

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

RENAN LONGUINHO DA CUNHA MATTOS

**DO ATO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO: O
DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO**

POUSO ALEGRE – MG

2016

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

RENAN LONGUINHO DA CUNHA MATTOS

**DO ATO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO: O
DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO**

Dissertação, apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira

POUSO ALEGRE – MG

2016

RENAN LONGUINHO DA CUNHA MATTOS

**DO ATO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO: O DIREITO ADMINISTRATIVO EM
EVOLUÇÃO**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira
Faculdade de Direito do Sul de Minas
Orientador

Prof. Dr.(a)

Prof. Dr.(a)

FDSM - MG

2016

RESUMO

MATTOS, Renan Longuinho da Cunha. Do ato ao processo administrativo: o direito administrativo em evolução. 110f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2016.

O presente trabalho tem por objetivo discutir os caminhos para a reconstrução do direito administrativo, superando a ideia de um direito administrativo focado no ato administrativo passando à ideia da centralidade do processo administrativo. Para tanto, será feita uma análise da perspectiva pós-positivista, buscando na Teoria Discursiva do Direito de Habermas e no paradigma do Estado Democrático de Direito (na concepção dos Neoconstitucionalismo(s)) o fundamento para a construção dessa superação visando à reconstrução do direito administrativo, tornando-o, menos autoritário, mais democrático, mais legítimo, como direito fundamental dos cidadãos/administrados.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-positivismo. Procedimentalismo. Ato administrativo. Processo administrativo.

ABSTRACT

MATTOS, Renan Longuinho da Cunha. Act until the administrative process: administrative law in evolution. 110f. Dissertation (Masters in Constitutional Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2016.

This study aims to discuss the ways for the reconstruction of administrative law, overcoming the idea of a focused administrative law in the administrative act through the idea of the centrality of the administrative process. Therefore, an analysis of post-positivist perspective will be seeking in Habermas's Discourse Theory of Law and democratic state paradigm of law (in the design (s) Neoconstitutionalism (s)) the foundation for the construction of the overrun aimed at reconstruction of administrative law, making it less authoritarian, more democratic, more legitimate, as a fundamental right of citizens / administered.

KEYWORDS: Post-positivism. Proceduralist. Administrative act. Administrative process.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 A PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA: DIREITO E VIRAGEM COPERNICANA | 12 |
| 1.1. O Estado Democrático de Direito..... | 19 |
| 1.1.1 Estado de Direito | 20 |
| 1.1.2 Democracia | 21 |
| 1.2. A viragem copernicana | 22 |
| 1.3 Direitos fundamentais e democracia: fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito | 23 |
| 1.4 Legitimidade do Direito em Habermas | 24 |
| 1.4.1 Direito e procedimento | 28 |
| 1.5 Democracia e procedimento | 32 |
| 1.5.1. Teoria substancialista | 32 |
| 1.5.2. Teoria procedimentalista..... | 35 |
| 1.5.3. Teoria mista | 39 |
| 2 DIREITO ADMINISTRATIVO: DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE | |
| 2.1. A concepção tradicional | 42 |
| 2.1.1. Estado de Direito e Direito Administrativo | 42 |
| 2.1.2. O ato administrativo | 43 |
| 2.1.2.1 Ato e <i>provvedimento</i> administrativo | 45 |
| 2.1.2.2 Atos de império e atos de gestão | 47 |
| 2.1.2.3 Atos da Administração e atos administrativos | 48 |
| 2.1.3 Evolução histórica do conceito de ato administrativo | 49 |
| 2.1.3.1 Conceituações de fins do século XIX até os anos 1960 | 49 |
| 2.1.3.2 Conceituações da década de 70 até finais do século XX | 49 |
| 2.1.3.3 Conceituações no início do século XXI..... | 50 |
| 2.1.4 Manifestação, vontade, unilateralidade – presença constante no conceito de ato administrativo | 51 |
| 2.2 O Direito Administrativo e Constituição | 53 |
| 2.3 O Direito Administrativo e a pós-modernidade | 54 |
| 2.4 Constitucionalização do direito administrativo: caminho para a construção de um direito administrativo democrático | 56 |
| 2.4.1 Os direitos fundamentais e o direito administrativo | 59 |
| 2.4.2 O direito administrativo e a teoria democrática | 61 |
| 2.4.3 A construção dialógica do Direito: Teoria Discursiva do Direito | 65 |
| 3 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO AGIR ADMINISTRATIVO | 69 |
| 3.1. Democracia e procedimento | 69 |
| 3.2. Do ato ao procedimento administrativo: uma mudança de paradigma | 75 |

| | |
|--|------------|
| 3.3. Os fins visados pela proceduralização | 77 |
| 3.3.1. O controle do poder | 78 |
| 3.3.2 Correto desempenho da função | 79 |
| 3.3.3 A realização da democracia | 79 |
| 3.3.4 O aperfeiçoamento da atividade administrativa | 80 |
| 3.3.5 A redução da litigiosidade | 80 |
| 3.4. Procedimento ou processo administrativo | 81 |
| 3.5 Processo Administrativo como garantia constitucional | 85 |
| 3.6 A emergência de um novo Direito Administrativo | 91 |
| CONCLUSÃO | 96 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 102 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apontar a necessidade de uma releitura de um dos principais institutos do Direito Administrativo, o ato administrativo, em face das profundas mudanças que ocorreram tanto no direito como na sociedade.

O Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. A teoria do Direito Administrativo nos remete ao século XIX. São deste tempo, por exemplo, os conceitos de poder de polícia, discricionariedade administrativa, legalidade. A base filosófica do Direito Administrativo remonta aos primeiros decênios do século XX e a organização da estrutura estatal tem inspiração napoleônica¹. Do surgimento do Direito Administrativo há aproximadamente dois séculos até os dias atuais pouco mudou em relação à concepção dos principais institutos do Direito Administrativo, sempre focados na legalidade e no Estado ou, pode-se dizer, em sua função administrativa, tendo como ponto fulcral a ideia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, revelando uma visão em que Estado e sociedade civil apresentam-se em contraposição.

Essa visão contraposta entre Estado e sociedade revela o absoluto distanciamento existente entre ambos. O direito entregou ao Estado a centralidade do poder político-jurídico deixando de lado a sociedade civil. A atuação do Estado, da administração, sempre foi estudada sob o enfoque do ato administrativo, representante, nessa concepção, da vontade administrativa, imposta pela administração ao particular. A edição desse ato administrativo era formal e materialmente justificada através da (pretensa) ideia de supremacia do interesse público sobre o particular, estabelecendo uma situação onde, independente da situação jurídica, o interesse público prevaleceria sobre o particular, sem qualquer possibilidade de ponderação. Essa dicotomia há de ser ultrapassada, de tal modo que o Direito Administrativo atual não comporta uma interpretação em que Estado e sociedade estejam em campos opostos, pelo contrário, ao final, o que se pretende

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 102.

demonstrar é que tanto Estado como sociedade têm função primordial na realização do agir administrativo em busca do “bem comum” ou do interesse público.

A Constituição da República de 1988 afeta de forma profunda os mais diversos ‘ramos’ do direito brasileiro. Assuntos que, até então, tinham quase que exclusivamente a tutela do direito privado, passam a sofrer influxos diretos de normas constitucionais. Embora, em relação ao Direito Administrativo, não seja possível afirmar que as Constituições anteriores já não tivessem disciplinado aspectos de relevo relacionados a ele, as normas introduzidas pela Constituição de 1988 intensificaram quantitativa e qualitativamente o tratamento de temas afetos a esta disciplina.

A constitucionalização do direito administrativo, promovida principalmente a partir da Constituição de 1988, fez com que matérias que, até então, eram reguladas apenas pela legislação infraconstitucional, passassem a contar com delineamentos constitucionais. Entre elas, podemos destacar a indicação clara feita quanto aos princípios específicos de regência do direito administrativo, à previsão expressa da licitação para a realização de contratações pelos órgãos e entidades da Administração Pública e ao escopo da responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração Pública, que prestem serviços públicos.

O texto constitucional provocou não somente influências diretas no funcionamento da administração, mas especialmente quanto ao relacionamento entre Estado e administrado. Em verdade, como consequência da constitucionalização do direito, outros efeitos, ainda que indiretos, foram produzidos. Com efeito, a positivação de princípios no texto constitucional voltados, de um lado, à atribuição de direitos de participação reais do administrado no exercício da atividade administrativa e, de outro, à contenção do exercício do poder, a administração pública torna-se vinculada a estas proposições, norteadoras de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição passa, portanto, a figurar como centro do sistema jurídico irradiando sua supremacia, formal e material, para todo o ordenamento jurídico. A constitucionalização do direito origina um fenômeno em que a Constituição representa um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Alguns autores tratarão desse fenômeno como filtragem constitucional, que significará que

todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz dos mandamentos constitucionais e visando realizar os objetivos nela inscritos.

O texto constitucional de 1988 apresenta uma regulamentação administrativa tendente à superação do conceito autoritário do Direito Administrativo, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias dos cidadãos. Por muito tempo, o administrador exerceu suas prerrogativas de maneira hegemônica e incontrastável, com uma visão da legalidade a qualquer custo, acobertado pelo manto da busca do interesse público.

Esse novo cenário enseja uma verdadeira releitura do princípio da legalidade – reinterpretação a subordinação da administração somente à lei em sentido estrito, para uma noção de subordinação a todo o ordenamento jurídico, incluindo os princípios consignados no texto constitucional –, acabou por resultar na crescente procedimentalização da atividade administrativa. Atos administrativos que, até então, eram marcados pela sua unilateralidade, passaram a ser resultado de um verdadeiro processo administrativo, o qual impede adoção de soluções concebidas de forma automática e autocrática pelo administrador público para determinado caso concreto e demandam o estabelecimento de uma relação dialógica com os representantes dos mais diversos interesses envolvidos e elementos apresentados ao longo do procedimento realizado.

A procedimentalização do agir administrativo visa propiciar uma forma de participação dos interessados na produção da decisão administrativa, oportunizando aos interessados a manifestação com argumentos, dados, questões técnicas, objetivando a elaboração de um ato administrativo melhor informado, em que a decisão administrativa possa apresentar-se de forma mais legítima, sendo obtida através do consenso baseado no melhor argumento apresentado durante o procedimento.

Esse novo fenômeno promove uma alteração profunda na teoria do Direito Administrativo, antes concebido como instrumento de regulação, baseado numa oposição entre público e privado que não mais se verifica. A constitucionalização do Direito Administrativo permite uma releitura dos interesses público e privado, revendo a ideia de oposição entre um e outro. Nesse prisma, não se tem mais uma visão estanque do interesse público e do privado, de tal modo que não se verifica

mais a ideia de que o interesse público deva sempre prevalecer sobre o interesse privado.

