

## Constitucionalismo democrático e direito administrativo: frustrações e perspectivas

Leonel Ohlweiler

### Introdução

O tema sobre as possíveis relações entre Constituição e Direito Administrativo não é novo, mas ainda suscita dúvidas e angústias. Será realmente possível laborar com uma Administração Pública mergulhada no horizonte de sentido da Constituição? Até que ponto, no Brasil, o constitucionalismo aconteceu em grau suficiente para abarcar as práticas cotidianas dos agentes públicos? Tais questionamentos serão debatidos ao longo deste texto. As relações entre Constituição e Administração Pública sempre foram problemáticas no Brasil, certamente muito em virtude dos constantes ataques à democracia pátria. No entanto, na medida em que desde 1988 um novo modo de ser foi inaugurado, como fazer acontecer a constitucionalização das ações administrativas?

Inicialmente, o debate exige a imersão na historicidade do Direito Administrativo e, por consequência, da Administração Pública no Brasil, debatendo-se o constante em nossa história, qual seja, a desvinculação entre práticas administrativas e garantia dos direitos dos cidadãos. Muito embora a constitucionalização tenha exercido certa influência da Administração Pública a partir de 1824, constata-se que nas sucessivas constituições havia grande distanciamento entre o texto e o sentido de constituição das práticas dos agentes públicos. Após, faz-se mister retomar a questão do neoconstitucionalismo e os seus reflexos nas ações administrativas, debatendo-se as condições necessárias para aprofundar o grau de constitucionalidade das competências administrativas, admitindo, inclusive, as perplexidades deste processo.

### **I O mundo da vida na *terrae brasilis*: a baixa constitucionalidade na historicidade do direito administrativo**

O modo de ser do Direito Administrativo no Brasil, desde seus vestígios mais remotos e dignos de nota (século XVI), não fugiu ao paradoxo presente na historicidade deste campo do Direito. Corolário, a esclarecedora e sedutora história do surgimento do Direito Administrativo como instrumento de garantia dos direitos dos cidadãos e limitação dos poderes administrativos, na *terrae brasilis* também não passou de ilusão. Aliás, a estrutura administrativa que sempre reinou no Brasil somente contribuiu para erigir um regime administrativo voltado para reafirmar a posição de privilégios da Administração Pública.

É claro, não se pode ignorar que na própria historicidade do Direito Administrativo, há vários mitos tentando construir sentidos de um surgimento da disciplina para garantir os direitos dos cidadãos. A título de exemplo, em diversos momentos, o interesse público foi tido como elemento dogmático para justificar a construção de certos institutos. A noção corrente de legalidade, por sua vez, é outro equívoco, não se constituindo como elemento da gênese de garantia desta disciplina, como destaca Gustavo Binbenojm:

“o direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d’Etat*, que tornaram viáveis soluções diversas da que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento”.<sup>1</sup>

Portanto, o surgimento de um direito especial para garantir as relações entre cidadãos e Administração Pública, justificada pelo interesse público, em última análise, nos primórdios de construção do campo dogmático do Direito Administrativo, desencadeou uma série de elementos de privilégio para os entes públicos. Logo, o foco não foi o cidadão, mas o fortalecimento do Poder Executivo que seria detentor da função de construir o direito aplicável, ou seja, legislar sobre tal espécie de relação. Mas, como se não bastasse, ao Executivo também caberia a função primordial de julgar a própria administração, sob o fundamento da separação de poderes. No entanto, “a invocação do princípio da separação de poderes foi um simples pretexto, mera figura de retórica, visando a atingir o objetivo de alargar a esfera de liberdade decisória da Administração, tornando-a imune a qualquer controle judicial”.<sup>2</sup> Ora, trazer à tona estes elementos importantes para bem dimensionar as inexoráveis frustrações do Direito Administrativo e as perspectivas de sua democratização, exige este olhar crítico.

Daí a importância deste mergulho no passado, vislumbrando o fenômeno histórico não sob o olhar da historiografia, mas como *locus* privilegiado para refletir as mudanças sociais, políticas e econômicas que engendraram formas diversas de caracterizar o Direito Administrativo.<sup>3</sup> Trata-se, assim, de investigar uma consciência histórica, capaz de possibilitar o entendimento crítico dos institutos referentes à Administração Pública. Nunca se pode olvidar que o Direito de um modo geral possui uma forma de acontecer temporal e historicamente determinada. Logo, a inserção do jurista e dos operadores do direito na tradição leva à diversidade de compreensão com relação ao jurídico. Como bem destaca Ernildo Stein, a historicidade do homem é fundamental para constantemente revisar o conjunto de horizontes históricos,<sup>4</sup> e refletir sobre os horizontes de sentido da história e o próprio horizonte de sentido leva à abertura das possibilidades.

Para as finalidades aqui propostas, a consciência histórica será determinante para o ato de refletir os condicionantes da tradição que moldam a orientação de sentido dos institutos do Direito Administrativo. De outra banda, considerando não haver um Direito a-histórico e fixista, esta consciência leva à reformulação contínua de projeções futuras. Para Ernildo Stein, “na medida em que penetramos com lucidez na tradição, libertamos dela possibilidades para nosso projeto histórico no futuro. É por isso que a consciência histórica é tão importante para a descoberta da verdadeira posição diante da história”.<sup>5</sup>

Adotando tais premissas, é curial destacar que o início da estruturação administrativa no Brasil relacionou-se com a necessidade de defender a colônia de invasores, erguendo-se feitorias nos pontos mais estratégicos do litoral.<sup>6</sup> A partir de 1534 funda-se o sistema de colonização nominado de “Capitanias Hereditárias”, consistindo na delegação, por parte do Império, aos particulares, o empreendimento exploratório, dividindo o território da colônia em grandes extensões nas quais os

donatários possuíam a posse do solo com a obrigação de cultivá-lo, pagando um rendimento à Coroa.<sup>7</sup> Para Raimundo Faoro,

“as capitanias, constituídas na base do sistema político-administrativo do reino, com as adaptações sugeridas pela extensão brasileira, assentavam sobre a carta de doação e o foral. Pela carta de doação fazia el rei mercê da capitania de determinada porção de território, abrangendo nessa mercê hereditária a concessão de importantes atributos da autoridade soberana. Posteriormente era dado à capitania um foral, no qual se fixavam, consoante o próprio formulário desses diplomas, os direitos, foros, tributos e coisas que na respectiva terra se haviam de pagar ao rei e ao capitão donatário”.<sup>8</sup>

Os donatários exerciam as atividades atinentes à administração, legislação e distribuição da justiça, podendo, por exemplo, lançar e cobrar contribuições, fundar povoações, nomear funcionários, além da atividade judicial no cível e no crime. Não se pode olvidar, nesta época o direito vigente era o das Ordenações Manuelinas de 1521 e os donatários recebiam uma carta de doação da Coroa Portuguesa com a autorização para a expedição dos “foraes”.

