado por Capelletti como *overload* da função legislativa, que resultou num aumento da demanda por legislação e a visível incapacidade institucional de supri-la.

Todos esses elementos formam uma combinação descrita por Vianna (1999, p. 18) com o seguinte teor:

Assim, se o *welfare* é filho dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da ação parlamentar, o *Welfare State*, sem prescindir desse “circuito” para a formação da vontade coletiva, combina-o com aquele que é próprio do corporativismo moderno, dominado pela representação funcional de grupos de interesse, organizados sob a arbitragem do governo. Tem-se, então, que a abdicação do Legislativo na administração da política do *welfare*, aliada à capacidade de o Estado gerir o “circuito” da representação funcional, seriam os elementos responsáveis pela configuração da outra face do *Welfare State* – a do Estado Administrativo, com sua burocracia autonomizada do controle político, tutelando de modo paternalista cada região da vida social. Do *Welfare State* derivaria, por isso, um onipresente aparelho administrativo, inacessível à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes, gerando um ‘sentimento de impotência e abandono’ em todos aqueles que não conseguem se reunir em ‘grupos poderosos com condições de obter acesso às inúmeras alavancas da máquina burocrática’.

A estratégia adotada pelos defensores da agenda igualitária, na visão de Vianna (1999), deveria se guiar pelo mesmo caminho utilizado para a criação do Direito do Trabalho, disputar os espaços político-institucionais do Estado administrativo como forma de aumentar o poder das classes trabalhadoras na formulação das políticas de governo.

Essa via, contudo, está sujeita a alguns riscos, como bem observa o autor referenciado. Dentre eles se encontram o da expansão desmesurada do Estado Administrativo, voltado para a tutela da cidadania, e o da redução do espaço destinado à liberdade. Nada impediria também que essa estratégia que permite acomodar os interesses dos seus defensores no âmbito de decisão política estatal houvesse que enfrentar problemas democráticos e emancipatórios em razão da possibilidade de existir tanto um Estado de Direito como um Estado Social sem democracia, bem como da dupla face (funcional e normativa) dos direitos liberais e sociais.

Na funcional, os direitos liberais se identificariam com a institucionalização de um sistema econômico dirigido pelo mercado, e os sociais, com o regime burocrático do Estado de Bem-Estar. Na normativa, que historicamente contrariou as expectativas dos que viam uma possibilidade de emancipação no *Welfare State*, os valores da liberdade subjetiva e das garantias sociais tenderam a ceder diante de imperativos funcionais, 'pois direitos de liberdade e de participação podem significar, igualmente, a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se [este], então, às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências' (VIANNA, 1999, p. 19).

No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se auto-programa, apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica dos seus quadros em atuar sobre ela, segundo a visão adotada pelo autor em comentário.

A ameaça ao princípio da separação dos Poderes, segundo a análise lhumanniana feita por Vianna, vem do encapsulamento dos subsistemas sociais, resultante de uma estratégia da própria agenda igualitária que aposta no caráter funcional da democracia liberal e na expansão do Estado Administrador como forma de contemplar os seus interesses. Contudo, essa estratégia afasta os cidadãos do controle político porque exige uma atuação de grupos organizados em detrimento da posição individual dos atores sociais e corrobora para o surgimento de uma relação clientelista com o Estado.

É, portanto, a agenda da igualdade que, além de importar a difusão do direito na sociabilidade, redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos. Do *welfare* ao *Welfare State*, o tema da igualdade ter-se-ia deslocado dos lugares de formação da opinião na sociedade civil e nos seus núcleos de representação no Parlamento para os do Estado ampliado do corporativismo moderno. **Exercer, nesse contexto, controle sobre a agenda igualitária e sobre as suas repercussões sociais dependeria, então, de o Poder Judiciário exercer jurisdição sobre a forma de comunicação nelas dominante – que é a do direito – erigindo-se em um ‘terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador’.** Nesse sentido, pode-se sustentar que é essa agenda que está na raiz do processo, indubitavelmente não linear, de transformação universal do Poder Judiciário em agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o *justo* contra a *lei*. (grifo nosso)

(...)

Em um pólo, restauram-se as sombrias previsões de Tocqueville sobre o mundo democrático – que, como sabido, não lhe apareciam como inevitáveis –, segundo as quais o avanço irresistível da igualdade poderia provocar o esvaziamento dos ideais e das práticas da liberdade, entendendo-se, contemporaneamente, que a ampliação do direito, visível tanto na judicialização da política e das relações sociais, quanto na positivação dos direitos fundamentais, teria o ‘efeito de desestimular a face libertária e reivindicatória da cidadania social’.

Fazer com que a efetividade dos direitos seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade (VIANNA, 1999, p. 21-23).

A positivação dos direitos fundamentais, na opinião desse autor, traz consigo a perda de nitidez das fronteiras distintivas entre política e direito e exige uma redefinição das relações entre os três Poderes com inclusão do Judiciário no espaço da política.

De outra parte, ocorre também como efeito dessa positivação a massificação da tutela jurídica por meio de ações que contemplam interesse coletivos e difusos. O que acarreta como consequências do novo cenário: o Poder Judiciário substitui, em parte, os partidos e instituições políticas, na solução de conflitos coletivos, garantindo a agregação do tecido social e adjudicando a cidadania por meio da facilitação do acesso à justiça.

Trata-se, nessa perspectiva, de uma nova Arena Pública que não é a mesma da sociedade civil, dos partidos, da representação, da formação da vontade majoritária; permeada por procedimentos políticos. Os procedimentos que permeiam essa nova arena são os procedimentos judiciais, por sua vez influenciados pela lógica dos princípios.

Nessa nova arena surgem dois eixos analíticos que tentam garantir as promessas jurídico-políticas dos direitos fundamentais: o eixo procedimentalista - o qual exige uma cidadania ativa, cuja prática leve a um contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária, que vê consequências ruins da invasão da política pelo direito em nome da agenda igualitária e com cidadania passiva, clientelista: gozo passivo de direitos; privatização da cidadania; paternalismo estatal; clericalização da burocracia; justiça de salvação. Em suma, indivíduos clientes de um Estado providencial; e o eixo substancialista, o qual defende que as novas relações entre direito e política, por meio da criação jurisprudencial do direito, são favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade (VIANNA, 1999).

3 DISCURSOS ACADÊMICOS E DOUTRINÁRIOS A RESPEITO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A perspectiva dos discursos acadêmicos e doutrinários sobre a vinculação jurídica da Administração Pública no momento histórico do Estado Constitucional, ou, na expressão utilizada por Verneck Vianna “Nova Arena Pública”, é compreendida aqui como sendo central para a análise da dogmática do direito administrativo e está assentada em alguns argumentos que precisam ser detalhados.