O Direito Administrativo contemporâneo passou por expressivas mudanças, especialmente em decorrência da pluralidade de bens e interesses que passaram a seu encargo. O aumento das funções administrativas levou a uma verdadeira mudança de paradigmas onde (a) a administração passou a ter papel preponderante na resolução de conflitos; (b) houve uma aproximação do Estado e da sociedade civil; (c) o interesse público não mais se confunde com o interesse da administração.

Nesse quadro, o procedimento administrativo se apresenta como instrumento capaz de prover a composição dos mais diversos interesses sociais; de garantia de um método democrático; de legitimação das decisões administrativas por meio de uma participação efetiva dos cidadãos, densificando os direitos e garantias fundamentais; de propiciar o controle dos atos administrativos pelos administrados.

É possível, assim, afirmar que o Estado, no início do século XXI, tem suas atividades permeadas pela valorização dos direitos e garantias do indivíduo, isolado ou em grupos, estabelecendo, além dos clássicos direitos fundamentais e democráticos, também, a realização de um procedimento administrativo cuja finalidade precípua é a demonstração que a *“decisão administrativa proferida cumpre sua finalidade normativa, resguardando direitos dos cidadãos, materializando a participação democrática na gestão da coisa pública e legitimando o exercício do poder público”*².

Este trabalho tem como objetivo demonstrar que o processo administrativo deve ser compreendido como importante instrumento de garantia individual e da participação democrática ante a administração pública, visando reconstruir a teoria do ato administrativo, com base na Teoria Discursiva do Direito, estabelecendo procedimentos de participação democrática na sua confecção com vistas à garantia de sua legitimidade.

² OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. O Procedimento Administrativo: entre o poder e a legitimidade. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

Decorrem do objetivo geral, os seguintes objetivos específicos: (a) um breve relato do constitucionalismo contemporâneo; (b) analisar a compatibilização dos institutos de direito administrativo com a nova interpretação constitucional; (c) um estudo da Teoria Discursiva do Direito; (d) descrever a clássica doutrina do ato administrativo; (e) reconstruir, com bases na Teoria Discursiva do Direito, a ideia de ato administrativo, passando à procedimentalização do agir administrativo, como elemento fundamental para garantia de direitos fundamentais na medida em que informa e legitima a atuação estatal.

Nesse sentido, o processo administrativo representa instrumento de legitimação da atividade administrativa, materializando a participação democrática na gestão pública visando à obtenção de um melhor conteúdo das decisões administrativas, além, de constituir-se em garantia dos cidadãos administrados na defesa de seus direitos.

O trabalho encontra-se estruturado em 3 capítulos, subdivididos em temas específicos, afora “Introdução”, “Conclusão” e “Referências Bibliográficas”. No primeiro deles trata-se da evolução do constitucionalismo até uma perspectiva pós-positivista apresentando as bases em que se sustentarão as conclusões, tratando inclusive de delinear a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas. No segundo capítulo, uma leitura tradicional do Direito Administrativo e uma visão tradicional do conceito de ato administrativo e, posteriormente, a sua evolução passando pela constitucionalização do direito administrativo. O terceiro capítulo dedica-se ao estudo da procedimentalização do agir administrativo, tratando da relação existente entre democracia e procedimento, estabelecendo distinções entre processo e procedimento, apresentando ao final o gérmen de um novo Direito Administrativo onde a procedimentalização propicia além da democratização, a transparência e o controle da legalidade da atividade administrativa.

Aponta-se, desta maneira, para um novo Direito Administrativo, que tem no seu centro a ideia do processo administrativo, menos autoritário e mais dialógico, mais participativo construído através da participação dos cidadãos na escolha consensual das decisões administrativas a serem executadas.

1 A PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA: DIREITO E VIRAGEM COPERNICANA

O Constitucionalismo contemporâneo apresenta seus traços característicos a partir de meados do Século XX, especialmente após a 2ª Guerra Mundial. Pode-se citar como exemplos a Constituição italiana (1947) e a alemã (1948) e posteriormente a de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Desde então o Constitucionalismo tem vivenciado um período de efervescente evolução.

A evolução é tanta e tão constante que, no dizer de Miguel Carbonell³, não se pode dizer sobre um neoconstitucionalismo, mas, de diversos ‘neoconstitucionalismos’, sim, no plural.

O mesmo autor espanhol irá advertir que quando se trata de neoconstitucionalismo, quer no singular ou no plural, se está a tratar de duas questões diversas que merecem estudo separado. Uma delas refere-se aos fenômenos evolutivos que impactam e/ou impactaram no paradigma do Estado constitucional, a outra vertente diz respeito a uma teoria do direito que propugnou tais mudanças e/ou as relata de modo bastante positivo⁴.

Miguel Carbonell assevera que o que se tem por neoconstitucionalismo ainda não se trata de um modelo pronto e acabado, pois são, ainda, muitas tensões e problemas que têm sido vivenciados pelos Estados constitucionais.

No Brasil, Lênio Streck corrobora a advertência de Miguel Carbonell quanto aos diversos sentidos que a expressão “neoconstitucionalismo” pode apresentar. Inclusive, tece severas críticas ao que se chamou de neoconstitucionalismo, especialmente no tocante à relação entre direito e moral e o modo de interpretação do direito no modelo que tem Ronald Dworkin e Robert Alexy como seus dois expoentes.⁵ Evitando o termo neoconstitucionalismo e as dúvidas que o acompanham, sugere a adoção da expressão Constitucionalismo Contemporâneo para designar o modelo constitucional que exsurge do segundo pós-guerra.

Por Constitucionalismo Contemporâneo, sustenta tratar-se de “uma expressão que surge para contrapor às teses do chamado neoconstitucionalismo,

³ CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 9.

⁴ Ibid., p. 9-10

⁵ STRECK, Lênio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo^{1/2}. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun, p 9-27.

numa perspectiva contrária à metodologia da ponderação e subsunção defendida pelas correntes neoconstitucionalistas”⁶. Streck é crítico da discricionariedade presente nas decisões tomadas sob o “paradigma” do neoconstitucionalismo.

Além da crítica à discricionariedade, questiona os caminhos tomados pelo neoconstitucionalismo que, na sua visão, estaria levando o direito de volta à jurisprudência dos valores e suas derivações, com um tempero de ponderação alexyana. Sustenta, ainda, que, de forma diversa que na Europa continental, o neoconstitucionalismo estaria incentivando uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da ponderação e do ativismo judicial norte-americano no Brasil⁷.

Em acordo com Luigi Ferrajoli⁸, Streck comunga do sentimento de que o neoconstitucionalismo representa, tão somente, a superação do paleojuspositivismo⁹. Critica ainda o depósito de “todas as esperanças” na “loteria do protagonismo judicial”.

Na sua construção o que chama de Constitucionalismo Contemporâneo seria o redimensionamento da práxis político-jurídica em dois níveis: com o advento do Estado Democrático de Direito, no campo da Teoria do Estado e da Constituição; e, no plano da Teoria do Direito, ocorre a reformulação da teoria das fontes (a onipresença da Constituição substituindo a supremacia da lei), da teoria da norma (atribuição de força normativa aos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos moldes propostos por Streck, representaria uma blindagem à discricionariedade e aos ativismos)¹⁰.

Apesar de partilhar de grande parte da crítica de Lênio Streck e demais autores em relação ao neoconstitucionalismo, precisamente quanto ao ativismo e decisionismo judiciais, verifica-se que, para utilizar a expressão do próprio jurista, em *terrae brasilis* vivencia-se o neoconstitucionalismo com o que trouxe de bom e com o que se tem criticado e tem-se em Luis Roberto Barroso um dos seus principais

⁶ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014, p. 28.

⁷Ibid., p. 28.

⁸ A propósito do debate entre Lênio Streck e Luigi Ferrajoli, ver ROSA, Alexandre Moraes da [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck, André Karam Trindade. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁹ Em tradução livre, seria, para Ferrajoli, o modelo que nasce com o Estado moderno com o monopólio da produção jurídica (Ferrajoli, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 14.

¹⁰Ibid., p. 29-30.

teóricos, que será citado posteriormente, principalmente em relação ao seu desenvolvimento teórico do neoconstitucionalismo e quanto a uma nova interpretação constitucional. Barroso, como se verá adiante, tratará o neoconstitucionalismo como fruto do pós-positivismo.

Feitas tais considerações iniciais, apresentando os diversos pontos acerca desse momento constitucional contemporâneo, para fins meramente metodológicos adotar-se-á a posição de Luis Roberto Barroso, até mesmo porque, ao que parece, num primeiro olhar, trata-se da posição que vem sendo majoritariamente adotada em nosso país, não sem críticas.

O direito constitucional da contemporaneidade trilhou um caminho, na Europa e no Brasil, nas últimas décadas, se reconstruindo em três pilares fundamentais: o filosófico, o teórico e o histórico. Esses três pilares contêm as ideias e as mudanças de paradigma do direito constitucional que criaram uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.¹¹

O marco histórico acontece na Europa continental com o direito constitucional do pós-guerra, de modo mais expressivo na Itália e na Alemanha. No Brasil esse marco advém da Constituição da República de 1988 e do processo de democratização dela decorrente.

Na Europa a principal referência desse novo direito constitucional é a Lei Federal de Bonn, datada de 1949. Com a criação do Tribunal Federal Constitucional, em 1951, teve início uma profícua produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Posteriormente surge a Constituição italiana, de 1947, com instalação da Corte Constitucional em 1956. Na década de 1970, Portugal vive seu momento de redemocratização e reconstitucionalização, assim como a Espanha. Com esses movimentos ganha destaque o novo direito constitucional.

Pouco tempo mais tarde, em 1988, o Brasil passa por sua redemocratização, após duas décadas de regime ditatorial, culminando com a promulgação da Constituição de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito, rompendo com um modelo autoritário, violento e intolerante levado a cabo pelos militares que tomaram o poder num golpe de estado em 1964.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 190

Com a Constituição de 1988 o direito constitucional no Brasil experimenta o seu auge. A Constituição deixou de ser uma simples folha de papel¹² para figurar como elemento central de irradiação do poder jurídico-político. Luís Roberto Barroso festeja o surgimento, ainda que tímido, de um sentimento constitucional¹³. Esse sentimento, tendo a Constituição como fundamento nuclear do sistema jurídico, tem proporcionado uma nova jurisdição constitucional moldando a legislação infraconstitucional, seja através da atividade legiferante que deve formatar normas conforme a Constituição, seja através da interpretação conforme da legislação já vigente ou, em caso de dissonância, a sua declaração de inconstitucionalidade.