Uma vez fracassada a tentativa de organização territorial com as Capitanias Hereditárias, Portugal instituiu na colônia em 1548 o regime de Governo-Geral. O primeiro Governador-Geral foi Tomé de Souza, cuja função, dentre outras, seria a de uniformizar a administração em todo o país, além de impor certos limites aos capitães-donatários, quase soberanos, bem como combater a indisciplina reinante em todas as capitanias.<sup>9</sup> No entendimento de Edson Aguiar de Vasconcelos trata-se da época de políticas arbitrárias, considerando a ausência de controle mais efetivo por parte da Metrópole, decorrência da própria distância com o poder central. Este fator foi determinante para a atuação das autoridades locais com inteira liberdade, sem temor de sanções, situação esta modificada apenas a partir do temor de perda do território da colônia, além da influência exercida pela Restauração ocorrida em 1640.<sup>10</sup> Considerando as injunções políticas e econômicas da época, com os governos colonizadores mais preocupados em garantir domínios, cujas práticas eram pouco alcançadas pelo Direito, muitos não consideram possível falar-se na existência de Direito Administrativo neste período. Os postulados dogmáticos, capazes de determinar a construção da disciplina, mesmo que envoltos em sentidos de mito, vão surgir posteriormente.

De qualquer sorte, a obsessão racionalista da época, aliada aos postulados jusnaturalistas, constituíram o ambiente natural para a eclosão de um novo tipo de Estado, mas que, em absoluto, pode ser compreendido dentro da perspectiva evolucionista. Não se pode olvidar, cada estrutura organizacional do Estado está diretamente relacionada com o conjunto de poderes destinado a instalar as condições necessárias para o seu pleno desenvolvimento. O mundo ocidental, impregnado pelo ideário capitalista, neste período, exigiu a criação de formas “racionalis de poder”, com o objetivo de concretizar o ideal moderno de segurança. Por certo, já não era possível contar com o mesmo instrumental da época medieval, calcado fundamentalmente na autoridade mágica do texto, revelado pelas glosas e comentários de doutores.<sup>11</sup> Uma nova instância de legitimidade e

segurança do direito precisava ser buscada, sendo que as teorizações jusracionalistas deixam transparecer a necessidade de uma instância legislativa, considerando a preponderância da chamada vontade geral.

A concepção racionalista predominante nesta época traz outra conseqüência para as Ciências Jurídicas, o que, por óbvio, acabará influenciando a compreensão de Direito Administrativo: a substituição do fundamento dogmático da autoridade pela filosofia jurídica do método. Assim, a teorização dogmática-racionalista entende perfeitamente possível “descobrir mediante a razão os princípios básicos de uma legislação perfeita; senão que, ademais, permite supor que o intérprete pode chegar a concretar hermeneuticamente essa legislação através de procedimentos lógico-formais”.<sup>12</sup> Na estruturação do conhecimento jurídico-administrativo brasileiro o seu proceder antecipador,<sup>13</sup> ou seja, o âmbito aberto pela investigação deste fenômeno jurídico fincou suas bases no paradigma positivista, tão a gosto dos juristas de então.

O panorama racionalista influenciou as idéias sobre Administração Pública em Portugal, desenvolvendo-se a postura de repartição de atribuições entre órgãos criados pelo Estado. A partir daí, houve uma presença mais marcante do Estado Português sobre o Brasil, não se aceitando certas políticas privatistas do passado e atuando-se de modo a refrear os ímpetus senhoriais.<sup>14</sup> A partir deste desiderato de maior controle, segundo Raimundo Faoro, foi criada a figura do Município: “na verdade, o município, na viva lembrança dos êxitos da monarquia, foi instrumento vigoroso, eficaz, combativo para frear os excessos da aristocracia e para arrecadar tributos e rendas”.<sup>15</sup> Tratava-se, assim, de conferir controladamente parcela de liberdade ao âmbito local, considerando o caráter compensador de institucionalizar interessante mecanismo de arrecadação. Na época do Brasil-Colônia, assumiu importância o Conselho Ultramarino, antigo Conselho das Índias, estabelecido no Reino pelo Regimento de 14 de julho de 1642, concentrando a superintendência de todos os negócios administrativos do Brasil nos séculos XVI e XVII.<sup>16</sup>

Sobre as relações entre os ocupantes de funções públicas no Brasil-Colônia e a comunidade, mais uma vez, vale citar as palavras de Raimundo Faoro:

“A objetividade, a impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro; do distante e incerto futuro. Agora, o sistema é o do manda quem pode e obedece quem tem juízo, aberto o acesso ao apelo retificador do rei somente aos poderosos. O funcionamento é a sombra do rei, e o rei tudo pode: o Estado pré-liberal não admite a fortaleza dos direitos individuais, armados contra o despotismo e o arbítrio”.<sup>17</sup>

Como se pode constatar, o lento crescimento das relações entre Administração e cidadãos no Brasil foi marcado pelo baixo nível de defesa das coisas da comunidade, do interesse público, mas orientado pelo poder absoluto.

No que tange à Administração Pública brasileira no período do Império, é crível dizer, já havia uma

administração pública organizada, mas submetida ao Direito Privado. Com a vinda da família real para a colônia em 1808 houve um estado de ânimo voltado para o progresso, procedendo-se, como uma das primeiras medidas administrativas, a abertura dos Portos, por meio de Carta Régia, decretando-se, ainda, a liberdade do comércio e da indústria manufatureira.<sup>18</sup> Verifica-se o influxo do pensamento liberal na estrutura jurídico-político e ideológica do Brasil, com o fulcro de moldar um novo Estado, de modo a criar condições de possibilidade para superar o modelo estatal absolutista. Com a elevação do Brasil em 1818 à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarve, paulatinamente, possibilita-se a abolição das velhas engrenagens da administração colonial,<sup>19</sup> o que não vai significar, necessariamente, uma Administração mais impessoal e capacitada para garantir direitos dos cidadãos.