O primeiro argumento consiste em reconhecer que o controle jurisdicional do poder executivo é um assunto que deve ser analisado para além dos limites técnicos e dogmáticos, pois a questão do controle jurisdicional abrange outros campos do saber jurídico como os da Teoria e Filosofia do Direito, da Teoria e Filosofia Política e da Sociologia Política e Jurídica.

Nesse aspecto convém observar o posicionamento defendido por Germana de Oliveira Moraes, suas implicações na dogmática do direito administrativo e a proposta de mudanças conceituais como a da substituição do princípio da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade e suas consequências para com o controle jurisdicional de atividades administrativas não vinculadas (MORAES, 2004).

Outro aspecto do olhar diferenciado para o controle jurisdicional do poder executivo pode ser observado na rigidez da fórmula do Princípio da Separação dos

Poderes - que serviu e ainda serve de fundamento para que o Poder Judiciário não invada o mérito administrativo - (MEIRELLES, 2004).

Essa formulação deve ser confrontada com os elementos teóricos do Estado Constitucional de Direito para saber se a rigidez invocada na defesa de posicionamentos que se propõem técnicos e dogmáticos resistem à análise teórica dos modelos normativos de Estado de Direito que lhes dão sustentação. Isso, principalmente, em razão das suas profundas diferenças em relação ao modelo normativo do Estado Liberal que orientou e, ainda, tem orientado boa parte da dogmática administrativista (FURTADO, 2007).

Quanto ao mérito administrativo, os contornos legais da Separação de Poderes no início da República foram dados pela Lei nº 221, de 1894 (Lei de Organização do Poder Judiciário), art. 13, § 9º, "a" e "b" que dispunha:

Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade. A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.

Também é reconhecida no Direito Administrativo brasileiro a contribuição da Súmula nº 346 (A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos) e da Súmula nº 473, ambas do Supremo Tribunal Federal, na definição dos limites do controle jurisdicional do Poder Executivo:

a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ambas súmulas reafirmaram a rigidez da Separação de Poderes, fórmula acompanhada pela dogmática como pode ser observado no posicionamento de Seabra Fagundes a respeito do mérito administrativo:

Circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida.
(...)
O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração (...) é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.
(...)
Praticamente o mérito se traduz na apreciação quase pessoal do agente sobre certos fatos, circunstâncias ou coisas, apreciação que o pode levar a agir num

sentido ou noutro e até a abster-se de qualquer ação (SEABRA FAGUNDES, 1995).

Deve-se questionar, contudo, se essas concepções a respeito do mérito administrativo e da Separação de Poderes sejam as únicas possíveis, sob o aspecto técnico ou dogmático, ou que sejam concepções que expressem a "natureza" do princípio quando se trata de interpretar a Constituição e a legislação que a regulamenta, muito embora parte significativa da doutrina brasileira e da jurisprudência assim não o vejam.

Os enlaces entre os modelos normativos de Estado de Direito e os conceitos dogmáticos produzidos em consonância ou dissonância com eles são observados em autores dogmáticos, como na classificação feita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que divide a "evolução científica do Direito Administrativo" em quatro momentos, cada qual com um método distinto: o método exegético e seu apego à legalidade, próprio do Estado Legislativo; o método histórico-político, no contexto do Estado de Direito; o método técnico-jurídico, transição do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social; e o método lógico-formal, característico do Estado Democrático de Direito (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

A revisão, por isso, de doutrinas referendadas por diversos autores num movimento de reforço de tradições interpretativas, acentuadamente exegéticas, parece encontrar espaço nesse processo de ampliação judicial. E apontam para outro aspecto merecedor de atenção. Muito embora a importância das cúpulas Judiciárias seja inegável para fazer com que a Constituição se concretize, ainda persiste um problema, apresentado por João Maurício Leitão Adeodato, que exige um repensar “da dogmática jurídica filosoficamente tradicional e juridicamente despreparada, a qual ‘destemporaliza’ o texto” (ADEODATO, 2004).

A preocupação do jurista pernambucano é com o que ele denomina de reificação e casuísmo presentes na estratégia política do Judiciário, tendo em vista que a variação das fundamentações dificulta a unificação da jurisprudência em geral e o seu discurso jurídico entende os textos jurídicos como “meros descritores de ‘coisas’ (‘natureza jurídica’ disso ou daquilo); não como parte de procedimentos jurídicos em construção” (ADEODATO, 2004).

Essa preocupação serve de estímulo para se buscar novos horizontes para a dogmática jurídica que possam atender as exigências de concretização da

Constituição e enfrentar possíveis insuficiências geradas pela reificação e pelo casuísmo.

Outro fator importante, no contexto da cultura jurídica, está na compreensão da jurisdição constitucional como expressão da democracia no Estado Constitucional de Direito, pois o conjunto de valores positivados nas constituições do Estado Social impõe ao judiciário o atendimento de demandas coletivas que antes faziam parte somente da disputa política dos atores sociais nos parlamentos (VIANNA, 1996).

Essas demandas invariavelmente trazem consigo situações mais complexas que aquelas originadas de conflitos individuais, dentro do marco dos direitos de liberdade. São demandas a respeito de serviços públicos, de situações jurídicas decorrentes de políticas mobilidade urbana, de sistemas de cotas raciais para ingresso em universidades públicas, de controle de orçamentos públicos e de receitas e gastos vinculados a satisfação de direitos fundamentais, entre outros.

Por fim, dentre as várias perspectivas que o tema da Judicialização da Política oferece para estudo, adota-se uma que está estritamente relacionada com a produção conceitual da dogmática jurídica e vinculada com a aplicação do Direito e com as Teorias Jurídicas a esse respeito. Uma perspectiva que busca investigar o entrelaçamento entre posicionamentos teóricos e conceitos dogmáticos a partir do surgimento das constituições após a segunda guerra mundial e da inserção da legalidade administrativa em seus textos.

4 A VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS DISCURSOS DOGMÁTICOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO

A temática da vinculação jurídica da Administração Pública acompanha os problemas centrais de concretização do modelo normativo do Estado de Direito que pode ser resumido, conforme aponta Forsthoff (1958, p. 117), ao objetivo de: “dar às relações do indivíduo com a Administração, dentro do Direito administrativo atual, uma forma jurídica adequada a um Estado de Direito”¹.

Essa formulação pode ser alcançada tanto pela observação do percurso traçado pela publicística alemã, francesa, belga, portuguesa ou italiana que influenciaram a

¹ “*dar a las relaciones del individuo con la Administración dentro del Derecho administrativo actual una forma jurídica adecuada a un Estado de Derecho*” Tradução livre.

construção da dogmática do Direito Público brasileiro, em particular o Direito Administrativo (MEDAUAR, 2003); como pela concepção de Stahl sobre a semelhança e diferença existente entre a Administração e a atividade judicial, na qual para esta o Direito é um fim em si mesmo e para aquela é um meio para se alcançar um fim (FORSTHOFF, 1958).