Outro pilar fundamental do novo direito constitucional é o filosófico representado pelo pós-positivismo. Difícil a conceituação definitiva do pós-positivismo, mas pode-se situá-lo na confluência entre duas importantes correntes de pensamento: o jusnaturalismo e o positivismo. Barroso ressalta que são correntes opostas, mas, por vezes, complementares. E indica, ainda, que o momento atual é de superação dos modelos puros por um modelo representado por um conjunto abrangente de ideias agrupadas sob a denominação de pós-positivismo¹⁴.

O jusnaturalismo moderno, com origens no século XVI, promove a aproximação entre a lei a razão, transformando-se na filosofia natural do Direito. Esse jusnaturalismo fundou-se na ideia de princípios universalmente válidos e deles sobrevieram as revoluções liberais, culminando no ápice das constituições escritas e as codificações. Critica-se o jusnaturalismo por seu caráter metafísico e anticientífico. Foi superado pelo positivismo no final do século XIX. Positivismo este que trouxe objetividade científica, equiparando o direito à lei. No período dominado (primeira metade do século XX) pelo pensamento positivista, o direito se afastou da filosofia e de debates sobre legitimidade e justiça. Sua decadência coincide com o fim do nazi-facismo derrotado pela Segunda Guerra Mundial, quando os valores axiológicos retornam a influenciar o direito.

O resultado da superação do jusnaturalismo e do positivismo é a emergência de um conjunto amplo e inacabado de reflexões sobre o direito, sua função social e

¹² A ideia de Constituição como “folha de papel” é de Ferdinand Lassale, segundo o qual “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”. (LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002. p. 68)

¹³ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 190

¹⁴ Ibid., p. 192.

sua interpretação. O pós-positivismo engendra uma aproximação entre direito e filosofia. Neste quadro, não se olvida do direito posto mas vai além da estrita legalidade, o pós-positivismo pretende uma leitura moral do direito, mas sem a necessidade de se socorrer de categorias metafísicas¹⁵.

Finalmente, no marco teórico do neoconstitucionalismo, verifica-se três grandes movimentos que impulsionaram o novo direito constitucional: i) a força normativa da Constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional, e; iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

A força normativa da constituição constitui, talvez, o grande traço diferenciador do constitucionalismo contemporâneo em relação ao constitucionalismo moderno. Antes apenas um documento político, as constituições passaram a ter caráter de norma jurídica. A principal contribuição ao tema é de Konrad Hesse que aduziu que a Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)¹⁶.

Nesse sentido, o caráter normativo da constituição consiste na consideração de todos os dispositivos da constituição como verdadeiras normas jurídicas e, portanto, aptas a produzir efeitos jurídicos.

Este caráter normativo reflete o traço diferencial do neoconstitucionalismo porquanto rompe o caráter meramente político¹⁷ que se costumava atribuir às constituições, mormente em relação aos direitos fundamentais.

Hesse sustenta que a força normativa da constituição é uma meta a se alcançar, de forma que as normas constitucionais possam ter a maior eficácia possível. No entanto, não apenas de uma atitude dos operadores do direito depende a força normativa, mas, também, das possibilidades reais:

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela
Ciência do Direito Constitucional
(...)

¹⁵BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.192.

¹⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 5.

¹⁷ Segundo Konrad Hesse, a tese fundamental de Ferdinand Lassale dizia que “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes” (Ibid., p. 9)

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando assim o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*WillezurVerfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.¹⁸

A ideia da força normativa da Constituição surge posteriormente à Segunda Guerra Mundial, primeiramente na Alemanha e depois na Itália, seguindo-se de Portugal e Espanha, tal como no compasso do marco histórico, passando a figurar como premissa obrigatória do estudo da Constituição, garantindo-se o caráter vinculante e obrigatório de suas disposições.

No Brasil, o debate sobre a força normativa das disposições constitucionais aparece de forma mais relevante durante a década de 80, com a redemocratização e a Assembleia Constituinte que originou a Constituição da República de 1988. Tal debate – não poderia ser diferente – só teria chegado realmente na década de 80 quando a ditadura já se encontrava em seus estertores. Não se imagina um debate constitucional verdadeiro num regime que não respeitava direitos e garantias fundamentais, mas pelo contrário, institucionalizou sua violação.

A promulgação da Constituição de 1988 deu início ao novo direito constitucional no Brasil. A partir dela, doutrina e jurisprudência passam a garantir direitos fundamentais, deixando para trás um período em que a Constituição era tratada apenas como “repositórios de promessas vagas e exortações ao legislador infraconstitucional”¹⁹.

Outro movimento sentido no pós-Guerra foi a expansão da jurisdição constitucional. Até então, antes de 1945, a maioria dos países europeus experimentava a supremacia do Poder Legislativo, na expressão inglesa da soberania do parlamento ou no corte francês da lei como expressão da vontade geral. As mudanças advindas do final da Guerra, no final da década de 40, trouxeram não apenas novas constituições, mas uma nova jurisdição constitucional, de inspiração norte-americana: a supremacia da Constituição. Nesse modelo, os direitos fundamentais são garantidos, como elementos fundantes do sistema, sendo

¹⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 194.

invioláveis pelo processo político, e caberia ao Poder Judiciário garantir a sua proteção²⁰.

Também coube, no Brasil, à Constituição de 1988 a expansão da jurisdição constitucional, embora, desde a primeira Constituição republicana, de 1891, já houvesse previsão de um modelo de controle de constitucionalidade, ainda que de maneira incidental. Barroso aponta como razão principal para a expansão o maior número de legitimados para proposição da ação direta de inconstitucionalidade²¹. Não obstante, surgiram outros meios de jurisdição constitucional, previstos na Constituição.

O surgimento de uma nova interpretação constitucional é consequência direta da atribuição de força normativa à Constituição. Trata-se de uma modalidade de interpretação jurídica onde, obviamente, se aplicam os tradicionais métodos de interpretação do direito (gramatical, teleológico, histórico, sistemático), mas também apresenta, diante das especificidades das normas constitucionais um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. No caso brasileiro, pode-se nomeá-los: supremacia da Constituição, presunção da constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade e efetividade.

A nova interpretação constitucional estabelece novo papel à norma que não mais resolve conflitos apenas através da subsunção dos fatos à ela, passando a ser curial a verificação do problema, dos fatos relevantes; e também ao juiz é dado novo papel, não mais sendo apenas um aplicador da lei, mas um intérprete coparticipante da criação do direito, aplicando a lei conforme as especificidades do caso concreto entre as soluções possíveis.

Passam a fazer parte da rotina da interpretação constitucional a existência de cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

²⁰ Para Canotilho: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 45 e 46)

²¹ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 195

Este novo modelo de interpretação constitucional privilegia o caráter normativo da Constituição, assim como a vinculação material aos direitos fundamentais. Indo além, destaca o pluralismo e a complexidade que caracterizam as relações da sociedade pós-moderna, por isso a necessidade de recorrer à ponderação e à justiça individual, características desta nova interpretação constitucional.

Dessas mudanças advindas, principalmente no pós-Guerra, surge um fenômeno complexo de constitucionalização do Direito.

1.1 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é, também, tratado pelos autores de tradição alemã de Estado Constitucional, que justificam a expressão pelo desenvolvimento histórico a demonstrar que a limitação do Estado e/ou dos governantes não se deu pela submissão ao direito, mas uma necessária e total submissão à Constituição que garantiria a limitação quer do Estado, quer do governante.

Tido por muitos como a junção de dois princípios fundamentais, o Estado de Direito e o Estado Democrático, o Estado Democrático de Direito demonstrou-se muito mais que a união desses dois princípios, revelando-se um novo conceito que equivale à afirmação de um novo paradigma de Estado e de Direito²².

Nesta senda, o Estado Democrático de Direito representa um novo paradigma que compõe e dá sentido às práticas jurídicas contemporâneas. Diversamente do paradigma do Estado Liberal, não se limita a um mero formalismo, nem, se assemelha com a materialização totalizante existente no paradigma do Estado Social. O Estado Democrático de Direito caminha no sentido da procedimentalização, não trazendo uma ideal de democracia, mas vislumbrando procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, isto é, da própria sociedade.

No constitucionalismo português o termo democrático adjetiva o termo direito, sendo que além-mar trata-se do Estado de Direito Democrático, ao contrário da

²² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 285.

forma como é tratado no Brasil, onde o termo democrático adjectiva o Estado. Já no art. 1º, prevê a Constituição da República de 1988, tratar-se de um Estado Democrático de Direito, o que certamente está relacionado com uma ideia de abissal ruptura com o modelo ditatorial anteriormente existente à Constituição.

Jürgen Habermas, em perspectiva procedimentalista (que será estudada adiante), sustenta que tanto democrático como direito são termos que adjectivam o Estado. Assim, o jusfilósofo alemão caracteriza a relação de tensão existente entre os conceitos de democrático e de direito, não mais de oposição como tratado no debate entre as tradições liberais e republicanas, onde se pretendia uma ideia de superioridade entre Estado de Direito (constitucionalismo) e Democracia (soberania popular).

1.1.1. Estado de Direito

Derivada da ideia prussiana do *Rechtsstat*, o Estado de Direito remete a ideia de impessoalidade do poder político. Nessa ideia, o Estado e não o monarca ou a autoridade soberana é quem pode submeter a todos, sem exceção, ao seu império. Trata-se de uma expressão que remete ao paradigma do Estado Liberal, onde se limitava a defesa da ordem e da segurança pública. Os direitos fundamentais são assumidos, primeiramente os negativos, como esfera da liberdade individual.

No direito anglo-saxão, o Estado de Direito está ligado à ideia da limitação ao arbítrio dos reis, trazendo, deste a Magna Carta de 1215, uma perspectiva processual, prevendo que a atuação do Estado devesse se submeter a procedimentos legais e prefixados. Posteriormente acresceu-se a ideia de que leis e costumes passariam a integrar a ordem jurídica de sorte a tolher espaço do arbítrio dos monarcas. Essa ideia de limitação do poder do monarca está historicamente ligada ao dever do Executivo (monarca) se submeter aos atos do Parlamento (“*King in Parliament*”). Na tradição norte-americana, nota-se o conceito do “*always under Law*”, destacando-se o movimento constitucionalista e a defesa de direitos e liberdades individuais. Aqui, as liberdades são inscritas na Constituição e inerentes à ordem constitucional, quer dizer, não existe Constituição sem liberdades e garantias fundamentais, nem o contrário. Frisa-se ainda a necessidade de publicação e

justificação das decisões institucionais, de modo que possam não apenas ser levadas ao conhecimento dos cidadãos, como também compor seu núcleo de aprovabilidade.²³

Na França, a ideia de Estado de Direito remete à expressão *État legal*, tratando de uma ordem hierarquizada de normas, em cujo ápice encontra-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nessa hierarquia, viria, logo abaixo, a Constituição e ainda mais abaixo as normas infraconstitucionais. Do *État legal* surgem as ideias de vontade geral e da soberania popular relacionada ao poder (representativo) legislativo, assim como a ideia de legalidade dele decorrente.