Com o Decreto de 22 de abril de 1821, por exemplo, são conferidos amplos poderes para D. Pedro I, em especial, os de resolver todas as consultas relativas à Administração Pública. Tal situação modifica-se com a declaração das Cortes de Lisboa em 24 de abril, no sentido de que os governos provinciais do Brasil seriam independentes do Rio de Janeiro e sujeitos apenas aos tribunais de Portugal.<sup>20</sup> Trata-se, assim, do processo de instauração da crise política entre Brasil e Portugal, culminando com a declaração da independência em 7 de setembro de 1822.

Com a Constituição Imperial de 1824, o constitucionalismo passou a exercer papel importante na construção do modelo de Administração Pública para o Brasil, muito embora os atos de descumprimento por parte dos poderes públicos. Esta Carta Constitucional, com considerável influência do liberalismo político, adotou o sistema de divisão de poderes – além do Legislativo, Executivo e Judiciário acrescentou-se o Moderador – e garantiu os direitos políticos e civis dos cidadãos. Cabe destacar a instituição do Conselho de Estado, cuja criação foi determinada pelo artigo 137 da Constituição, exercendo a função de assessoramento em matérias relevantes, tanto de índole política, como administrativa.<sup>21</sup> Muito embora tenha contribuído para a resolução de litígios envolvendo a Administração, sua atuação tornou evidente a premissa anteriormente exposta, qual seja, a Administração controlou durante parte de sua história não apenas o direito capaz de regular tais relações, mas o modo de resolver os problemas administrativos.

Muito embora o Brasil tenha sofrido os efeitos do pensamento liberal, como já mencionado, elemento estrutural do regime administrativo francês, não se chegou a consolidar aqui um verdadeiro Sistema Administrativo, conseqüência de uma justiça administrativa, separada do Poder Judiciário. Tal fato foi conseqüência da atuação do Conselho de Estado, marcada por embates políticos, considerado pelos liberais como órgão conservador.<sup>22</sup>

No ano de 1856, afigura-se como marco importante a instalação da cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, na Faculdade de Direito de São Paulo. Em 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República, influenciada pelas revoluções americana e francesa, ocorre a supressão do Poder Moderador, bem como do Conselho de Estado, mas ainda permanece a postura política de centralização do poder, como alude Edson Aguiar de Vasconcelos: “Organizado o Governo Provisório, banida a família imperial, conservou o poder central, inicialmente, grande soma de autoridade”,<sup>23</sup> devendo-se destacar em 7 de novembro de 1890 a criação do Tribunal de Contas para controle das despesas públicas.<sup>24</sup> Com a Constituição de 1891, o Brasil assumiu uma organização como República e Federação, havendo, sobretudo, a partir de 1930 o considerável crescimento da burocracia da Administração Pública, aumentando-se o número de Ministérios e de

seus órgãos. Não se pode olvidar, considerando a influência do constitucionalismo sobre a atividade administrativa, a Constituição de 1890 adotou o modelo de controle de constitucionalidade influenciado pela matriz norte-americana, muito embora não tivesse instituído o sistema de vinculação aos precedentes. Em contrapartida, o regime de administração pública, continuava compreendido a partir das características do modelo francês, mas sem a Justiça Administrativa, considerando a função de controlar a Administração Pública exercida pelo Poder Judiciário.<sup>25</sup>

Por óbvio, não se constitui este espaço, o *locus* para o devido aprofundamento da análise do quadro político e institucional da República brasileira. De qualquer sorte, deve-se aludir não ser crível falar em efetividade das políticas liberais, pois a República representou o abandono da concepção aristocrática de Governo por uma concepção burguesa, de caráter oligárquico,<sup>26</sup> não sendo o liberalismo elemento presente na vida política governamental.

Visualizando o cenário internacional, o modelo de Estado liberal, marcado pela objetificação sistemática e racionalista, voltando sua estrutura administrativa para salvaguardar a liberdade e a propriedade, sofre profunda modificação com a inserção de um componente; por óbvio já presente, mas em menor grau, e que agora resta acentuado, qual seja, a questão social. O Estado na medida em que passou a realizar variadas intervenções, como manter os desamparados, revigorar as oficinas públicas, criar a legislação sobre o trabalho de menores, regulação da jornada de trabalho, etc.,<sup>27</sup> necessitou entabular a imperiosa mutação em sua forma de exercício de poderes e limitações administrativas, propiciando-se o surgimento de um tipo diferenciado de ente estatal, marcado pela filosofia de justiça social e solidariedade. Trata-se do *Welfare State*, cuja problematização será realizada com o intuito de que o operador do direito possa dar-se conta de como, em especial no Brasil, as promessas da modernidade não foram cumpridas, não sendo crível falar-se no esgotamento de um modelo que sequer chegou a ser, de fato, implementado.

Faz-se mister aludir a evolução constatada no Direito Administrativo pátrio com a Constituição de 1934. Como já aludido, sem a pretensão de esgotar a multiplicidade de aspectos históricos determinantes da atividade administrativa nacional, não se pode deixar de referir as dificuldades apresentadas no período de toda a República Velha, pois como bem esclarece Edson Aguiar de Vasconcelos,

“a Administração Pública brasileira padeceu de deficientíssima estruturação institucional, porque os chefes do Poder Executivo, dos três níveis federativos, eram, quase todos, eleitos de maneira viciada e alinhavam com as oligarquias locais, vinculadas, por sua vez, à Presidência da República, formando uma rede política de interesses, que se alojava e refletia na atuação administrativa”.<sup>28</sup>

De qualquer sorte, é nota importante a configuração social-democrata da Constituição de 1934, fruto do imaginário social difundido após a 1ª Guerra Mundial, levando a edição de diversos textos infraconstitucionais direcionados para a materialização de políticas de intervenção nos âmbitos social e econômico, como o Código de Caça e Pesca, de Minas e de Águas, além da criação de Institutos de Aposentadorias e Pensões, etc.