Os dois caminhos conduzem a uma abordagem ao mesmo tempo sincrônica e diacrônica do Princípio da Legalidade no contexto da Administração Pública e dos modelos normativos do Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito e do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

4.1 A formação do Estado de Direito e o Império da Lei

Pode-se afirmar que a legitimação jurídica do Estado está associada ao processo de construção não só teórica ou filosófica do Estado moderno, mas às mudanças institucionais ocorridas durante os séculos XVIII e XIX na Europa e Estados Unidos que criaram um espaço jurídico distinto do Direito Privado, pautado pela relação entre súdito e soberano (Estado de Polícia²) e entre cidadão e governante (Estado de Direito).

² O Estado sob o regime de polícia (*Der polizeistaat*) na Alemanha, descrito por Otto Mayer, se caracterizará por: **a) Papel do Príncipe** - pertence ao príncipe como coisa própria a tarefa imensa de perseguir o fim do Estado e frente aos súditos, seu poder não tem limites jurídicos: o que quiser será obrigatório; **b) Funcionários** - seu papel é determinado pelo Príncipe com a existência de centros administrativos, os conselhos de polícia: “*Ellos están sometidos, por su lado, a uma disciplina y a uma vigilância severa de sus superiores, y sobre todo del soberano administrador, del príncipe en persona. Su servicio está reglado en todas sus partes por instrucciones minuciosamente detalladas. A cada instante una orden especial puede sorprenderlos para imponerles la ejecución de algún acto extraordinario*”. p. 49; seus atos estão submetidos à autoridade do príncipe, podendo ser anulados e avocados. Os funcionários representavam o príncipe e o Estado frente aos súditos – com poderes ilimitados – ou seja, uma espécie de príncipe; **c) Princípio da independência dos juízes** – consiste na possibilidade de extinção de processos por atos de soberania do príncipe. Na Prússia, sob Frederico, o Grande, se impediu o uso da soberania para fins de justiça – uma espécie de separação de poderes. Havia um contraste entre a justiça e a administração pautado pelo direito de editar leis, reconhecido como uma prerrogativa dos príncipes – como ordem geral dirigida aos súditos, que se publica. Quando o príncipe edita uma regra de direito civil, aborda uma matéria que está fora de sua influência direta. Editada, é inviolável pelo poder público: sua aplicação só depende do juiz, que está obrigado a aplicá-la e o príncipe não pode dispensá-lo. A lei de polícia é distinta: o príncipe poderia decidir sobre casos individuais e o faz de forma geral. Por essa razão as leis de justiça são obrigatórias para o governo – são direito e as leis de polícia são ordens publicadas meramente por razões de utilidade prática. No período de polícia existe efetivamente um direito civil, um direito penal, um direito processual: um direito de justiça. Entretanto, não há direito público, pois não existem regulamentos que sejam obrigatórios para a autoridade frente ao súdito. O Direito civil era utilizado para fazer a distinção entre o príncipe como ente privado (atos de gestão) e somente como príncipe (atos de império). Essa competência dos juízes permanece intacta até que se suprime por completo a jurisdição do império. Conforme aumenta o regime de polícia, cresce sua importância. Para a competência dos tribunais civis o essencial é que o Estado esteja submetido ao direito civil. Isto importa na questão de saber se existe

A síntese do modelo normativo de Estado de Direito fornecida por Zagrebelsky (1995, p. 21) apresenta-se bastante apropriada para traçar os principais pontos de conflito que o conceito enfrentará:

O Estado de direito indica um valor e alude somente a uma de suas direções de desenvolvimento da organização do Estado, mas não encerra em si consequências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constituía a quintessência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, mas *lex facit regem*.³

A utilização do modelo normativo do Estado de Direito servirá, conforme uma concepção de organização estatal apoiada no princípio de autoridade, ora para conteúdos orientados pelo Despotismo ilustrado e a concepção de Estado de Razão. Ora para defini-lo exclusivamente como formal, afastando-se qualquer vinculação da autoridade estatal aos conteúdos e fins da ação do Estado, bem como por experiências totalitárias que se apresentaram como restauração do Estado de Direito, tendo em vista a perda de autoridade ocorrida nos regimes liberais e democráticos pautados por tendências ilegais, fragmentárias e anárquicas (ZAGREBELSKY, 1995).

Outra vertente crítica apontará que o Império da Lei traduz-se - no aspecto político da formulação liberal do Estado de Direito - na soberania do poder legislativo, pois a vontade geral só é soberana quando atua por via geral e abstrata, ou seja, no seu momento legislativo. Assim, dentre os órgãos constitucionais - e das

um direito para o estado, porque fora do direito civil não existe direito; **d) O Estado Onipotente e o Direito.** O surgimento da doutrina do Fisco, derivada do direito romano, e estruturada na distinção entre os bens privados do príncipe e do Estado (administrados pelo fisco) tem como consequência a personalização jurídica do Fisco, ou seja, o Estado se apresenta como pessoa jurídica: “Cada vez mais se abre o caminho para a idéia de que o conjunto de direitos de supremacia – a universalidade do poder soberano – deve reputar-se pertencente sob todas as suas formas ao Estado, em cujo nome se exerce”. p. 61. A existência de duas pessoas jurídicas, de um lado o Fisco (Estado considerado como sociedade de interesses pecuniário ou pessoa jurídica de direito civil – o homem privado ordinário – submetido ao direito civil) e de outro o Estado propriamente dito – a associação política, a pessoa jurídica de direito público (expressão negativa por excluir o direito civil – Direito de Magestade, de Soberania), ou seja, somente mediante a criação de uma pessoa jurídica distinta, conexas, mas de caráter inferior, o direito civil e a jurisdição civil puderam se fazer aplicáveis. O Estado unicamente tem o poder público. A forma geral sob a qual a tua o poder público é o mando ou o emprego da força. Onde haja mando ou coerção existe o Estado. Em todos os demais casos se trata do Fisco. MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 47-66.

³ “El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995. p. 21. A bibliografia sobre o tema é bastante vasta, cabendo citar alguns títulos que compõem o levantamento bibliográfico inicial: COSTA, Pietro et. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006; COSTA, Pietro. *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*. v. 4 *L'Età dei totalitarismi e della democrazia*. Bari: Laterza, 2001; VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bologna: Real Colegio de España, 1975.

forças sociais que os hegemonomizam - será soberano quem detiver a função legislativa (NOVAIS, 1987). O que, para Rogério Ehrhardt Soares (1981, p. 90) significa:

instituir um sistema que legislativamente exprime os interesses da classe burguesa; apresentá-lo como um instrumento que não pretende preocupar-se com interesses particulares, nem mesmo com a sua soma, mas somente com a descoberta do direito justo; furtar a sociedade a todo o domínio, porque o “domínio da lei” não é de homens, mas da ordem natural; e finalmente fornecer à burguesia a satisfação do seu desejo de certeza ou daquela garantia de calculabilidade que MAX WEBER apontava como sentimento constante em todas as burguesias.