1.1.2 Democracia

De forma simplista pode-se definir democracia com base na sua etimologia, ou seja, traduzir-se-ia como “governo do povo”. Mas democracia é mais que isso. Ainda de modo simples, considerando que definir o conceito de democracia é tarefa por demais complexa, que demandaria um estudo apenas sobre o tema, pode-se dizer que democracia representa um modelo em que o povo participa do governo e do Estado através de meios postos à sua disposição pelo ordenamento jurídico para sua participação direta ou indireta (eleição para escolha de representantes).

Todavia, não basta a participação direta ou indireta, a democracia pressupõe uma proteção constitucional da superioridade da Constituição, existência de direitos fundamentais, da legalidade das ações estatais, um sistema de garantias jurídicas e processuais.

A democracia representa, para Norberto Bobbio, um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Nessa leitura, verifica-se uma ideia de democracia quantitativa, baseada na regra da maioria²⁴.

²³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 288.

²⁴ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 28-32.

De outro lado, Habermas apresenta uma visão qualitativa da democracia. Por meio da sua teoria da razão comunicativa, a decisão democrática será aquela inserida numa dinâmica procedimental, onde tanto autores como sujeitos da decisão consentiriam que aquela decisão fosse a melhor a ser tomada por se tratar de um produto do “melhor argumento”. Nessa perspectiva, tanto quem toma a decisão, quanto quem se submete aos seus efeitos podem se considerar coautores da decisão, uma vez que serão participantes do mesmo discurso que levou à sua definição.²⁵

1.2 A viragem copernicana

Recuperando o já dito anteriormente adverte-se o termo neoconstitucionalismo traz consigo uma gama de autores e posturas teóricas com sentidos muitas vezes diversos. Na ciência política norte-americana, por exemplo, a expressão *new constitutionalism* refere-se aos processos de redemocratização por que passaram os países que Lênio Streck²⁶ vai chamar de modernidade periférica, entre eles o Brasil, outros países latino-americanos, do leste europeu que se redemocratizaram nas últimas décadas. Entretanto termo neoconstitucionalismo adquire outro sentido no campo da teoria do direito que, como dito alhures, representa a produção intelectual sobre o direito de autores europeus, espanhóis e italianos principalmente, no período do segundo pós-guerra. Esse novo modelo representa uma viragem copernicana na teoria do direito, tendo Ronald Dworkin, Robert Alexy como alguns de seus teóricos, dentre outros.

Essa virada copernicana está intimamente relacionada com pós-positivismo, Constitucionalismo Contemporâneo (na expressão de Streck) e democracia que pressupõem um elevado grau de autonomia ao direito. Nesse prisma, as questões políticas e morais devem ser debatidas à exaustão nos meios políticos de decisão e somente poderão ser desconsideradas – no âmbito (autônomo) do direito – quando tomadas em desacordo com o disposto no sistema de garantias previsto pela

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 345.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014, p. 28.

Constituição. Na visão de Lênio Streck é este o *plus* do Estado Democrático de Direito, a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição que fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral.

No entender de Lênio Streck a questão da autonomia do direito em relação à política é o ponto de contato entre a teoria que defende e as propostas de Canotilho, Ferrajoli, Dworkin e de Habermas: todos apontando para autonomia do direito e o reconhecimento da relevância desse *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito²⁷.

Esse Constitucionalismo Contemporâneo proporciona a superação do paradigma positivista que, para Lênio Streck, representa a “simbiose entre formalismo e escola do direito livre/realismo/jurisprudência dos interesses”²⁸, que acabou por se tornar uma concepção “matematizante” do social, partindo de uma dogmática jurídica formalista, de caráter retórico.

1.3 Direitos fundamentais e democracia: fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito

As ideias de direitos fundamentais e democracia representam a expressão dos valores jurídico-políticos fundantes da civilização ocidental juntamente com os ideais de liberdade, igualdade e segurança, e, ao mesmo tempo, democracia e direitos fundamentais se apresentam como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito. Atualmente, qualquer discussão acerca da origem da autoridade do Estado e do direito perpassam pelas relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.²⁹

A dignidade da pessoa humana tem em Kant um de seus maiores expoentes, ele promove uma reaproximação entre ética e direito e sua ideia de dignidade da pessoa humana, onde cada homem ser um fim em si mesmo, passa à categoria

²⁷ Ibid., p. 39.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014, p. 39.

²⁹ BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª.ed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49.

de princípio jurídico que dá origem e serve de fundamento a todos os direitos fundamentais.³⁰

A democracia, como ideia de autogoverno coletivo, pressupõe que os cidadãos não se apresentem apenas como destinatários, mas como coautores das normas e estruturas jurídico-políticas do Estado. Nesta condição, a democracia se apresenta como a representação da projeção política de autonomia pública e privada dos cidadãos, com base num conjunto de direitos fundamentais.

A conjugação de direitos fundamentais e democracia, pois, dá origem ao Estado Democrático de Direito, entendido como o conjunto de instituições jurídico-políticas formatadas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

1.4 Legitimidade do Direito em Habermas

*“Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno”*³¹, diz HABERMAS, corroborando a assertiva de que esses dois elementos figuram como estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Nesta perspectiva, o direito moderno se organiza a partir de um código próprio, partindo da soberania popular – relacionada com a noção de autonomia pública – e dos direitos humanos – ligados à noção de autonomia privada, não mais subordinado à moral.

Habermas explica que a regulação jurídica legítima terá como condição de possibilidade a atribuição de direitos entre os cidadãos³². A ordem jurídica, portanto, será legítima se os seus integrantes atribuírem direitos uns aos outros. A lei, geral e abstrata, garantiria a todos os cidadãos direitos iguais entre si. O direito moderno transfere para as leis o que antes era atribuído às normas morais. Assim, as leis obteriam sua legitimidade a partir de um processo legislativo próprio, fundamentado no princípio da soberania popular. Ao final, a soberania popular funciona como o

³⁰ Ibid., p. 49.

³¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2012, p. 133.

³² Ibid., p. 113.

elemento fundamental de legitimidade do direito. Mas, alerta Habermas, há um paradoxo nessa ideia de fundamentação da legitimidade do direito pela legalidade: os cidadãos têm direito a participação política e essa liberdade subjetiva é limitada pelas expectativas normativas da comunidade. Vislumbra-se então, uma relação tensa entre as liberdades subjetivas (privadas) e a autonomia política (pública) dos cidadãos. Segundo o filósofo alemão, essa dualidade era resolvida, na filosofia da consciência e na metafísica do direito natural, com a prevalência do direito natural ou da moral sobre o direito positivo³³. Nesse caso, o direito positivo encontrava a justiça numa instância hierarquicamente superior no direito natural ou na moral. Mas Habermas destaca que “o direito positivo e a moral pós-convencional desenvolveram-se cooriginariamente a partir das reservas da eticidade substancial em decomposição”³⁴, não podendo o princípio da democracia subordinar-se ao princípio moral. E dessas premissas, Habermas, explicará por que a autonomia privada e pública, os direitos e a soberania do povo se pressupõem mutuamente.

Tratando da autonomia privada dos indivíduos, Habermas vai traçar uma relação de desenvolvimento partindo de Savigny, com os direitos subjetivos como direitos negativos, expressões da autonomia privada, criando uma zona de inviolabilidade individual. Passa depois por Jhering, incrementando uma visão utilitarista, passando os direitos subjetivos a incorporar uma ideia de satisfação de interesses humanos. E em Kelsen, finalmente, o direito subjetivo vivencia o momento em que a vontade do legislador passa a ser a vontade do Estado³⁵. Habermas, por sua vez, vai sustentar que a doutrina de direitos subjetivos se iniciará quando os direitos morais subjetivos se tornarem independentes, atingindo uma legitimidade maior que a do processo de legislação política. Neste ponto, Habermas vai sustentar que ante a pretensão de maior legitimidade dos direitos subjetivos morais frente ao direito positivo, a legitimidade do direito legislado se fundamentará no processo democrático, e, este, na soberania popular, para depois, indicar que se trata de três princípios diversos, interligados, mas que não se confundem, nem apresentam relação de concorrência, mas de cooriginariedade. E nesta relação de cooriginariedade entre autonomia privada e pública, direitos humanos e soberania, Habermas encontra o fundamento de legitimação pós-tradicional do direito.

³³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p 115.

³⁴ Ibid., p. 115.

³⁵ Ibid., p. 118.

Habermas reconstrói a relação entre soberania popular e direitos humanos, considerando a ideia de cooriginariedade, construindo o que chamará de sistema de direitos: o conjunto de direitos fundamentais que os membros de uma comunidade atribuem-se reciprocamente quando pretendem regular a sua convivência através do Direito Positivo. E na perspectiva do novo direito constitucional o meio de regulação desse Direito Positivo é a Constituição.

Este sistema de direitos garantirá aos indivíduos liberdades subjetivas de ação que lhes permitirão agir de acordo com seus próprios interesses (autonomia privada). De outro lado, o princípio democrático (autonomia pública) funcionará como garantia de legitimidade do procedimento legislativo através de iguais direitos de participação e comunicação, facultando aos indivíduos o direito de se reconhecerem como autores e destinatários das normas a que se submetem.

Exposta a ideia de cooriginariedade entre autonomias pública e privada dos cidadãos, estes, ao estabelecer seu sistema de direitos, devem prever uma série de direitos subjetivos:

- 1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de liberdades subjetivas de ação (...)
- 2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- 3) direitos fundamentais que resultam da possibilidade de postulação de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.³⁶

Estas três categorias de direitos de liberdade devem ser interpretadas como garantias da autonomia privada de sujeitos que se reconhecem como destinatários de leis e que, adquirem, assim, a pretensão de instituir direitos e fazê-los valer reciprocamente.³⁷ No próximo passo, os sujeitos de direito passam a autores de sua ordem jurídica, assim enunciada por Habermas:

- 4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.³⁸

Assim, esta categoria de direitos encontra aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais e na posterior configuração política dos direitos fundamentais arrolados acima. Aqui se passa ao momento de institucionalização

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 159.

³⁷ *Ibid.*, p. 159.

³⁸ *Ibid.*, p. 159.

democrática de direitos, em que os cidadãos aparecem não apenas como destinatários das leis como seus autores.

5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).

Deste modo, direitos humanos e soberania popular se pressupõem reciprocamente, sem que um possa ter prioridade sobre o outro. Em outras palavras, o exercício das liberdades políticas de comunicação e participação pressupõe as liberdades privadas para que tal participação seja realmente livre e institucionalizada; de outro lado, as liberdades privadas devem ser estabelecidas consensualmente. A isso se chega pelo do exercício público da autonomia, isto é, por meio de procedimentos democráticos.