Os efeitos deletérios da postura autoritária da atuação administrativa, culminando com o regime ditatorial de 1937, impediram a realização democrática do Estado Social em sua plenitude. O Presidente Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937, tida como texto de notável construção jurídica, mas editado para não ser aplicado.<sup>29</sup> Constata-se como fenômeno administrativo, decorrência da exigência crescente de realização de tarefas públicas, a institucionalização de mecanismos de descentralização administrativa, iniciada com a criação de autarquias e, posteriormente, entidades com personalidade de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista. Em 1946, com a nova Constituição Federal e a redemocratização do país, no plano formal do texto constitucional, continua-se a adotar a postura voltada para a questão social, muito embora tivesse sentido liberal.<sup>30</sup> A democracia pátria não tardou em mergulhar, novamente, nas águas da ditadura, pois em 31 de março de 1964 é deposto o Presidente da República João Goulart instituindo-se no Brasil o governo militar. A Constituição de 1967 reforçou a tendência da época de concentração do poder nas mãos do Poder Executivo, sendo que todos estes desvios do ideal democrático contribuíram para a não implementação dos objetivos do Estado Social. A democracia irá retornar como grande esperança dos cidadãos brasileiros para a realização de um projeto social somente em 1988.

A Constituição Federal em vigor, editada em 1988, dedicou especial atenção para a conformação constitucional da Administração Pública, estabelecendo Capítulo específico sobre a matéria (Capítulo VII, do Título III) e positivando no plano constitucional o conjunto de princípios a serem obedecidos pela Administração Pública Direta e Indireta. Restaram revigoradas, portanto, as condições de possibilidade de um Direito Administrativo compreendido a partir de normas constitucionais. Outrossim, o artigo 5º, inciso XXXV, reafirmou a tese sobre a importância do controle jurisdicional em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito, sem falar nos diversos direitos e garantias fundamentais assegurados aos cidadãos. Efetivamente, não se pretende aqui explicitar todas as conseqüências da edição do texto constitucional de 1988, mas, tão-somente, firmar posição no sentido da importância da projeção constitucional do Direito Administrativo, cujos reflexos serão detectados na construção de princípios específicos, bem como no processo de aplicação.

A Administração Pública, como estrutura fundamental para materializar o Estado Democrático de Direito, assumiu a configuração voltada para a realização de diversas atividades nos planos cultural, social, saúde, assistência aos desamparados, erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico, etc. Tal postura contrariou algumas posições já consolidadas antes do texto constitucional de 1988, no sentido de ser necessário diminuir a estrutura administrativa e reduzir a atividade prestacional do Estado.<sup>31</sup> Por meio da posição oficial de buscar maior eficiência para a Administração Pública, tem-se estabelecido no Brasil a idéia de concretizar a chamada "Reforma Administrativa", culminando, além dos processos de privatização de empresas estatais, com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98. O Direito Administrativo ainda sofreria alterações significativas no plano das sucessivas emendas constitucionais, adequando às dificuldades financeiras o regime de previdência dos servidores públicos.

A questão que perpassa este contínuo processo de constitucionalização do Direito Administrativo, no entanto, reside na baixa constitucionalidade das práticas da Administração Pública, exigindo-se revisitar a questão constitucional e projetar novas condições de possibilidade.

## **II Novas condições de possibilidade para o acontecer constitucional do Direito Administrativo: a democratização da Administração Pública**

Dimensionando o que acima foi dito, repensar o acontecer constitucional do Direito Administrativo exige mergulhar nas conseqüências do nominado neoconstitucionalismo, superando-se, assim, as vetustas teorizações positivistas que ainda impregnam as relações entre cidadãos e Administração Pública. No item anterior abordou-se o processo de inserção constitucional do regime administrativo. Mas, a fim de melhor avaliar as alternativas para tornar mais efetivas tais previsões constitucionais, é curial indagar o que se compreende como constitucionalização do Direito Administrativo? Adianta-se, de plano, que um dos graves problemas deste ramo do direito foi suas insuficiências teóricas para lidar com as importantes questões colocadas pelo constitucionalismo do século XX.

A constitucionalização do Direito Administrativo é um processo de transformação, resultando na impregnação total pelas normas constitucionais, conforme destaca Ricardo Guastini.<sup>32</sup> Corolário, a democratização constitucional deste campo do Direito impõe a constitucionalização de todos os espaços de decisão administrativa, não sendo crível falar-se em margens de liberdade imunes a algum grau de incidência constitucional. Aceitar a tese da imunidade do poder administrativo, especialmente num país periférico como o Brasil, infelizmente determina o aumento do grau de patrimonialismo, já presente em grau suficientemente preocupante. Hodiernamente, faz-se mister abandonar certos discursos divorciado do nosso modo-de-ser administrativo, isto é, um amplo espaço de decisão marcado pelo clientelismo e falta de padrão moral, constitucionalmente falando. Um dos equívocos de juristas e operadores do direito foi acreditar na constitucionalização como ato isolado de institucionalização. Como bem destacado pelo autor supra, a constitucionalização não é mero ato, mas autêntico processo de transformação, permanente construção de sentidos constitucionais capazes de dotar o texto constitucional de maior efetividade.<sup>33</sup>

Portanto, e talvez na contramão de alguns discursos surgidos no Brasil, urge ultrapassar as vetustas concepções fundadas em dicotomias, como a que labora com as competências administrativas vinculadas e discricionárias. Tal postura teórica determina a objetificação do pensamento, como se fosse possível isolar as práticas da Administração dos sentidos constitucionais. Assume-se aqui o posicionamento de constitucionalização gradual das competências administrativas, seguindo-se o pensamento de Ricardo Guastini com relação ao ordenamento jurídico: *la constitucionalización es una cuestión de grado en el sentido de que un ordenamiento jurídico puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento.*<sup>34</sup>

Na órbita do Direito Administrativo, deve-se destacar a posição de Gustavo Binbenbojm relativamente à necessidade de superar a dicotomia ato vinculado e ato discricionário, decorrente do aprofundamento constitucional e da conseqüente principalização do direito. Aduz de forma expressa:

“como se vê, essa principalização do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade. Em outras palavras,



essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre *ato administrativo vinculado* e o *ato administrativo discricionário*, sendo a diferença o grau de vinculação”.<sup>35</sup>

Adotando-se esta visão de superação da mencionada dicotomia, é importante destacar a necessidade de construir melhores condições fenomenológicas para a constitucionalização do exercício das competências administrativas. Tal postura relaciona-se com a problematização do Direito Administrativo a partir de suas condições concretas e históricas, de modo a abrir horizontes de sentido para evitar a institucionalização de práticas arbitrárias dos agentes públicos.