Em oposição ao modelo do Estado Legislativo, criticado acima, surge a concepção de Estado de Direito que na Alemanha se caracterizou por herdar do regime de polícia a soberania absoluta do Estado e a submissão de certa esfera das suas atividades ao direito civil e a jurisdição civil e se constituiu sob a fórmula de *Rechtsstaat* por haver: a) estabelecido a forma jurídica para a organização e exercício do poder soberano; b) afirmado o direito público como o direito próprio das relações entre Estado e súdito, não mais uma esfera na qual, por oposição a do direito civil, não existe direito quando se trata de relações entre Estado e súdito; c) reservado ao direito público administrativo as questões relativas à administração; d) afirmado o papel da lei e da participação popular na sua formulação; e) assumido a separação de poderes e submissão à lei – justiça e administração sob a lei; f) incorporado a ideia de ato administrativo como similar de sentença; e g) afirmado a não submissão da administração ao poder judiciário (MAYER, 1982).

4.2 O Princípio da Legalidade administrativa

Manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa (BURDEAU, 1995) e reação direta contra as técnicas de governo do Absolutismo, o Direito Administrativo, está a serviço de uma ideia substancial de Direito: assegurar a liberdade do cidadão, daquele que no período pré-revolucionário estava situado apenas como simples súdito passivo em relação a um poder “alheio e transcendente” (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1981, p. 362).

A consolidação desta concepção de Direito, que necessariamente está vinculada a uma concepção de Estado de Direito, vai influenciar toda orientação política ocidental até nossos dias. Três aspectos são fundamentais para se entender o princípio da legalidade: 1º) toda atividade administrativa - e não só as atividades

privadas da Administração, como no Estado de Polícia - fica subordinada à lei; 2º) a atividade administrativa, com base na sua submissão à lei, assume caráter jurídico e 3º) com base na sujeição da Administração ao controle dos tribunais, os particulares adquirem garantias que lhes asseguram o cumprimento da lei pela Administração.

A construção histórica do princípio se deu a partir de dois casos: o primeiro, característico da Alemanha (STOLLEIS, 2001), é o da preferência ou prevalência da lei, em que a vinculação legal da Administração se traduzia na obrigatoriedade de não violar a lei, de atuar dentro dos seus limites, já que ela possuía preferência face às restantes atividades do Estado. A supremacia da lei significava, tão somente, que os atos de grau inferior não podiam ser dirigidos *contra legem* (ZAGREBELSKY, 1995).

A segunda fase se dá no momento em que se observa o princípio de reserva de lei, presente no “monismo” parlamentar francês. Não bastava que os atos da Administração não violassem a lei e os direitos subjetivos que esta consagrava, mas exigia-se também que certos domínios - a liberdade e a propriedade individuais - só pudessem ser regulados por lei ou com base numa lei (NOVAIS, 1987). Entretanto, o gradual aperfeiçoamento da produção legislativa somado ao aumento da importância do Parlamento dentro da monarquia constitucional propiciou a mudança do princípio da reserva da lei para princípio da reserva total de lei, segundo o qual toda a atividade administrativa, independentemente da natureza que revestisse ou da área em que se verificasse, pressupunha a existência de um fundamento legal, ou seja, um processo de execução da lei. O problema se concentrava em determinar o sentido desse processo executivo (ZAGREBELSKY, 1995).

A primeira tentativa de solução do problema considerou tal execução uma simples particularização na atuação concreta dos mandados abstratos das normas, apoiada no exemplo histórico da sentença judicial aplicadora da lei própria das práticas processuais revolucionárias francesas. Sob tal esquema judicial se forjou o conceito chave de ato administrativo (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1981).

Essa solução foi repudiada mais tarde ao se verificar que não se pode explicar a posição da lei frente à Administração com o mesmo raciocínio da posição da lei frente aos Tribunais. A diferença foi teoricamente apresentada por Friedrich Julius Stahl: os Tribunais têm como função própria realizar a execução da lei (adequação da hipótese normativa ao caso concreto), já a Administração tem como função própria

realizar os diversos fins públicos materiais, devendo fazê-lo dentro dos limites da lei (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1981).

No início essa ideia de discricionariedade, posteriormente denominada de doutrina da vinculação negativa da Administração, possibilitou o surgimento do vezo autocrático na Administração pública ao admitir a liberdade da atuação administrativa resumida a fórmula: a Administração poderia fazer não só o que a Lei expressamente autorizasse, mas tudo aquilo que a Lei não proibisse (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1981).

A reação a esta doutrina se deu por meio da produção teórica sob influência kelseniana, que teve como figura principal o administrativista Adolf Merkl. Esta nova concepção, chamada de vinculação positiva da Administração pela legalidade, defende o condicionamento da Administração no seu conjunto ao Direito Administrativo e de cada ação administrativa isolada a um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação. Portanto, se uma ação pretende apresentar-se como ação administrativa deve ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, senão não poderá ser compreendida como ação do Estado (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1981).

4.3 O princípio da legalidade no Estado Social de Direito

A consagração constitucional dos direitos sociais como se pode pensar à primeira vista não é o que define o Estado Social, tendo em vista a existência de antecedentes de assistência social no Estado liberal, como as *poor laws* no século XVII na Grã-Bretanha, que tentavam organizar a assistência social de forma sistemática (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1981), bem como na França, na proposta de Robespierre⁴ para a nova Constituição e com previsões constitucionais para seguros sociais e ensino⁵, ambas em 1793. Mas, sim, a mudança das concepções políticas, agregadas à necessidade de dar respostas à nova sociedade que começa a se

⁴ X. A sociedade é obrigada a prover a subsistência de todos os seus membros, seja fornecendo-lhes trabalho, seja garantindo os meios de subsistir àqueles que estão impossibilitados de trabalhar.

XI. Os auxílios indispensáveis àquele que carece do necessário constituem uma dívida daquele que possui o supérfluo: cabe à lei determinar a maneira pela qual essa dívida deve ser quitada.

⁵ Art. 21. – Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux que sont hors d'état de travailler.

Art. 22. – L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens.

estruturar, caracterizada pela cultura de massas, planificação - inclusive capitalista -, sociedade de consumo, constante progresso da técnica (DÍAZ, 1972) que dão as condições necessárias e impulsionam este novo *ethos*. Destacam-se, nesse cenário, como pensadores de uma política de reforma social, Lorenz von Stein⁶ e Ferdinand Lassalle⁷.