Diz Habermas:

O visado nexos internos entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade.³⁹

Habermas apresenta três dimensões de validade do direito: i) a legitimação por um procedimento legítimo; ii) que no direito moderno vai exigir a participação de cidadãos no processo legislativo; e iii) para só assim conquistar uma validade social provisória, constantemente sujeita à crítica.

Em relação à primeira dimensão de validade do direito, a existência de um procedimento legítimo de construção legislativa, sendo determinada pelo fato de ser direito apenas aquilo que obtenha força de direito através da criação através de procedimentos jurídicos válidos.⁴⁰ Nessa dimensão, a validade social do direito é diretamente relacionada à capacidade de coerção da regra.

A outra dimensão de validade do direito pressupõe a possibilidade de justificação discursiva de sua validade. Essa justificação, no direito moderno, pressupõe a participação de toda a comunidade do direito nos processos políticos. Nessa dimensão, os direitos de comunicação e de participação política surgem como condição de possibilidade de um processo legislativo legítimo. Nas palavras do próprio Habermas, “o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo

³⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade Vol. I. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2012, p. 137.

⁴⁰Ibid. p, 50.

*tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático*⁴¹. Assim, a pretensão de legitimidade do direito se dará através da força socialmente integradora da vontade livre de todos os cidadãos.

Na sociedade contemporânea, o direito estará sempre sujeito à crítica, posto à prova. A terceira dimensão de validade do direito está na mediação da tensão entre uma comunicação circunscrita e a sempre presente possibilidade de liberação dessa circunscrição comunicativa para um resgate discursivo das suas pretensões de validade. Noutras palavras, a validade estará relacionada ao nível das justificações não circunscritas (validade) a respeito de situações circunscritas (facticidade).

A partir desta dimensão, pode-se verificar como o direito age para minorar o risco de dissenso na integração social. Nessa linha, a positividade do direito cria uma facticidade que limita a possibilidade de discussão, mas, ao mesmo tempo, possibilita a crítica através do discurso de pretensões de validade sobre a facticidade da comunicação circunscrita. Os conflitos que tragam alto grau de dissenso podem ser resolvidos a partir da própria tensão entre facticidade (coerção) e validade (aceitabilidade), garantindo resposta adequada e legítima.

Nesse sentido:

O papel principal do Direito no que se refere à integração social se deve ao fato de que o risco do dissenso resta neutralizado agora não mais por uma autoridade sacra ou por instituições fortes que mantinham fora do criticável determinados conteúdos axiológicos e deontológicos. O posto de centralidade do Direito se deve a uma limitação na medida em que a validade das normas não pode ser questionada quando de uma pretensão individual orientada ao êxito. O Direito legítimo é coercitivo e esta coercibilidade possível reflete a aceitabilidade racional e não-questionabilidade da validade desse fato – tensão entre facticidade e validade. Do contrário, o risco de dissenso estaria absurdamente largado, o que colocaria em risco a própria solidariedade social garantida, em última instância, pela ação comunicativa que, assim, fica aliviada de buscar soluções orientadas ao entendimento.⁴²

1.4.1 Direito e procedimento

⁴¹Ibid., p. 53.

⁴² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 236.

Partindo da ideia anteriormente exposta de cooriginariedade entre autonomia pública e privada, Habermas vai propor a substituição do paradigma do “contrato social” por um modelo procedimentalista de discurso ou deliberação: “*a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso*”⁴³.

Nesse contexto, a forma do direito baseada em leis gerais e abstratas também é substituída por um modelo procedimental de formação discursiva da opinião e da vontade. Dessa forma, é possível a mediação entre os interesses particulares da autonomia privada e os interesses coletivos do bem comum da autonomia pública dos cidadãos. Tradicionalmente, este conflito era resolvido através de leis gerais e abstratas, mas Habermas propõe a superação deste modelo, apresentando um modelo discursivo de formação da vontade e da opinião. Ele vai propor um modelo de direito que prevê a compatibilização discursiva entre a vontade individual e a vontade da maioria com base na força dos melhores argumentos surgidos dialogicamente

O direito, então, institucionalizará um modo de mediação da tensão entre a ética dos direitos humanos (autonomia privada) e a moral universal da soberania popular (autonomia pública).

Nesta perspectiva, a autonomia privada pode ser compreendida como uma liberdade comunicativa, uma liberdade de argumentação em discursos ou de não argumentar ou de se retirar dos espaços públicos de discussão. A ideia de Habermas passa pela superação do modelo de legitimidade do direito através de leis gerais e abstratas, apontando para um novo modelo de estabelecimento de procedimentos de participação discursiva na busca do consenso.

Assim, o procedimento discursivo transforma os destinatários do direito em seus autores, gerando graus de legitimidade mais elevados. Esse procedimento discursivo pode constituir o espaço público de discussão acerca da validade do direito. Nesse espaço, juridicamente institucionalizado, o consenso pode ser obtido pela força do melhor argumento. Desta forma, os autores serão, ao mesmo tempo, destinatários do direito capazes de motivar racionalmente as ações sociais com graus mais elevados de legitimidade e ação social.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2011, p. 309.

Desse modo, Habermas estrutura um procedimento discursivo onde cada cidadão pode participar, com igualdade de chances e condições, na formação pública da vontade e da opinião. O consenso surgido dessa discussão através dos melhores argumentos representa, então, a autonomia pública dos cidadãos envolvidos.

Habermas vai sustentar que o princípio do discurso tem que ser aplicado pelos próprios cidadãos participantes do discurso. Segundo ele “*enquanto sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam se submeter como destinatários*”⁴⁴ e para isso necessitam “*ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo*”⁴⁵. Para Habermas, os cidadãos devem participar “*em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir à tona*”⁴⁶.

Como já dito alhures, Habermas vai sustentar que a institucionalização pelo direito do princípio do discurso possibilita a mediação entre a autonomia privada e pública dos cidadãos. Porém, Habermas alerta que para que essa relação jurídica entre autonomia pública e privada seja duradoura, esse processo não pode se limitar às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos, devendo expandir-se para o poder político, onde o direito encontra a sua obrigatoriedade fática e implantação. Isso resulta na necessidade de “*canalizar o poder político, executivo, de organização e sanção, pelas vias do direito*”⁴⁷, que se pode afirmar ser a ideia do Estado de Direito.

O exercício desse poder político, de sanção e organização é a realização do Estado como garantia da realização das ações, programas, criados discursivamente pelos cidadãos⁴⁸. Nesse aspecto, verifica-se que também o direito e a política são cooriginários.

Habermas sintetiza:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 163.

⁴⁵ Ibid., p. 163.

⁴⁶ Ibid., p. 164.

⁴⁷ Ibid., p. 169-170.

⁴⁸ Ibid., p. 171.

comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. (...) o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.⁴⁹

Essa ideia de organização estatal altera a forma como a soberania popular é representada, não mais sendo exercida por representantes reunidos ou por civis identificáveis, mas realizada de modo disperso em círculos de comunicação, foros, corporações, “fazendo-se valer na circulação de consultas e de decisões estruturadas racionalmente”⁵⁰, realçando a inexistência de um “soberano” no Estado de direito.

Essas consultas, a participação, garantem a legitimidade do poder político, que não mais se baseia numa instância mítico-religiosa de autoridade. A legitimidade do poder político é construída pelo consenso obtido pelo procedimento discursivo. Nesse sentido, o poder político é um poder comunicativo⁵¹.

Habermas sustenta que no Estado de Direito o poder político diferencia-se em poder administrativo e poder comunicativo. Para o filósofo alemão, o poder comunicativo é de onde resulta a formação da vontade e da opinião sob as condições ideais do discurso, que irá conferir legitimidade ao poder administrativo, este entendido como a institucionalização jurídica na forma do Estado de direito.⁵²

Ao princípio do discurso, então, incumbirá a realização do poder comunicativo. Ele garantirá as condições ideais para participação dos cidadãos, comunicativamente, visando a formação e a definição do poder político. O princípio do discurso cria, pois, as condições procedimentais para que os próprios participantes decidam, de acordo com o melhor argumento.

Do próprio Habermas:

No sistema de administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração: Ele forma simultaneamente o *medium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios

⁴⁹HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 171.

⁵⁰ Ibid. p. 173

⁵¹ Ibid. p. 189

⁵² Ibid., p. 173

segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado.⁵³

Nesse sentido, o direito desempenha duas funções para o Estado de direito: i) o direito instrumentaliza a organização do poder político; e ii) constitui o meio de transformação do poder comunicativo em poder administrativo de execução do direito.

Tratando do exercício do poder administrativo, Habermas faz interessante reflexão, muito ligada ao presente estudo, veja-se:

Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que se desenvolver através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimidade do Estado de direito. (...) as práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim, como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos de legislação ou de jurisdição.⁵⁴

Assim, a legitimidade do exercício desse poder administrativo condiciona-se a discursos de fundamentação com participação dos cidadãos nas decisões administrativas.

1.5 Democracia e Procedimento

1.5.1 Teoria Substancialista

Aqueles que adotam a teoria substancialista como linha de pensamento sustentam que a interpretação das normas insculpidas na Constituição deve ser feita considerando-se o conteúdo axiológico constatado em sua essência.

Defendem assim uma postura mais ativa do Poder Judiciário e da Corte Constitucional na garantia da essência da Constituição, sendo favoráveis a uma interpretação e aplicação politizada do Direito. Como integrantes deste eixo temos, à guisa de exemplo, na Europa, Mauro Cappelletti, Jorge Miranda e OtfriedHöffe, nos

⁵³ Ibid., p. 212.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 183.

Estados Unidos da América, Bruce Ackerman, Laurence H. Tribe, Cass R. Sustein e Ronald Dworkin, no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, Lênio Luiz Streck, Luis Roberto Barroso, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Paulo Bonavides, Clémerson Clève, André Ramos Tavares, Andreas Krell, Celso Antônio Bandeira de Melo, Gilberto Bercovici, entre outros.

A teoria substancialista entende, como o próprio nome diz, a Constituição como algo substantivo, que contém valores (direito fundamentais, coletivos, sociais) que o constituinte determinou como passíveis de realização criando um núcleo essencial não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que necessita ser resgatado. É a Constituição, pois, este texto que consagra direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizam relevantes valores de uma sociedade (justiça, liberdade e igualdade), e que os juízes e tribunais podem implementar tais aspirações constitucionais para que tais valores não se transformem em promessas esquecidas.. Deste modo, a Constituição, na perspectiva substancialista, define a forma do agir político-estatal, partindo do pressuposto de que a Constituição explicita o contrato social, pelo constitucionalismo dirigente como resultado de um processo constituinte. Na esteira da teoria substancialista, a implementação de valores e valores substantivos representam condição de validade da própria Constituição. Neste sentido, a Constituição simboliza o elo entre direito e política evidenciando um conteúdo compromissório a partir da concepção de direitos fundamentais como valores a serem concretizados. A justiça assume, pois, um papel fundamental na efetivação dos direitos fundamentais.⁵⁵

O substancialismo proporciona uma evidente linha interpretativa das regras e direitos a partir da observância de princípios e valores morais de uma comunidade, visando a garantia e efetivação dos direitos fundamentais nesta comunidade.