Portanto, é crível concluir que o Direito Administrativo brasileiro, no intuito de dotar-se de maior efetividade constitucional, exige um novo modo de produção, cujos indicativos podem ser apontados, como bem explicitado pelo autor aludido acima: (a) a existência de uma Constituição rígida não oferece maiores dificuldades, frente ao sistema constitucional adotado pelo Brasil com relação ao procedimento especial de alteração do texto constitucional. De qualquer sorte, é salutar para um Direito Administrativo impregnado pelo sentido de Constituição a existência de alguns princípios e regras imunes a tal procedimento de reforma constitucional. Daí, passível de críticas as sucessivas reformas constitucionais que, de algum modo ou outro, instauraram no âmbito da Administração Pública verdadeiro caos constitucional, infelizmente soprando na direção de ventos reformistas.

O mais grave disto é o seguinte: não há como aumentar o grau de constitucionalização das práticas administrativas sem o tempo necessário para construir uma cultura de sentido constitucional. Neste ponto, são precisas as palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha quando coloca a imperiosidade de compreender a atividade do poder constituinte reformador como limitada material e formalmente, cujos limites foram desenhados pelo constituinte originário. Segundo a atual ministra do Supremo Tribunal Federal:

“Este poder assim limitado e que se caracteriza tão tranqüilamente, segundo entende a teoria da Constituição e tem sido acolhido pela prática constitucional em todo o mundo e em todas as experiências contemporâneas, é o que pode manter a Constituição mudando-a. Mas permanecer com a alteração que garante, que atualiza, que torna a Constituição obra dos presentes pela ponte com o passado, não a que destrói o passado para tornar o presente um momento inseqüente que não garante os seus laços de nacionalismo e nacionalidade da pátria de um povo. E pátria não é momento, é história [...] A história pede compromissos éticos de uma com outra geração”.<sup>36</sup>

Eis um dos aspectos de grande frustração no campo do Direito Administrativo, as reformas constitucionais não são dotadas de postura dialógica com o passado, mas decorrentes de posição políticas e estratégias de governos que passam.

Outro indicador do grau de constitucionalização é a (b) a garantia jurisdicional da Constituição e o controle constitucional das decisões administrativas, pois somente com o Poder Judiciário comprometido com o olhar constitucional sobre as práticas administrativas será possível avançar na questão da constitucionalização do Direito Administrativo. Como bem menciona José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, utilizando as palavras de Lorenzo Martín-Retorrillo, interiorizar a Constituição na jurisprudência requer dos juízes, verdadeiros garantidores da sujeição à ordem constitucional dos poderes públicos administrativos, uma especial capacitação constitucional, uma responsável dedicação, exigindo a devida “aprendizagem constitucional”.<sup>37</sup> Trata-se, portanto, de nova postura a ser assumida por parte do Poder Judiciário ao exercer o controle sobre os atos oriundos da Administração Pública, sejam eles de caráter regulamentar ou meramente executores de indicações legais. É importante superar vetustas concepções sobre a separação de poderes. Não se defende, por óbvio, a missão de o Poder Judiciário substituir-se ao administrador na gestão da coisa pública, mas controlar os sentidos administrativos, obrigatoriamente materializações da Constituição, não restando espaço de decisão administrativa desvinculada de um mínimo de incidência constitucional. Corolário do mencionado anteriormente, não se fala em decisões da Administração Pública sujeitas ao controle de constitucionalidade e decisões não sujeitas, mas em graus de controle de constitucionalidade do exercício das competências discricionárias, determinados em cada caso concreto.

No entendimento de Ricardo Guastinni, outra condição de constitucionalização é (c) a força vinculante da Constituição. Ou seja, é imperioso ultrapassar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais segundo os quais a Constituição não é mais que um manifesto político, cuja concretização é tarefa exclusiva do legislador. Muito embora pareça até desnecessária esta observação, diante do atual estágio de evolução do pensamento constitucional, em termos de efetividade constitucional, impregnando as práticas administrativas, há muito por fazer. Para o constitucionalista citado, *pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuína, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos*.<sup>38</sup> A Administração Pública, desta forma, tanto no plano de suas relações internas com os agentes públicos, como sob a perspectiva do relacionamento com os cidadãos, deve primar pela força vinculante da Constituição.

Agora, o constitucionalismo aqui defendido não é ingênuo, ao ponto de apostar todas suas expectativas no texto. Por esta razão, a (d) “*sobreinterpretación*” da Constituição é condição inexorável de tal processo, ou seja, a constitucionalização do Direito Administrativo depende da postura dos intérpretes, agentes públicos e operadores do direito frente à Constituição. Este é um dos graves problemas que assola a Administração Pública brasileira, qual seja, o baixo nível de constitucionalidade das ações administrativas. É curial, especialmente por parte dos gestores da coisa pública, compreender que a Constituição é matriz privilegiada de sentido do ordenamento jurídico, unindo o político e o jurídico, isto é, um espaço no qual se fundamenta o sentido das práticas do Direito, como bem destaca Lenio Luiz Streck.<sup>39</sup>

A Administração Pública, não se pode olvidar, sob determinada dimensão é o conjunto organizado de serviços públicos. Aqui a constitucionalização impõe construir uma rede de prestação de serviços públicos capaz de realizar os fins do Estado Constitucional. Como aludido, não há dúvida do caráter de supremacia da Constituição, mas o Direito Administrativo não pode desconsiderar

que os sentidos construídos na via administrativa também exercem certa influência no plano da Constituição, contribuindo para a expansão do constitucionalismo ou o agravamento da sua força. Sobre o tema, Rafael Bielsa já advertia que a Constituição influencia a Administração e vice-versa, pois *según la Administración sea sabia y ordenada, o no lo sea, ella asegurará o arruinará la Constitución misma, y, por ende, al Estado*.<sup>40</sup>

É interessante a observação de Hartmut Maurer sobre as relações entre Direito Administrativo e a Constituição: “Ela conduziu a transformações profundas, à recusa de concepções jurídicas tradicionais e ao reconhecimento de novos institutos jurídicos”,<sup>41</sup> destacando, inclusive, o papel importante que a doutrina e jurisprudência assumiram, ora com postura dirigente e, até mesmo, por vezes, de ruptura decisiva. Analisando o papel que no Brasil a doutrina e a jurisprudência desempenharam ao longo destes últimos anos de constitucionalismo democrático, por vezes, é animador, mas, em diversos aspectos, frustra algumas expectativas. Como bem destacam Hans J. Wolf, Otto Bachof e Rolf Stober, a Constituição tem que ser capaz de regular a estrutura jurídica fundamental e fixar os seus limites no sentido de um *genetic code*.<sup>42</sup> De outra banda, a permanente dependência constitucional da Administração surge no fato de toda a decisão administrativa ser potencialmente uma decisão constitucional. Estes são elementos que devem ocupar, de forma permanente, o imaginário dos responsáveis pela construção do Direito Administrativo.