Stein percebe as mudanças que estão ocorrendo nos anos quarenta e cinquenta do século XVIII como uma transição do período dominado pela revolução e pela reforma política para o da reforma social. No curso de sua teoria social, resumida a poucos aspectos para os fins deste estudo, Stein vai insistir numa relação dialética entre Estado e Sociedade como contingente à vida da comunidade. Essa ciência da sociedade é resumida por Garcia Pelayo (1989, p. 132) nos seguintes termos:

- a) Teoria do conceito de sociedade e orden social, quer dizer, do principio da sociedade e da natureza de suas forças e contradições, graças ao qual se obterá o conhecimento das leis do movimiento social.
- b) História da sociedade: a descoberta dos principios e das leis do movimiento social abre à investigação um campo apenas conhecido, abre perspectivas extraordinárias ao conhecimento histórico que, segundo Stein, e se se faz abstração de poucas e honrosas exceções, o havia sido até então mais que uma descrição, mas não uma compreensão dos fatores que movem a história, uma exposição de fatos, mas não uma penetração na verdadeira vida.
- c) Exposição dos principios por meio dos quais a ordenação estatal é dominada pela ordenação social
- d) Teoría da reforma social, que se desdobre, por sua vez, em: 1) a demonstração de que o próprio interesse da sociedade exige a reforma, e 2) a exposição das leis e instituições destinadas a dar-lhe cumprimento⁸.

⁶ Sobre a Teoria da Sociedade de Von STEIN cf. GARCIA-PELAYO, Manuel. *Escritos Políticos y Sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 121-155.

⁷ Lassalle foi figura marcante na história política prussiana. Dentre os vários escritos que deixou destacam-se o Manifesto Operário e, particularmente ao Direito Constitucional, “E agora o quê?” no qual defende a tese da Constituição como folha de papel à mercê das forças reais de poder. Sobre o autor ver: LASSALE, Ferdinand. *Manifiesto Obrero y otros escritos políticos*. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 337 p.

⁸ “a) *Teoría del concepto de sociedad y del orden social, es decir, del principio de la sociedad y de la naturaleza de sus fuerzas y contradicciones, gracias a lo cual se obtendrá el conocimiento de las leyes del movimiento social.*

b) *Historia de la sociedad: el descubrimiento de los principios y de las leyes del movimiento social abre a la investigación un campo apenas conocido, abre perspectivas extraordinarias al conocimiento histórico que, según von Stein, y se se hace abstracción de pocas y honrosas excepciones, o había sido hasta entonces más que una descripción, pero no una comprensión de los factores que mueven la Historia, una exposición de hechos, pero no una penetración en la verdadera vida.*

c) *Exposición de los principios con arreglo a los cuales la ordenación estatal es dominada por la ordenación social.*

d) *Teoría de la reforma social, que se desdoble, a su vez, en: 1) la demostración de que el propio interés de la sociedad exige la reforma, y 2) la exposición de las leyes e instituciones destinadas a darla cumplimiento”*

Ao contrário de Marx, Stein defenderá que a solução para a questão social - marcada por posições contraditórias entre possuidores e não possuidores e a possibilidade desses últimos alcançarem a liberdade (autonomia da personalidade) - passará pela reforma social com o acesso dos trabalhadores ao capital e a consequente eliminação da relação de dependência desses em relação aos capitalistas (GARCIA-PELAYO, 1989).

A esse posicionamento pode-se acrescentar o conceito de Monarquia Social, que acentuará o caráter conservador do pensamento de Stein. A fórmula monárquica, para o sociólogo, é a mais apta a mediar o conflito entre os interesses sociais e encarna em si a própria ideia de Estado. A sua condição de não deterioração em despotismo é a reforma Social (GARCIA-PELAYO, 1989).

A tese da Monarquia Social será defendida por Lassalle no decorrer de sua militância política em favor da classe trabalhadora, muito embora tenha sido preso diversas vezes em razão de seus posicionamentos favoráveis à democracia. A proximidade com o pensamento de Stein é perceptível em uma das formulações do intelectual austríaco que se tornou famosa nos meios jurídicos a respeito da Constituição real e da Constituição escrita (LASSALLE, 1989).

Todavia, somente no século XIX, por meio de lutas populares e de intenções políticas de reforma social, que se assiste nos países europeus ao progressivo estabelecimento, por parte do Estado, de seguros contra acidentes de trabalho ou doenças profissionais e ao aparecimento de uma legislação laboral tendente a refrear os excessos mais chocantes do capitalismo, representados principalmente nas jornadas de trabalho e no trabalho infantil e feminino.

Gerhard A. Ritter (1991, p. 85) esclarece que muitos fenômenos foram responsáveis pelo surgimento de novas formas de seguridade social - num contexto permeado por mudanças sociais e econômicas rápidas, crescimento da população, industrialização, urbanização, migrações internas, secularização e mobilização política das massas -:

A dissolução da sociedade estamental e da estrutura gremial, a perda de significação assistencial contra as necessidades; a crise do sistema tradicional de assistência, baseado na ajuda local e na responsabilidade dos municípios em que se havia nascido, crise produzida por consequência da imigração masiva da mão-de-obra e do proceso de urbanização: a crescente dependencia dos mercados de trabalho capitalistas, nos quais o nível dos salarios não se fixa pelas necessidades dos trabalhadores, mas pelas leis do mercado: a perda de significação da agricultura e do trabalho doméstico e consequente retrocesso das possibilidades de trablho para crianças, mulheres e idosos, e a maior dependencia da renda de quem trabalha: o

surgimento e incremento do proletariado industrial; o aumento do risco de acidentes de trabalho; o perigo crescente do desemprego decorrente das oscilações na conjuntura econômica e as novas formas de miséria massiva a elas associadas, assim como sua conceituação como “questão social”.

Novais (1991, p. 191) ainda ressalta o papel da I Guerra Mundial no curso dessas mudanças relativas à compreensão da sociedade e do Estado:

só o impacto provocado pela I.^a Guerra Mundial estimularia uma alteração radical na forma de conceber as relações entre o Estado e a Sociedade, podendo dizer-se que ela marca o termo do optimismo liberal fundado na ideia de uma justiça imanente às relações sociais autónomas e livremente desenvolvidas a partir da auto-regulação do mercado. De facto, não obstante as crises, o desemprego ou as guerras que até então se verificaram, a tendência global ia no sentido do desenvolvimento económico, da expansão dos mercados, do progresso técnico e da conseqüente elevação do nível de vida da população, factores que, aliados à homogeneidade da direcção política, reforçavam a fé nas virtudes da livre concorrência e confinavam genericamente a actividade do Estado à garantia da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado, à produção das infra-estruturas requeridas pelo funcionamento do sistema e a uma intervenção dirigida à prevenção das perturbações aos mecanismos do mercado ou ao seu eventual restabelecimento.

Esse novo Estado tem por função precípua garantir a integração existencial, ou seja, se responsabiliza pela *Daseinsvorsorge* como designado pela publicística alemã.