Na perspectiva substancialista, o Poder Judiciário tem papel relevante para o aumento da capacidade de incorporação ao sistema político, garantindo aos grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direitos no processo judicial, assumindo o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos

⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2006, p. 23.

textos constitucionais.⁵⁶ Nesse contexto, ganha relevância as decisões judiciais nos casos concretos como meio de legitimação dos direitos e pretensões das minorias.

Corroborando a ideia acima, sustenta Lênio Streck, para quem se alterou a relação entre direito e política, não estando mais o direito subordinado à política, como se instrumento dela fosse, mas, pelo contrário, a política transforma-se em instrumento da atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais.⁵⁷ E vai além, afirmando existir uma “função transformadora assumida pelo Direito, que exsurge do caráter dirigente e compromissório do Texto Constitucional”⁵⁸.

No mesmo diapasão, Gilberto Bercovici assevera que a Constituição “não fixa apenas os meios sem se comprometer com os fins”⁵⁹. Noutras palavras, a teoria substancialista aponta, como função da Constituição, a adoção de determinados valores ou princípios tidos por relevantes pela sociedade e a sua retirada do espectro decisório popular. Integra uma pauta de valores previamente estabelecidos, especialmente por se tratar da realização, pelo Direito, de princípios jurídicos já admitidos socialmente. Com efeito, as posturas substancialistas têm valorizado a Constituição como instrumento vinculante e programático, argumentativo da conservação do Estado Democrático de Direito que ainda resguarda a ordem e a liberdade nos países de modernidade tardia, não olvidando a politicização do Direito.

Ronald Dworkin dá grande contribuição à teoria substancialista com seu princípio da integridade, que se preocupa como os indivíduos podem ter outros direitos, além dos criados de uma decisão ou na prática expressa. Havendo dúvidas sobre como se pode ter direito ao reconhecimento judicial de um direito quando não se encontram decisões judiciais ou práticas sociais que decidam de acordo com determinada perspectiva, a integridade pressupõe equidade e justiça⁶⁰. Tal procedimento não permite, pois, a criação de direitos pelo magistrado, mas a teoria

⁵⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. In: Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 57. jan./abr./2006, p. 36.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 48.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, estado e constituição. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 280.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Os direitos levados a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

dworkiniana proporciona a construção dos direitos pelas partes a partir de princípios, abandonando-se a perspectiva unilateral das regras como no positivismo⁶¹.

Nessa perspectiva, o ideal democrático não se concretizaria apenas com os poderes eleitos estabelecidos na Constituição. Reportando à tripartição de poderes e aos sistemas do *checks and balances* pode-se afirmar que todos os poderes exercem função essencial e de maneira horizontal, inexistindo hierarquia, no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, também o Judiciário estaria atuando de maneira legítima e democrática quando decide um caso diante da omissão dos poderes executivo e legislativo.

Com efeito, a atuação judicial representa importante mecanismo de representação, até por seu caráter contra-majoritário, desempenhando, um poder judiciário independente, um papel indispensável para a democracia⁶².

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca em xeque, pois, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.

[...] Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais fundamentais, o poder judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente, no que pertine à jurisdição constitucional.⁶³

Dessa forma, Lênio Streck entende o Estado Democrático de Direito como uma síntese dos momentos historiográficos dos Estados, um avanço, um *plus* acrescentado ao Estado de Direito.

1.5.2 Teoria Procedimentalista

A teoria procedimentalista tem em Jürgen Habermas um de seus maiores expoentes. Essa teoria preocupa-se fundamentalmente com “*buscar a construção de*

⁶¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶² CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 95-96.

⁶³ STRECK, Lênio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 186-187.

*procedimentos éticos de deliberação, dada a impossibilidade da revelação de valores éticos a priori*⁶⁴.

A corrente procedimentalista é crítica do ativismo judicial, pois, segundo seus teóricos tolheria a voz da vontade popular, que apenas seria ouvida, numa sociedade complexa e pluralista como a atual, a partir do debate travado num espaço público adequado. Assim, a sociedade deveria exercer sua autonomia no seio das deliberação legislativas.

Nesta seara, as Constituições apresentariam a principal finalidade de estabelecer os procedimentos democráticos propícios para que as decisões consensuais possam ser construídas coletivamente.

No pensamento procedimentalista, o exercício da jurisdição constitucional deveria pautar-se especificamente na busca de salvaguardar os princípios democráticos. Neste aspecto, a decisão judicial no controle de constitucionalidade não poderia afastar a vontade popular estabelecida a partir de um consenso racionalmente construído, salvo em casos de vícios envolvendo as regras procedimentais fiadoras do procedimento democrático.

Como adeptos desta linha é possível citar, na Europa, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas e Antoine Garapon, nos Estados Unidos da América, John Hart Ely e John Rawls, no Brasil, Marcelo Cattoni Oliveira, Rosemiro Pereira Leal, Cláudio Pereira Souza Neto, Gisele Cittadino e, também na América do Sul, Carlos Santiago Nino⁶⁵.

Habermas, diversamente de Dworkin, sustenta que a formação democrática não decorre da convergência preliminar em relação a convicções éticas consuetudinárias, mas tira sua força legitimadora de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, surjam os melhores argumentos⁶⁶.

No mesmo sentido, Antoine Garapon faz duras críticas à invasão da sociedade pelo judiciário, o que, para ele, levaria ao enfraquecimento da democracia representativa. J. H Ely também compartilha do paradigma procedimentalista,

⁶⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. P. 216/217

⁶⁵ Salienta-se que a diversidade de construções teóricas elaboradas pelos representantes do procedimentalismo, sendo muitas delas bastante complexas. Não se pretende explicar, neste estudo, por não ser seu objeto, com rigor científico cada um dos autores. Permite-se maior alongamento acerca do estudo de Jürgen Habermas em razão da afinidade com sua teoria e em razão de sua Teoria Discursiva do Direito impactar diretamente nos resultados desta pesquisa.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 345

aduzindo que o tribunal constitucional somente conserva sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. Discorda, dessa maneira, não apenas da jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin.

Sustenta Habermas que o direito positivo tem de ser legítimo, e essa legitimidade seria alcançada através do processo legislativo, pois, o *locus* da integração social seria a legislação. No pensamento habermasiano, nesse local supõe-se que os participantes deixem a condição de sujeitos privados do direito e assumam a condição de cidadãos⁶⁷. A associação destes cidadãos conduzirá a um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação, que poderiam ser encontrados nas tradições, costumes ou no mundo prático. Nesse ponto, validam-se conjuntamente Direito e Democracia através do procedimento discursivo.

Interessante destacar que na visão procedimentalista de Habermas inexistente a possibilidade de um Estado de Direito desconectado de um modelo democrático que confira autonomia ao cidadão. Nessa perspectiva é possível apenas o Estado Democrático de Direito onde se verifica a coesão interna entre Direito e Democracia.

Nesta senda, não há especificação ou indicação de conteúdos ou temas a serem tratados ou que não possam ser tratados, mas apenas procedimentos que regulem como os participantes podem alcançar o consenso livre e universalmente válido a respeito dos conteúdos das normas. Substitui-se a razão prática – o que devo fazer – pela razão comunicativa – como devo proceder para saber o que devo fazer – permitindo através da linguagem levantar pretensões de validade por meio da argumentação. Ao direito não caberá o papel de colonizador do mundo vivido, ou burocratizador das relações sociais, devendo somente definir procedimento de regulação de conflitos, conforme as estruturas de ação ordenadas ao entendimento⁶⁸.

Segundo Habermas “o *paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático*”⁶⁹. Este apego, por assim dizer, ao procedimento democrático permite que a qualquer momento um

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 52-53.

⁶⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito e racionalidade comunicativa. Curitiba: Juruá, 2007.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 183.

determinado tema seja debatido na esfera pública política, pressupondo o acatamento da opinião pública, tanto por parte do parlamento como da administração.

Com efeito, Habermas apresenta o núcleo procedimentalista como “*a combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada*”⁷⁰.

Nessa trilha, o papel dirigente da Constituição e a sua “força normativa” têm perdido força diante dos imperativos da globalização econômica. Segundo Habermas, os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito⁷¹. Nesse sentido, a Constituição passa a determinar procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Somente as condições processuais de gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Habermas defende os procedimentos de criação democrática do Direito, garantindo o direito de todos participarem de forma igualitária da discursividade produtora dos sentidos jurídicos. Desta forma, torna inevitável a viabilização da conversação das pluralidades e a produção de consensos, partindo de um procedimento que permita a inclusão de todos os cidadãos nos ambientes discursivos. Numa sociedade pluralista, portanto, a fundamentação das normas jurídicas resulta de um procedimento democrático que garanta a participação de todos na formulação do Direito. A democracia procedimental, neste prisma, apresenta função normativa, elaborando um modelo de Direito que “*pode se desenvolver e forma a cumprir sua tarefa de permitir a coexistência de diferentes projetos de vida sem ferir as exigências de justiça e segurança, necessárias à integração social*”⁷².

Streck critica Habermas asseverando que o alemão esquece o novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Contudo, Habermas concebe, sim, um novo paradigma, o procedimentalista, pautado na ética do discurso. A diferença

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 185-186.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 242.

⁷² GALLUPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 152.

marcante é que para Streck, o Direito no Estado Democrático é um transformador, sendo que para Habermas seria apenas um *medium* entre a sociedade e o Estado.

A teoria procedimentalista, na concepção habermasiana, portanto, apresenta o procedimento como o ideal de validade e legitimação de uma decisão uma vez que o procedimentalismo é universal, não variando, pois o que é válido agora será válido a qualquer tempo, enquanto o que é substancial não tem caráter universal, pois seu conteúdo é relativo, sendo algo válido hoje para determinada comunidade, mas podendo não sê-lo em outro momento.

1.3.3 Teoria Mista

A teoria mista busca a conciliação entre as duas teorias anteriormente expostas (substancialista e procedimentalista). A conciliação tem lugar tomando-se em consideração a insuficiente ideia de que o Judiciário atuaria apenas como defensor dos procedimentos democráticos, não sendo a ele permitido ultrapassar as regras do procedimento, assim como também é insuficiente o pensamento de que o Judiciário ficaria imune às decisões arbitrárias tomadas com base na convicção pessoal do juiz. Verifica-se, portanto, a impossibilidade de a decisão fundamentar-se apenas na forma ou no conteúdo, ou, ainda, apenas no procedimento ou na fundamentação⁷³.