## Conclusão

A título de considerações finais, não se pode deixar de considerar na compreensão do Direito Administrativo a forte carga autoritária com alto grau de presença na sua historicidade. Ultrapassado o mito do surgimento deste campo do Direito para garantir o cidadão, a cortina dogmática abre-se para o mais profundo paradoxo: a realização de fins públicos, mas sem interferir indevidamente nas esferas dos cidadãos. De outra banda, o cidadão em sua individualidade não deve ser um ente isolado e distanciado da comunidade. A Administração Pública moderna tem o importante papel de construir espaços de cidadania, ao contrário do seu secular mister de impor uma vontade de autoridade.

A constitucionalização não deve atuar apenas no plano simbólico, mas constituir-se em força motriz da mudança de paradigmas, como adverte Gustavo Binenbojm:

“a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo. A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional”.<sup>43</sup>

Com efeito, estes 20 anos de constitucionalismo democrático, se por um lado determinaram novas práticas na Administração Pública, por outro explicitaram uma latente incapacidade institucional

para imprimir a marca constitucional nas ações administrativas.

Não se poderia deixar de referir o frustrante tratamento dado ao princípio republicano, pois “no seu significado originário, o princípio republicano exige que a Administração actue exclusivamente no interesse colectivo, da *res publica*, e que a sua actuação se oriente pelo bem comum, pelo melhor para a comunidade”.<sup>44</sup> Nos últimos anos, infelizmente, tem-se observado o contrário deste princípio, a defesa da *res privata*, em diversos segmentos da Administração Pública, muito embora os esforços para o constitucionalismo alcançar estes espaços.

É óbvio, como destacado anteriormente, o constitucionalismo é um processo, um constante processo. Para a Administração Pública pátria resta dar-se conta que o *locus* constitucional ainda é o melhor campo de legitimação das decisões jurídico-políticas. É crucial, portanto, dimensionar os reflexos do constitucionalismo democrático da Administração Pública sob algumas perspectivas, como a organizacional, a institucional, e a substancial.<sup>45</sup> Não se pode crer no aumento das práticas constitucionais se a Administração Pública não é dotada de uma estrutura organizacional capaz de realizar os fins constitucionalmente previstos. É fundamental uma estrutura administrativa que possa alcançar os cidadãos, possibilitando a realização dos serviços públicos.<sup>46</sup> De outra banda, especialmente no que tange ao princípio republicano, sem a devida organização de controle, é inviável falar em constitucionalização. O que se tem observado, no entanto, na estruturação organizacional da Administração, é a defesa de interesses pessoais, ou a construção de espaços públicos e estatais para acomodar interesses partidários.

Sob a perspectiva institucional, é inexorável para melhor realizar o processo de constitucionalização da Administração Pública, repensar as instituições que a compõem, modernizando-as e tornando-as mais eficientes. Uma vez recomposta a organização administrativa, é imprescindível dotar as instituições de caráter profissional, diminuindo-se o peso político (partidário) na sua atuação. A título de referência, muito embora haja uma estrutura organizacional razoável, a atuação das instituições responsáveis pelo controle interno da Administração é de duvidosa eficiência, muito pelo alto grau de elemento político-partidário nas suas escolhas.

Por fim, no que tange ao aspecto substancial, é preciso repensar as finalidades desenvolvidas pela Administração, aprofundando o controle exercido sobre as decisões administrativas. Vale lembrar as observações de Juarez Feitas, para quem “o Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas”.<sup>47</sup> Este é um elemento importante, inserir no debate do Direito Administrativo a Constituição, com seus princípios, regras e valores, repensando a legitimidade das decisões dos agentes públicos, tanto no modo de construção interna, como no relacionamento com os cidadãos.

## Referências Bibliográficas

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e globalização. Lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Lajouaney Cia. Libreros y Editores, 1938. Tomo I.

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BURKE, Peter. *A escrita da história: novas perspectivas*. São Paulo: UNESP, 1999.
- CUNHA, Mário Wagner Vieira da. *O sistema administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais – Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos, 1963.
- DROMI, Roberto. *Modernización del Control Público*. Madrid-México: Editorial Hispania Libros, 2005.
- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FLEIUSS, Max. *História administrativa do Brasil*. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1922.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La Teoria del Derecho en tempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- GARCIA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.
- GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. La época de la imagen del mundo. In: HEIDEGGER, Martin *Caminos de Bosque*. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 63-90.
- MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.) *Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- OHLWEILER, Leonel. *Dos motivos à motivação dos atos administrativos como dever de ponderação: uma análise a partir da viragem hermenêutica*. *Revista da AJURIS* Porto Alegre, ano XXXIV, n. 107, p. 171-187, set. 2007.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Reforma total da Constituição. Remédio ou suicídio constitucional? In: SAMPAIO, João Adércio Leite (Org.) *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel Bandrés. *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- STEIN, Ernildo. *História e ideologia*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de *Direito administrativo brasileiro: origem, evolução e perspectiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf *Direito administrativo*. Lisboa: Gulbenkian, 2006. v. 1.

---

<sup>1</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

<sup>2</sup> Id., *ibid.*, p. 13.

<sup>3</sup> A perspectiva que orienta este breve estudo não adota a presunção do paradigma tradicional de se “ater a uma suposta objetividade dos fatos, na medida em que as representações do passado estão permeadas por um conjunto de representações e pré-compreensões” (cf. BURKE, Peter. *A escrita da história: novas perspectivas*. São Paulo: UNESP, 1993, p. 19-20).

<sup>4</sup> STEIN, Ernildo. *História e ideologia*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1999, p. 26.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p. 36.

<sup>6</sup> Como alude Max Fleiuss, “essas estações de arribada às naus, são um esboço dos nosso primeiros núcleos de organização político-administrativo” (FLEIUSS, Max. *História administrativa do Brasil*. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1922).