O conceito, desenvolvido por Ernst Forsthoff, traduz-se nas seguintes categorias: *espaço vital*, que é o conjunto de bens, serviços, relações e situações materiais ou culturais em cujo âmbito o homem desenvolve a sua existência; dentro dele há o espaço vital dominado e o espaço vital efetivo. O primeiro é integrado por tudo que lhe é atribuído – independentemente da condição de proprietário – de forma tão íntima ou intensa que o homem concreto pode permanentemente dispor e utilizar numa relação de senhorio ou predomínio (é, assim, o caso da sua propriedade, do seu poço, da sua casa, da sua oficina ou do seu posto de trabalho na fábrica); o espaço vital efetivo é constituído, por sua vez, por todos os bens ou serviços que o homem não domina, que lhe são alheios, mas em cujo âmbito decorre efetivamente a sua existência concreta, como o sistema de transportes e telecomunicações, os serviços de água, eletricidade, gás, o ordenamento urbanístico (NOVAIS, 1991).

Ao analisar as alterações produzidas no espaço vital a partir do século passado, Forsthoff conclui pela constatação de duas tendências irreversíveis: por um lado, as grandes concentrações urbanas e os deslocamentos das populações dos seus locais de origem provocam uma redução decisiva do âmbito do *espaço vital dominado*; paralelamente, o progresso tecnológico compensa aquela redução através do alargamento constante do *espaço vital efetivo*. Esta transformação nas condições

de desenvolvimento da existência – em que tendencialmente o homem perde o domínio e controle sobre um cada vez mais amplo conjunto de bens e serviços que utiliza para viver – repercute-se decisivamente no plano das funções do Estado, na medida em que a diminuição progressiva da autossuficiência (relativamente à qual não se pode fazer uma valoração negativa, pois este processo pode ir a par e ser sentido como um aumento da liberdade perante o Estado e da felicidade individual) deve necessariamente ser compensada por uma atividade do Estado dirigida a assegurar as condições vitais de existência de que o homem carece, ou seja, pelo *daseinsvorsorge* (NOVAIS, 1991).

4.4 Desafios dogmáticos para o Direito Administrativo no Estado Social

A partir do momento que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 inseriu a fórmula *sozialer Rechtsstaat* em seu texto, a doutrina constitucional alemã se deparou com o problema da compatibilização do novo princípio com o velho quadro conceitual do Estado de Direito⁹.

O debate girava em torno de todas as consequências que poderiam ser extraídas da consagração do Estado social de Direito como princípio estruturante da nova ordem jurídico-constitucional.

Duas posições se contrapunham a respeito do novo princípio: a) a da defesa da compatibilidade entre Estado de Direito e Estado social que via no *sozialer Rechtsstaat* um conceito que refletia a especificidade da nova ordem constitucional enquanto expressão contemporânea do ideal de *Estado de Direito*, tendo como expoente maior Wolfgang Abendroth; b) a da defesa da incompatibilidade conceitual de um Estado social de Direito, cujo expoente maior foi Ernest Forsthoff (NOVAIS, 1991).

A adoção da expressão Estado Social de Direito impõe algumas mudanças voltadas para a garantia dos direitos fundamentais como fim basilar do Estado, bem como a exigência da racionalização de toda a sua atividade em função deste objetivo.

⁹ A Constituição da Baviera (2 de dezembro de 1946) previa em seu art. 3º que: *Bayern ist ein Rechts-Kultur-und Sozialstaat* (Bayern é um Estado de Direito, Cultural e Social). A Carta Magna de Baden (22 de maio de 1947) em seu artigo 50 consagrava: *Baden ist ein demokratischen und sozialer Freistaat* (Baden é um Estado Democrático, liberal e social). Rheinland-Pfalz (Constituição de 18 de maio de 1947, artigo 74) e Würtemberger-Baden (Constituição de novembro de 1946, art. 43, 1) empregavam: *ein demokratisches und sozialer Volksstaat* (Estado democrático, social e popular). (VERDÚ, 1972).

De maneira geral, o Estado não só está obrigado a omitir todos os comportamentos violadores da esfera de autonomia dos cidadãos, mas também deve criar as condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade da pessoa humana¹⁰.

No tocante aos direitos e liberdades individuais as exigências seguem três caminhos distintos: 1) fundamentalização dos direitos sociais em sentido lato, ou seja, sua consagração constitucional (expressa ou implícita) e projeção de uma relevância que os impõe ao reconhecimento de todos os órgãos e funções do Estado; 2) reinterpretção dos direitos, liberdades e garantias tradicionais à luz do novo princípio de sociabilidade que se reflete numa dependência e vinculação social do seu exercício ou mesmo numa compreensão do seu conteúdo, determinadas pela necessidade de garantir as condições de liberdade de todos os homens; 3) concepção dos direitos fundamentais não só como técnicas de defesa contra os abusos e violações provenientes da autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas como direitos contra terceiros (NOVAIS, 1991).

Esse novo quadro institucional exigirá mudanças profundas na dogmática publicista, particularmente no Direito Administrativo. Os movimentos observados na constituição do campo teórico específico do Direito Público com a fixação de seus

¹⁰ Para um Estado ser considerado como Estado de Direito liberal ou social, segundo a análise desenvolvida por Ferrajoli, há que se observar o caráter dos Direitos incorporados pelo ordenamento constitucional. Existem, portanto, dois tipos de Direitos: *a) direitos de*, ou faculdades de comportamentos próprios, aos quais correspondem *proibições*, ou deveres públicos de não fazer, podendo-se citar como exemplos as liberdades fundamentais; e *b) direitos a*, ou, expectativas de comportamentos alheios, aos quais deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

O Estado de Direito liberal se caracterizará, portanto, pela incorporação somente de proibições em seu ordenamento constitucional.

O Estado de Direito Social, por sua vez, restará caracterizado quando, pelo contrário, incorpore também obrigações, que requerem prestações *positivas* em garantia de Direitos sociais.

Muda, contudo, profundamente a estrutura normativa do poder estatal, não, tão somente, limitado negativamente por proibições de impedir e *direitos de*, mas, também, funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer os *direitos a*. Muda, igualmente, a base de legitimação do Estado: enquanto o Estado de Direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito social deve também *melhorá-las*; deve não só não representar para eles um inconveniente, mas ser também uma vantagem.

As garantias liberais ou negativas, baseadas em proibições, servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré políticas de existência: a vida, as liberdades, as imunidades frente aos abusos de poder e, hoje há que se acrescentar, a não nocividade do ar, da água e em geral do ambiente natural; as garantias sociais ou positivas, baseadas em obrigações, permitem pelo contrário pretender ou adquirir condições *sociais* de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e tem como tais uma função conservadora; as segundas se dirigem ao futuro e tem um alcance inovador. FERRAJOLI, op. cit., p. 862.

princípios basilares e a sua diferenciação da dogmática privatista terão um novo desafio: renovar o discurso dogmático construído no Estado Liberal por meio de técnicas e princípios coerentes com a garantia dos direitos fundamentais prestacionais (FORSTHOFF, 1958).

As mudanças foram perceptíveis em várias esferas de atuação do Estado, cabendo destacar, conforme Forsthoff (1958), o aumento de negócios jurídicos dependentes de autorização estatal; a intervenção conformadora do Estado no campo do Direito Privado (leis habitacionais, leis de locação, leis de mutilados de guerra e contrato forçoso de trabalho); a conformação das relações nascidas dos contratos de trabalho; conformação dos *trusts*.