Tanto Habermas quanto Dworkin reconhecem em suas teorias o seu caráter idealizado, o que se verifica tanto na ideia habermasiana da situação ideal de comunicação discursiva, como no juiz Hércules de Dworkin. Essa condição ideal torna complexo o emprego puro e isolado de qualquer uma das teorias considerando o contexto multicultural contemporâneo. Essa complexidade levará a uma aproximação de aplicação das duas teorias, propiciando meios de conciliação entre elas. Oliveira exemplifica essa aproximação entre as duas teorias na tentativa complexa de conceituar Democracia. A conceituação de Democracia exige, para se conceber se determinado procedimento é democrático ou não, a emissão de juízo substancial, vale dizer, na constatação de uma racionalidade formal ou

⁷³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 137-138.

procedimental sempre estará basicamente um argumento de valor material. Dentre as várias concepções possíveis de Democracia, como dos direitos e obrigações dela inerentes e decorrentes, exige-se a pré-compreensão do que seriam os princípios democráticos, para daí verificar-se se o procedimento utilizado foi democrático ou não. A resposta a essa questão é alcançada através de uma decisão material e não formal⁷⁴.

Nessa hipótese, toda teoria procedimentalista teria em sua gênese uma teoria material ou substancial. Nesse sentido, justifica-se a atuação dos Tribunais Constitucionais ou mesmo do poder judiciário exercerem dupla função: guardiões da Democracia e da Constituição e julgadores da constitucionalidade das leis e processos para decretação da legitimidade de seu procedimento, mas, ao mesmo tempo, julgadores da legitimidade dos conteúdos materiais.

É importante ter em consideração que mais que o meio como se obtém uma decisão, é ela própria, a decisão, o objeto mais importante e almejado. Exige-se, portanto, uma análise aprofundada do que seria o procedimento democrático e decisão conteudística para então se encontrar o caminho mais próximo da legitimidade.

A título de exemplificação, Oliveira traz alguns casos concretos para análise. Veja-se o caso da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. Questiona o autor se a transfusão de sangue ante a negativa do paciente infringe o procedimento democrático de deliberação. Não se obtém resposta unicamente baseado no procedimento para esta questão complexa. Entre o discurso da vida e o da liberdade religiosa, o procedimento argumentativo para defesa das respectivas teses necessariamente abordará conteúdos substanciais que proporcionarão correção e justificação na argumentação. Não havendo consenso, o juiz haverá de decidir o caso fundamentando ou em um procedimento ponderativo ou na convicção moral daquele grupo específico. Resumindo, nessa perspectiva, a aplicação do direito sempre ensejará abordagem mista dos procedimentos e conteúdos materiais⁷⁵.

Outra questão complexa colocada pelo autor é a hipótese de aborto de feto anencefálico. Questiona: estar-se-ia diante de uma questão procedimental ou material? E em relação às normas que negam direito de voto a residentes no país ou

⁷⁴ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 139.

⁷⁵ Ibid., p. 143.

restringem a elegibilidade de analfabetos? Segundo Oliveira, todos esses juízos importam exame de valor e exigem uma abordagem substancial para basear o procedimento decisório⁷⁶.

Nesse prisma, a conciliação entre Democracia e Justiça na sociedade contemporânea brasileira exige do aplicador do direito o reconhecimento de um pluralismo jurídico muito presente. É assaz reducionista o pensamento segundo o qual a legitimidade de uma decisão somente poderia ser verificada num procedimento, assim como não se pode admitir que uma decisão jurídica deva se sobrepor a qualquer procedimento e norma legal. Verifica-se, assim, a grande dificuldade de separação de procedimento de substância. Em relação ao procedimento, exige-se que o legislador se paute em juízos substantivos para se valer da razoabilidade e adequabilidade das questões. Não raras vezes as regras do discurso pedem do falante uma fundamentação material para o entendimento e convencimento recíproco. Da mesma forma para o administrador e o juiz que se valem ao mesmo tempo do procedimento e da substância. Quanto mais democrático um processo, maiores as chances de uma boa decisão⁷⁷.

A teoria mista aposta na melhor forma de equilibrar Democracia e Justiça a fim de que as decisões não excluam a forma dialógica e os mecanismos que deram origem a sua construção, mas também não abandone os conteúdos substanciais e a moralidade comum de um grupo, objetivando sempre a conciliação entre forma e matéria, procedimento e substância, democracia e justiça.

⁷⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145-147.

⁷⁷ *Ibid.*, 2010, p. 159.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO – DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE

2.1 A concepção tradicional

O mais clássico dos temas do direito administrativo é, sem sombra de dúvida, o ato administrativo. A expressão ato administrativo precede a publicação da primeira obra da matéria, em 1814, da lavra do italiano Romagnosi. O ato administrativo apresenta estrita proximidade com a trajetória do direito administrativo.

Diversos autores têm o ato administrativo como elemento caracterizador do Estado de Direito quando comparado ao Estado Absoluto ou ao Estado de Polícia, em relação à forma de agir das autoridades públicas.

As mudanças na concepção do ato administrativo podem ser notadas tendo-se em conta o enquadramento do ato administrativo nas obras de direito administrativo que a seguir serão brevemente apresentadas⁷⁸.

No Brasil, é a obra do Conselheiro Antônio Joaquim Ribas (professor da Faculdade de Direito de São Paulo, atual USP) a pioneira no ensino do direito administrativo, e em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, datado de 1866, dedica o Título II do livro à temática Administração, apresentando no Capítulo IX a Fórmula dos Atos Administrativos, onde pode levantar considerações descritivas acerca dos atos administrativos.

Em 1973, a obra *Droit Administratif* de Jean Rivero, apresentava o ato administrativo incrustado no título Dados Fundamentais da Ação Administrativa. O belga Jacques Dembour, em 1972, incluiu o ato administrativo na parte Atividade Administrativa de Direito Público em seu *Droit Administratif*.

Giannini, na terceira edição (1993) de seu *Diritto Amministrativo*, apresentou uma parte denominada A Atividade Administrativa onde tratou de uma seção

⁷⁸ As informações históricas apresentadas acerca do enquadramento do ato administrativo baseiam-se em Odete Medauar. Cf. MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36.

Administrar por Atos (*Provvedimenti*, na exata expressão), discorrendo sobre os atos administrativos e, posteriormente, tratou noutra seção de Administrar por Acordos.

Jaqueline Morand-Deviller discorre sobre o ato administrativo, acrescentando o adjetivo unilateral, em seu Direito Administrativo (11ª edição, 2009), na seção intitulada Fins e Meios de Ação Administrativo. Nota-se ainda a inclinação dos administrativistas franceses pela escola clássica do serviço público em Jean-Louis Autin e Catherine Ribot quando tratam do ato administrativo (unilateral) em O Serviço Público, na parte As categorias funcionais, onde também tratam do contrato administrativo.

Recentemente a doutrina italiana deixa de dedicar espaço específico para o tema ato administrativo, Cerullilelli, por exemplo, examina a temática ao estudar o processo administrativo, na fase decisória (*Corso de Diritto Amministrativo*, 2000). Também a título exemplificativo, Domenico Sorace estuda o assunto (com nome *provvedimento*) no espaço destinado à conclusão do processo administrativo (*Diritto delle Amministrazioni Pubblici – una introduzione*, 2000).

No Brasil, é significativa a obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que trata do ato administrativo em seção denominada Constituição da Relação Jurídica Administrativa (Curso de Direito Administrativo, 2009).

2.1.1 Estado de Direito e Direito Administrativo

Pode-se dizer que o direito administrativo é o conjunto de normas e princípios que norteiam a atuação da administração pública, estando incluído nos ramos do direito público.

O direito administrativo desenvolve-se a partir das primeiras décadas do século XIX e é com uma lei francesa que regula, em 1800, sistematicamente, a estrutura administrativa francesa, baseada na hierarquia e na centralização, que historicamente se tem considerado seu início⁷⁹.

Nesse período, início do século XIX, verifica-se uma vasta contribuição ao desenvolvimento do direito administrativo consistente nas concepções político-

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2009, p. 51.

institucionais que emergiam e faziam surgir normas reguladoras do exercício dos poderes estatais. É o começo das limitações e controles dos poderes estatais bem como da garantia de direitos individuais. O direito administrativo desenvolve-se, portanto, aproveitando das ideias de Estado de Direito que emergiam na época. Nessa toada, o desenvolvimento do direito administrativo tem como contribuição a teoria da separação de poderes que torna possível a criação de um direito da Administração com características próprias. O direito administrativo passa a ter profunda ligação com o funcionamento e ação do poder executivo, principalmente.

Entre 1814 e 1820, juristas italianos e franceses se dedicam a escrever sobre o direito administrativo, sendo que os autores franceses são os que tiveram mais destaque, dando origem aos fundamentos nucleares da doutrina e na própria formação do direito administrativo.

De fundamental importância para o desenvolvimento do direito administrativo é o Conselho de Estado francês que tinha como atribuição a emissão de pareceres em litígios referentes à administração pública, remetendo estes pareceres à apreciação do chefe do Poder Executivo francês. Diga-se que, a partir de 1872, este Conselho de Estado passa a atuar de forma independente, não dependendo mais da aprovação do chefe do Executivo, com suas decisões tendo força de coisa julgada. É da jurisprudência do Conselho de Estado francês que exsurtem o núcleo de muitos institutos e princípios do direito administrativo.

É a partir da segunda metade do século XIX que o direito administrativo consolida sua sistematização. Com base na jurisprudência e, especialmente, em autores italianos, franceses e alemães que se forma o núcleo principal do direito administrativo tendo como temas principais: autoridade do Estado, personalidade jurídica do Estado, capacidade de direito público, ato administrativo unilateral e executório, direitos subjetivos públicos, jurisdição administrativa, poder discricionário, interesse público, serviço público, poder de polícia, hierarquia, contratos administrativos.

Interessa a este trabalho especificamente o tema do ato administrativo.

Acima se verifica que o direito administrativo desenvolve-se com a ideia de limitação dos poderes do Estado, isso, fundamentalmente, a partir do surgimento do Estado de Direito que submete a atuação estatal à lei. A submissão da administração à lei representa um dos princípios do direito administrativo, o princípio

da legalidade. Dessa forma, a atuação estatal, na ideia básica do Estado de Direito, deve pautar-se pelo direito.

2.1.2. O ato administrativo

Desta limitação da atuação estatal, fazendo-a orientar-se pelo direito, não mais cabendo ao governante de turno agir a seu bel prazer, aparece um novo conceito, a de ato administrativo, uma espécie de ato jurídico. Medauar⁸⁰ informa que a locução “ato administrativo” seria empregada pela primeira vez em 1812 na 4ª edição do Repertório de Guyot, donde também poderia extrair o seu primeiro conceito: *“uma decisão de autoridade administrativa ou uma ação, um fato da administração que tenha relação com suas funções”*.