<sup>7</sup> Id., *ibid.*, p. 7. Para este autor, o regime das capitanias assemelhava-se ao da época do feudalismo da Idade Média. Não concordando com tal entendimento, Faoro (*Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 128 e segs.) sustenta ter sido a colonização obra do Estado, representando delegação pública de poderes, sem exclusão da realeza. Aduz: “São interesses comerciais, triunfantes na Europa e derivados dos valores que assoberbavam o reino que ditam, por meio do Estado, a exploração social e econômica do Brasil. Primeiro o pau-brasil e a defesa do caminho das Índias, depois o açúcar. No meio de tais empresas – esperança veemente e sempre aberta – a visão das minas, já buscadas por Martins Afonso de Souza” (id., *ibid.*, p. 130). Em outra passagem, menciona de forma clara: “A empresa colonizadora, da qual as capitanias foram a primeira expressão de grande envergadura, tem nítido, claro, inconfundível caráter capitalista. Situa-se no contexto do capitalismo comercial, politicamente orientado, do Portugal de Avis. A suposta regressão feudal aponta para um paradigma inexistente, o falso paradigma do feudalismo português” (id., *ibid.*, p. 131).

<sup>8</sup> FAORO, *op. cit.*, p. 141.

<sup>9</sup> Cf. FLEIUSS, *op. cit.*, p. 14. Para o autor, os regimentos de 1548 foram um passo largo para a integração do regime administrativo da colônia brasileira, desafogando a justiça da alçada quase

exclusiva dos antigos capitães-donatários, surgindo as figuras de autoridades superiores como governador-geral, ouvidor-geral e provedor-mor. Conforme Faoro (*op. cit.*, p. 167), “o Regimento, lavrado a 17 de dezembro de 1548, é um documento básico, verdadeira carta magna do Brasil e sua primeira Constituição, tendente à unificação territorial e jurisdicional, já com os elementos aptos para uma colonização progressiva”. A partir de 1640, o Governador-Geral, também chamado de Vice-Rei, possuía grandes poderes. Em termos de regulação administrativa, em 25 de janeiro de 1677 foi necessária a edição de um novo Regimento Geral, considerando a complexidade de leis extravagantes, cartas régias, alvarás e provisões do reino, com preceitos, por vezes, colidentes. Esta tarefa coube ao Governador-Geral Roque da Costa Barreto. Deve-se destacar a função assumida pelas Juntas Gerais, órgãos com competência político-administrativa para resolver questões como a divisão territorial entre capitanias recém-criadas, conflitos de jurisdição entre autoridades, queixas do povo contra os magistrados ou altos funcionários, etc.

<sup>10</sup> VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Direito administrativo brasileiro: origem, evolução e perspectiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 77.

<sup>11</sup> Cf. GARCIA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 38-39.

<sup>12</sup> Id., *ibid.*, p. 40.

<sup>13</sup> Cf. HEIDEGGER, Martin. La época de la imagen del mundo. In: HEIDEGGER, Martin. *Caminos de Bosque*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 65.

<sup>14</sup> Cf. VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 79.

<sup>15</sup> Cf. FAORO, *op. cit.*, p. 170.

<sup>16</sup> Cf. FLEIUSS, *op. cit.*, p. 55. Sobre o Conselho Ultramarino, aduz FAORO, *op. cit.*, p. 176: “Um órgão de comando político foi criado para orientar a retomada do mundo colonial: o Conselho Ultramarino (1642), ‘órgão de centralização colonial’, observando um historiador, ‘que [ele] só poderia beneficiar a ação governamental e impedir a desordem e os atritos da administração nas colônias de ultramar’”.

<sup>17</sup> Cf. FAORO, *op. cit.*, p. 198.

<sup>18</sup> Cf. FLEIUSS, *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>19</sup> Cf. VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 88-89.

<sup>20</sup> Cf. FLEIUSS, *op. cit.*, p. 112-119. Para o autor, tal medida foi determinante para desorganizar, por completo, a administração do país, transformando-o numa multidão de governos municipais provisórios, cada um deles correspondendo-se, diretamente, com as Cortes de Lisboa.

<sup>21</sup> Cf. VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 101. O Conselho de Estado foi extinto pelo Ato Adicional de 12 de Agosto de 1834, pois era considerado um órgão conservador, sendo recriado, agora no nível infraconstitucional, pela Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, com regulamento de 05 de fevereiro de 1842. Posteriormente, com a proclamação da República foi novamente extinto. Sobre

a sua extinção, aduziu o autor: “ocasião em que se levantaram vozes lamentando a morte da Instituição, que produziu farta e valiosa jurisprudência no campo do contencioso administrativo”.

<sup>22</sup> Id., *ibid.*, p. 108. Destarte, no entendimento do autor, “a par da realidade política desfavorável, a dificuldade de sistematização administrativa no Brasil teria por base a pouca noção e práticas que se manifestaram no século passado a respeito do caráter público da Administração do Estado” (*id.*, *ibid.*, p. 109).

<sup>23</sup> Id., *ibid.*, p. 112.

<sup>24</sup> Para Fleiuss (*op. cit.*, p. 453), este período pode ser caracterizado como espécie de ditadura militar, considerando a grande intolerância partidária, provocando a derrubada, do norte ao sul, do funcionalismo em todo o país. Outrossim, a situação econômica agravou-se, pois houve o aumento excessivo de gastos com exército, marinha e funcionalismo em geral.

<sup>25</sup> Segundo Vasconcelos (*op. cit.*, p. 119), “a partir dessa Constituição (art. 60, com a redação da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926), restou firmada a competência do Judiciário em matérias que envolvessem a Administração Pública, seja em litígios a envolver entidades integrantes da Federação, sem em demandas destas contra particulares e vice-versa, sendo lícito, de pronto, afirmar que qualquer resquício de Poder Administrativo sofreu seu golpe de morte no sistema judicial implantado no Brasil, aparelhado pelo princípio da legalidade protetor dos direitos dos cidadãos”.

<sup>26</sup> Cf. CUNHA, Mário Wagner Vieira da. *O sistema administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais – Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos, 1963, p. 15. Refere o autor: “A República, na verdade, não tinha a intenção de introduzir grandes modificações de ordem sociológica ou jurídica no país, tanto que grande parte da legislação e das instituições governamentais que o país criara durante o Segundo Império, permaneceram”.

<sup>27</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.

<sup>28</sup> Cf. VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 123.

<sup>29</sup> Id., *ibid.*, p. 134. Aduz o autor ter ocorrido durante todo o Estado Novo a ampliação da política social do Estado autoritário, iniciada com a Revolução de 30, criando-se um sistema de proteção aos trabalhadores, como a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. No plano administrativo, tentou-se modificar a estrutura da Administração Pública de modo a possibilitar o ingresso do Estado na era da industrialização.