A dificuldade da dogmática do Direito Administrativo (RETORTILLO BAQUER, 2008) apresentar soluções para esta nova realidade que se apresenta está diretamente conectada à compreensão da vinculação da Administração Pública à legalidade e registra um momento de superação:

Começando na primeira guerra mundial, e mais intensamente ainda sob a Constituição de Weimar, a Administração passou a resolver os assuntos administrativos evitando a ordenação soberana e somente segundo os princípios do Direito privado ou por meio de forma de organização nas quais se apresentavam unidos elementos de Direito público e de Direito privado. Estes fenómenos não puderam ser apreendidos com as categorias de Otto Mayer, e há que atribuir a influencia de sua obra que a ciência do direito administrativo necessitasse muito mais tempo antes de perceber que se encontrava perante elementos novos e permanentes de nossa ordem administrativa, nos quais haviam encontrado sua expressão característica e tendências essenciais de desenvolvimento (FORSTHOFF, 1958, p. 91)¹¹.

Os desafios para a dogmática administrativista, portanto, se colocam no campo da superação das visões particularistas, que dominaram o surgimento deste ramo do direito, juntamente com as que resultaram da especialização das atividades da administração pública, e se voltam para o desenvolvimento dos princípios jurídicos e doutrinas gerais e unitárias.

5 A CONTRIBUIÇÃO GARANTISTA PARA A RELEITURA DA VINCULAÇÃO JURIDICA DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

¹¹ “Comenzando en la primera guerra mundial, y más intensamente todavía bajo la Constitución de Weimar, la Administración pasó a resolver los asuntos administrativos evitando la ordenación soberana y sólo según los principios del Derecho privado o por medio de formas de organización en las que se daban unidos elementos de Derecho público y de Derecho privado. Estos fenómenos no pueden ser ya apreendidos con las categorías de Otto Mayer, y hay que atribuir a la influencia de su obra, el que la ciencia del Derecho administrativo necesitase mucho tiempo antes de percibir que aquí se encontraba ante elementos nuevos y permanentes de nuestro orden administrativo, en los cuales habían encontrado su expresión característica tendencias esenciales del desarrollo.”

A teoria da Separação de Poderes, desde o seu surgimento, sempre foi apresentada como um dos fundamentos, em geral o mais relevante, para traçar os limites de independência entre os poderes estatais numa complexa interação entre a separação de poderes e outras teorias constitucionais que predominaram na Inglaterra do século XVII (VILE, 2007).

Uma das teses defendidas por Luigi Ferrajoli no paradigma do Estado Constitucional de Direito parte da constatação de que a clássica divisão de poderes do século XVIII é inadequada para dar conta da complexidade da esfera pública das democracias contemporâneas porque no plano descritivo dos sistemas políticos atuais não se percebe uma separação, mas uma cooperação entre poderes, também porque no plano axiológico a quantidade de funções designadas à esfera pública não é compatível com a tripartição de Montesquieu (FERRAJOLI, 2008).

Nesse último aspecto, as funções designadas para a esfera pública no paradigma do Estado Constitucional de Direito são definidas a partir da "esfera daquilo sobre o que não se pode decidir" e da "esfera daquilo sobre o que se pode decidir".

A "esfera daquilo sobre o que não se pode decidir" é caracterizada pelos direitos fundamentais, aqueles direitos de que todos são titulares por serem pessoas e por serem cidadãos. No âmbito dos direitos das pessoas estão os direitos humanos que alcançam todas as pessoas naturais e os direitos civis, restritos às pessoas naturais com capacidade de agir. No âmbito dos direitos dos cidadãos, encontram-se os direitos públicos que alcançam todos os cidadãos e os direitos políticos, restritos aos cidadãos capazes de agir.

Os direitos fundamentais têm a função de estabelecer as proibições correspondentes aos direitos de liberdade e as obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais, ou seja, os limites e deveres fundamentais ao exercício do Poder. O seu critério de legitimação é o da sujeição à lei e ao Direito, na qual se exercem funções de garantia por meio de instituições também de garantia.

As funções e as instituições de garantia se dividem em funções de garantia e instituições de garantia primária e secundária.

As funções de garantia primária são destinadas à garantia negativa dos direitos de liberdade mediante a verificação e a prevenção dos atos que lhe ameaçam de lesão e a garantia positiva dos direitos sociais sobre a base da verificação dos pressupostos

exigidos para a sua prestação (FERRAJOLI, 2007).

Já as instituições de garantia primária são os órgãos e funcionários encarregados do exercício de funções de garantias primárias (Administração e Gestão de Políticas Públicas).

As funções de garantia secundária são todas as funções jurisdicionais ou para-jurisdicionais voltadas para a verificação e para a sanção ou reparação das violações de uma garantia primária.

Já as instituições de garantia secundária são órgãos e funcionários encarregados do exercício de funções de garantias primárias (Poder Judiciário, Tribunais de Contas, Órgãos de Controle Interno, Ministério Público).

A "esfera daquilo sobre o que se pode decidir" é caracterizada pela discricionariedade política e pelo respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2007). A esfera do decidível, por outro lado, incorpora a gestão e o cuidado dos interesses gerais, e é exercida por meio dos poderes de disposição do Poder Executivo e da produção ou inovação jurídica do Poder Legislativo. Ela é o espaço próprio da ação Política, nos limites da democracia representativa, exercida exclusivamente pela discricionariedade das decisões, caracterizando, assim, as funções e instituições de governo que tem por critérios de legitimação a representação política e o sufrágio (FERRAJOLI, 2007).

Decorre dessa compreensão que o redesenho da separação de poderes deve levar em conta a existência de funções e instituições de governo, próprias da discricionariedade política e de funções e instituições de garantia, próprias da esfera submetida à lei e ao Direito.

Na opinião de Perfecto Adrés Ibáñez (2008), a distinção de planos feita por Ferrajoli oportuniza repensar a esfera pública em seu conjunto. Ou seja, repensar o modo de entender a separação de poderes, tendo em vista dar conta da complexidade do Estado Constitucional vigente e de seus mecanismos de garantia de todos os direitos fundamentais.

Na reformulação defendida por Ferrajoli (2007, p. 864-865) a Separação de Poderes desenvolvida por Montesquieu deve ser entendida como divisão de exercício de competências entre poderes. Ou seja, como princípio organizativo por força do qual funções diversas se especializam:

A 'separação dos poderes' é uma norma de competência relativa às funções de uma instituição, por força da qual os atos com os quais são exercidas as funções por parte de funcionários que delas são investidos supõem a não designação destes e/ou a não edição de atos a eles instrumentais por parte de funcionários de instituições diversas.

Defende ainda o autor de *Principia iuris* que a Divisão do Poder

é uma norma de competência relativa às funções de uma instituição, por força da qual os atos com os quais são exercidas as funções por parte dos funcionários que deles são investidos supõem a designação destes e/ou a comissão de atos a eles instrumentais por parte de outros funcionários (FERRAJOLI, 2007, p. 866).

Esse conceito é entendido como distribuição entre outras instituições da mesma função atribuída apenas a uma mesma instituição e é composto de dois tipos. O primeiro tipo diz respeito ao órgão decisório, ou a "quem" decide e é designado como divisão orgânica do poder:

Denominarei 'divisão orgânica' a divisão que ocorre quando o funcionário competente para uma determinada função seja designado ou não, sobre a base de critérios discricionários, por um outro funcionário do mesmo órgão (neste caso falaremos de divisão intra-orgânica) ou de um órgão diverso (neste caso se falará de divisão inter-orgânica) (FERRAJOLI, 2007, p. 866).

O segundo tipo está relacionado com a formação do ato de exercício do poder, ou com o "como" da decisão e é designado de divisão funcional do poder:

Denominarei, por outro lado, 'divisão funcional' aquela que ocorre quando o ato prescritivo com o qual a função é exercida é fruto de um procedimento (no sentido expressado no § 9.5, da tese T9.20', T9.64 e T9.66) no qual participam funcionários diversos, competentes para emitir, uns o ato prescritivo e outro os atos a esses instrumentais (FERRAJOLI, 2007, p. 866).

Outro aspecto relevante dessa releitura é o que trata da Divisão de Poder e da Separação de Poderes em relação à ideia de representação, entendida como normas de competência com as quais os poderes públicos vem, por um lado, atribuídos e por outro distribuídos.

Segundo essa compreensão, a atribuição e a distribuição dos poderes públicos se dá por meio de dois tipos de representação. A Representação Política, que consiste em norma de competência que atribui a representação orgânica de uma pessoa artificial (pessoa jurídica) ou de um de seus órgãos no que respeita as funções públicas a funcionários eleitos por meio do exercício do direito político de voto. E a Representação Jurídica, existente entre dois sujeitos - dos quais um age em nome e

por conta do outro, de modo que os atos dos representantes são imputados (atribuídos) ao representado. Ambas tem em comum a exclusão de conflito de interesses entre representantes e representados (FERRAJOLI, 2007).

Conclui-se dessa releitura que o quadro institucional da Separação de Poderes comumente aceito e defendido no cotidiano forense - e muitas vezes no cotidiano acadêmico - fundado na concepção de separação absoluta de poderes (nos termos da nossa Constituição, independência entre os poderes) como critério da divisão do poder está em descompasso com o modelo normativo do Estado Constitucional de Direito e lhe nega significativamente a legitimidade do complexo sistema de garantias que se estrutura sobre as bases da separação de poderes, da divisão do poder, da representação política, da representação jurídica, das funções de garantia e das instituições de garantia.

6 CONCLUSÃO

Atualmente a vinculação jurídica da Administração Pública, no âmbito da Dogmática do Direito Administrativo, em geral, é definida por meio do conceito do princípio da legalidade administrativa composto de dois sub princípios: o sub princípio da primazia ou da supremacia da lei sobre os demais atos estatais infraconstitucionais; e o sub princípio da reserva legal que obriga a Administração Pública a atuar somente quando houver lei expressa que assim o determine, consequência da doutrina da Separação dos Poderes própria dos teóricos do Estado Liberal e das experiências históricas concretas deste modelo de Estado de Direito, com destaque para a ordem jurídica do Estado Francês pós revolução.

O advento das Constituições da segunda metade do século passado propicia o surgimento de uma nova concepção de Estado de Direito que nos últimos anos vem sendo denominada de Estado Constitucional de Direito, caracterizada pela rigidez constitucional, pela impossibilidade de alteração e pela sujeição de todos os poderes aos direitos fundamentais.

Uma das abordagens dessa nova concepção, o Garantismo Jurídico, defende que a clássica divisão de poderes do século XVIII é inadequada para dar conta da complexidade da esfera pública das democracias contemporâneas porque no plano descritivo dos sistemas políticos atuais não se percebe uma separação, mas uma

cooperação entre poderes, bem como no plano axiológico a quantidade de funções designadas à esfera pública não é compatível com a tripartição de Montesquieu.

Nesse último aspecto, as funções da esfera pública são definidas a partir da Esfera do que não é permitido decidir e da Esfera do que é permitido decidir. Decorre dessa compreensão que o redesenho da separação de poderes deve levar em conta a existência de funções e instituições de governo, próprias da discricionariedade política e de funções e instituições de garantia, próprias da esfera submetida à lei.

A partir, portanto, das esferas do que se pode decidir politicamente e daquilo que não se pode decidir senão juridicamente pode-se repensar não somente a divisão de poderes, mas também a própria vinculação jurídica da Administração Pública. A submissão à lei no marco teórico do Garantismo Jurídico é uma vinculação à garantia dos direitos fundamentais sob o critério de legitimação formal e substancial que caracterizam o Estado Constitucional de Direito.

7 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. Por Porto Alegre, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 2, p.169-188, jan./mai. 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif – de la Révolution au début des années 1970*. Paris: Presses universitaires de France, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARRACEDO, José Rubio. *Constructivismo, utopia y ética: la legitimación ética del poder*, **Revista de Estudios Políticos**, n. 40, jul./ago. 1984, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CITADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU** - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004.

COSTA, Pietro et. ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*. v. 4 *L'Età dei totalitarismi e della democrazia*. Bari: Laterza, 2001.

DÍAZ, GARCÍA Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Ed. Cuadernos para el diálogo, S.A., 4ª ed., Madrid 1972.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

_____. *Principia iuris: teoría del diritto e della democrazia*. Vol. I. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Brasília: Editora Fórum, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1981.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Escritos Políticos y Sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

LASSALE, Ferdinand. *Manifiesto Obrero y otros escritos políticos*. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

MACIEL, Débora Alves et KORNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises, *Lua Nova*, nº 57, São Paulo, 2002, pp. 113-133.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Constrole jurisdicional da administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 1987.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. (Reimpressão da edição de maio de 2003). Coimbra: Almedina, 2007.

RITTER, Gerhard A. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madrid: Ministerio do Trabajo y Seguridad Social, 1991.

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"*. Acessado em 04/05/2008. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/>

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. *RDA*, São Paulo, Seleção Histórica, p. 189-203, 1995.

SOARES, Rogério E. Princípio da legalidade e Administração constitutiva, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LVII (1981), p. 169 e ss.

STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany, 1800-1914*. New York: Bregan Books, 2001.

VIANNA, Luiz Verneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.15

VIANNA, Luiz Verneck. Poder Judiciário, "Positivização do Direito Natural" e Política, Rio de Janeiro, *Estudos Históricos*, n. 18, p. 1-20, 1996.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bologna: Real Colegio de España, 1975.

VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.