<sup>30</sup> Id., *ibid.*, p. 140.

<sup>31</sup> Neste sentido, é relevante a advertência de STRECK; MORAIS, *op. cit.*, p. 72: “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *Welfare state* tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social”. Desta forma, parece haver incompatibilidade com a democracia desenhada pela Constituição Federal sustentar a necessidade de retirada do Estado do cenário de



cumprimento das promessas da modernidade, se é que tal desiderato é possível. Neste aspecto, ver ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e globalização. Lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20, pra quem: “a implementação das conseqüências da globalização terá que depender também do Estado. Este último pode certamente parecer ameaçado e até mesmo enfraquecido pelo processo de globalização; mas é entretanto a ele que caberá, nessa conjuntura de globalização, garantir, em um contexto difícil, e no local – localmente com relação ao processo global – a melhor regulação possível da esfera social”.

<sup>32</sup> GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

<sup>33</sup> Quando se fala em constitucionalização, portanto, não se trata de apenas inserir no âmbito do Direito Administrativo regras e princípios constitucionais. No entendimento de Alfonso Garcia Figueroa, a constitucionalização relaciona-se com o estilo de pensamento de juristas e teóricos. Cf. GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La Teoría del Derecho en tempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 159. Mais uma vez, destaca-se, o texto não é suficiente para garantir um nível alto de constitucionalidade das práticas administrativas se não houver disseminado o sentido de constituição no dia-a-dia da Administração. As estratégias para tal desiderato ser alcançado são realmente complexas, mas, a título de exemplo, situa-se a exigência de que os atos administrativos decorram de processos de ponderação constitucional, assumindo-se a motivação como exigência democrática de explicitação das pré-compreensões constitucionais dos agentes públicos. Para aprofundar a questão, ver OHLWEILER, Leonel. *Dos motivos à motivação dos atos administrativos como dever de ponderação: uma análise a partir da viragem hermenêutica*. Revista da AJURIS Porto Alegre, ano XXXIV, n. 107, p. 171-187, set. 2007.

<sup>34</sup> Cf. GUASTINI, *op. cit.*, p. 50.

<sup>35</sup> Cf. BINENBOJM, *op. cit.*, p. 210.

<sup>36</sup> Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Reforma total da Constituição. Remédio ou suicídio constitucional? In: SAMPAIO, João Adércio Leite (Org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168-169.

<sup>37</sup> Cf. SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel Bandrés. *Constitución y Control de la Actividad Administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 16.

<sup>38</sup> Cf. GUASTINI, *op. cit.*, p. 53.

<sup>39</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 122. Vale destacar, também, as observações do autor, plenamente aplicáveis ao âmbito do Direito Administrativo. Dentre as diversas causas de inefetividade da Constituição no horizonte das ações administrativas, destaca-se o modo como os agentes públicos relacionam-se com a Constituição, compreendendo-a de modo dedutivo, como se houvesse um sentido objetificado, pronto para ser acoplado aos problemas do dia-a-dia da Administração. Urge que a Constituição seja compreendida como um autêntico acontecer, ou seja, “manifestação da própria condição existencial do ser humano” (id., *ibid.*, p. 122). O texto constitucional não é mera

ferramenta, mas algo que desde sempre deve fundar (hermeneuticamente) as práticas dos agentes públicos. Como já mencionado, o texto, por si só, não é capaz de assegurar isto, sendo fundamental que a Constituição esteja presente no modo-de-ser da Administração Pública.

<sup>40</sup> Cf. BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Lajouaney Cia. Libreros y Editores, 1938, p. 39. Tomo I. O autor, valendo-se do entendimento de Stein, refere três princípios que derivam da relação histórica entre Constituição e Administração: (1) o valor de uma Constituição determina-se em relação aos seus méritos frente à Administração; (2) Quando um povo começa a duvidar seriamente da influência benéfica de uma Administração dada, esta dúvida, com o passar do tempo, transforma-se em uma dúvida sobre a Constituição; e (3) o direito de o cidadão participar no poder legislativo e dar o seu voto no momento decisivo, lhe impõe o alto dever de conhecer a Administração, tanto em seus princípios como em suas conseqüências materiais, a fim de poder apreciar convenientemente se a Constituição é boa ou não. Claro que, guardados certos exageros, o fato é que é íntima a relação entre Constituição e Administração, devendo-se destacar a importância das práticas administrativas para reforçar ou não a força vinculante da Constituição.

<sup>41</sup> Cf. MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006, p. 21. Sobre o tema, destaca o autor alguns princípios e impulsos jurídico-constitucionais que devem repercutir e repercutiram no direito administrativo: (1) com relação aos direitos fundamentais, as restantes prescrições constitucionais e os princípios constitucionais valem para o Estado como um todo, não existindo espaços juridicamente livres; (2) o reconhecimento constitucional das tarefas da administração de prestação e administração de direção exige o cuidado e desenvolvimento dos instrumentos jurídico-administrativos adequados para o cumprimento das tarefas típicas da administração de prestação e administração de direção no sentido estatal-social e estatal-cultural; (3) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio determina que o indivíduo não pode ser tratado meramente como súdito da administração, mas como cidadão emancipado. Tal *status* tem como conseqüências, por exemplo, a reconhecimento de direitos subjetivos, de contratos entre cidadãos e administração, além da obrigação de a administração considerar em decisões discricionárias os interesses protegidos jurídico-fundamentalmente do cidadão individual.

<sup>42</sup> Cf. WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Lisboa: Gulbenkian, 2006, p. 193. v. 1.

<sup>43</sup> Cf. BINENBOJM, *op. cit.*, p. 69.

<sup>44</sup> Cf. WOLFF; BACHOF; STOBBER, *op. cit.*, p. 198.

<sup>45</sup> Aspectos destacados por DROMI, Roberto. *Modernización del Control Público*. Editorial Hispania Libros: Madrid-México, 2005, p. 19-32.

<sup>46</sup> Sobre o tema, ver MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16, para quem, "de outra banda, podemos/devemos (re)pensar o Estado Contemporâneo sob a ótica da estrutura que lhe conforma a partir das transformações impostas e operadas pela incorporação da questão social, a qual lhe agrega um caráter finalístico como função social, forjando-o como Estado Social e impondo-lhe um caráter interventivo-promocional".

[47](#) Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 7.