A sujeição da ação estatal ao direito cuida-se, portanto, de uma importante mudança na atuação estatal, considerando as práticas do Estado absolutista, onde a ação do soberano era ilimitada, dependente de sua vontade pessoal, impondo-se à autoridade o respeito à parâmetros fixados anteriormente com objetivo de assegurar o respeito ao direito dos particulares.

Pelo já visto, o ato administrativo é o meio de exteriorização da vontade da administração, é por meio do ato administrativo que atua a administração pública.

Já se disse que o ato administrativo é uma espécie de ato jurídico que, no direito, nada mais é que a manifestação de vontade ou a manifestação de um sujeito que acarreta efeitos jurídicos.

Na atuação estatal uma série de atividades é realizada por seus agentes que se expressam por meio de atos que produzem efeitos jurídicos, são os atos administrativos.

Segundo Odete Medauar:

O ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.⁸¹

⁸⁰MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009,p. 168.

⁸¹Ibid., p. 169.

Numa linha de pesquisa, o ato administrativo é decorrência da ideia de separação de poderes, exigindo-se que cada um dos poderes tivesse um meio de exteriorização de suas decisões, ao Poder Executivo, portanto, caberia a manifestação através de atos administrativos, diferenciando-se da lei (Legislativo) e da sentença (Judiciário). Inicialmente, na escola francesa, o ato administrativo decorria da separação entre jurisdição e administração, fugindo da apreciação dos tribunais judiciais, o que foi denominado por alguns autores de concepção processualista⁸².

Noutra linha, a concepção do ato administrativo relacionava-se com a ideia de Estado de Direito. A administração, representada pelo Poder Executivo, deveria agir conforme os ditames legais.

De outro lado, Otto Mayer, em construção muito repercutida, vincula o ato administrativo ao princípio da legalidade, decorrente do Estado de Direito, opondo-se aos atos emanados no período do Estado Absoluto.

Outra ideia apresentada em decorrência da ideia de Estado de Direito é a que concebe o ato administrativo como meio prévio à concretização de um intuito do governante; cabendo à teoria do ato administrativo estabelecer normas para sua edição e prefixar seus efeitos, representando uma forma de garantia aos particulares em face da ação administrativa, já se percebe nesta situação uma submissão da ação administrativa a esquemas preordenados. No direito administrativo contemporâneo, Schmidt-Assmann, em simetria com essa teoria caracterizada pela tipicidade, sustenta que o ato administrativo

(...) proporciona aos cidadãos, uma expectativa clara do que se vai levar a cabo sob responsabilidade da Administração; refere-se à segurança jurídica do destinatário do ato, citando exemplos do direito alemão; e menciona, ainda, ser o ato administrativo necessário para estabelecer pontos de referência claros e seguros nos âmbitos em que se produz convergência entre Estado e sociedade.⁸³

⁸²SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo. 2. ed. Madrid: 2000. Vol. II apud MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36

⁸³SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 319 apud MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36.

O direito alemão, por sua vez, fundamenta a elaboração teórica do ato administrativo na possibilidade de controle pelos tribunais, sejam eles judiciários ou administrativos. Na concepção alemã, ao mesmo tempo em que representa privilégio da administração, o ato administrativo constitui meio de acesso dos particulares aos tribunais quando se sentirem lesados em seus direitos.

Em caminho semelhante, o italiano Giannini assenta que o ato administrativo decorre da introdução e encontro dos princípios da separação de poderes, da legalidade da ação administrativa e da acionabilidade das pretensões do cidadão em conflito com a administração.

2.1.2.1 Ato e *provvedimento* administrativo

Quando se debruça sobre a doutrina italiana acerca do ato administrativo encontrar-se-á o termo *provvedimento*. A doutrina brasileira tem dificuldade para apresentar uma tradução literal, segura, para o português. Maior dificuldade encontra-se quando se pretende a tradução de textos italianos em que são tratados ato e *provvedimento*, numa diferenciação realizada lá e inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

A distinção, no direito italiano, pode ser encontrada na jurisprudência, que difere atos preparatórios ou instrumentais de atos definitivos, sendo estes últimos os atos administrativos propriamente ditos, chamados pela doutrina de *provvedimento* administrativo. Nesse sentido, seria o *provvedimento* administrativo o ato pelo qual a autoridade atendendo ao interesse público, exerce seu poder e interfere em situações subjetivas dos particulares, tal como aqui se entende o ato administrativo. Na diferenciação italiana o *provvedimento* seria resultado do exercício de uma *potestà* administrativa que o ato administrativo (italiano) não tem⁸⁴.

⁸⁴MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36.

2.1.2.2 Atos de império e atos de gestão

Os dois termos são originários do direito francês para estabelecer uma definição de competência dos tribunais judiciais e administrativos em relação aos atos editados pela administração. Assim, seriam os atos de império aqueles atos administrativos por excelência, advindos das prerrogativas públicas e que dirigiam ordem aos cidadãos, sendo questionamentos a ele destinados da competência dos tribunais administrativos. Já os atos de gestão seriam resultado do uso de fórmulas do direito privado e sua análise de competência dos tribunais judiciais. Os atos de gestão, apesar de continuar presentes em estudos sobre o direito administrativo, acabaram sucumbindo às críticas e descartados.⁸⁵

2.1.2.3 Atos da Administração e atos administrativos

Eis uma expressão em desuso no direito administrativo contemporâneo, Atos da Administração, mas por estar presente em alguns estudos, é prudente tratar do assunto em poucas linhas. Por Atos da Administração entender-se-iam aqueles atos ou medidas da administração que não tivessem enquadramento em determinado conceito de ato administrativo, passando ao rol de atos da administração. Considerando a amplitude da noção de ato administrativo do ordenamento brasileiro pouco sobriaria para ser classificado como atos da Administração.

Odete Medauar aponta a distinção como aleatória e sugere tratar o assunto apenas sobre a abrangente figura do direito administrativo em virtude de se incluir no rol dos atos administrativos todos os atos, inclusive aqueles que outrora apresentavam classificação diversa⁸⁶.

⁸⁵MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36, p. 22.

⁸⁶*Ibid.*, p 22.

2.1.3 Evolução histórica do conceito de ato administrativo

2.1.3.1 Conceituações de fins do século XIX até os anos 1960

No final do século XIX, Otto Mayer, em seu Direito administrativo alemão, conceituou o ato administrativo como “*o pronunciamento autoritário de pertinência da administração, determinativo no caso particular para o súdito do que para ele deve ser conforme o direito*”. Nota-se, na conceituação de Mayer a presença da expressão súdito, resquício do absolutismo, que, seria, substituído pelos autores subsequentes por administrado.

Para Hauriou, em início do século XX, “*ato administrativo é a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos emitida por autoridade administrativa em forma executória, isto é, a comportar a execução de ofício*”.

Na Alemanha, na década de 30, Fritz Fleiner conceitua o ato administrativo como “*uma ação autoritária do órgão administrativo que constitui, modifica ou extingue relações jurídicas entre a administração e o administrado*”.

Em 1951, o italiano Zanobini lança conceito que, ainda hoje, pode ser encontrado em obras italianas, segundo o qual o ato administrativo representaria “*qualquer declaração de vontade, de desejo, de conhecimento, de juízo realizado por um sujeito da administração pública no exercício de um poder administrativo*”.

2.1.3.2 Conceituações da década de 70 até finais do século XX

Themistocles Brandão Cavalcanti, em 1973, conceituou atos administrativos como “*manifestação da atividade administrativa, emanadas do Poder Executivo, de direito público, capazes de produzir consequências jurídicas*”⁸⁷.

⁸⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Teoria dos atos administrativos. São Paulo: Ed. RT, 1973, p.36.

Para Caio Tácito, “*todos os atos praticados por um órgão administrativo, pelos quais o Estado estabelece ou modifica uma situação jurídica individual ou, ainda, concorre para sua formação*” são atos administrativos⁸⁸.

Devolvé sintetiza ato administrativo como “*ato jurídico adotado unilateralmente por uma autoridade administrativa, dizendo respeito à ordenação jurídica e afetando os direitos e obrigações de terceiros sem seu consentimento*”⁸⁹.

Em Boquera Oliver, “*ato administrativo é a declaração de vontade que cria unilateralmente e impõe consequências jurídicas a um sujeito ou sujeitos com presunção juris tantum de sua legalidade*”⁹⁰

Já no final do século XX, Agustín GORDILLO conceitua ato administrativo como “*uma declaração unilateral realizada no exercício da função administrativa que produz efeitos jurídicos individuais de forma imediata*”⁹¹.

2.1.3.3 Conceituações no início do século XXI

Garcia de Enterría e Ramon-Fernandez conceituam o ato administrativo como “*declaração de vontade, de juízo, de conhecimento ou de desejo realizada pela Administração no exercício de um poder administrativo distinto do poder regulamentar*”⁹².

Na França, Jacqueline Morand-Deville define ato administrativo unilateral como “*uma decisão que modifica a ordem jurídica existente, confere prerrogativas aos particulares ou determina obrigações ao seu encargo*”⁹³

Diogo de Figueiredo Moreira Neto tratando ato administrativo como “*manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto*

⁸⁸ Direito Administrativo, 1975, p. 56 apud MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36.

⁸⁹ DEVOLVÉ, Pierre. L'Acte administratif. Paris, Sirey, 1983, p.11. Tradução livre de Odete Medauar.

⁹⁰ BOQUERA OLIVER, José Maria. Tradução livre de Odete Medauar.

⁹¹ GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo – El acto administrativo 4.ed. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1999, t.3, p. IV-43.

⁹² ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas –Ramon Curso de Derecho Administrativo. V. I. 10. ed. Madri: Civitas, 2000, p. 540

⁹³ Droit administratif. 11.ed. Paris: Montchrestien, 2009, p. 372.

*constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes*⁹⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define como “*declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”⁹⁵.

Marçal Justen Filho diz que “*ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa*”⁹⁶.

De todos os conceitos trazidos, desde o final do século XIX até os dias atuais, nota-se que, apesar do passar dos anos e a evolução das relações sociais e do próprio direito, a conceituação do ato administrativo não mudou muito. Ao menos tradicionalmente, tem-se alguns pontos fundamentais, quais sejam: manifestação, vontade e unilateralidade; estes seriam os três elementos característicos do conceito de ato administrativo e que será visto a seguir.

2.1.4 Manifestação, vontade, unilateralidade – presença constante no conceito de ato administrativo

Nos diversos conceitos transcritos acima, nota-se, desde as primeiras conceituações, a presença ou da expressão declaração ou da expressão manifestação, que poderia causar questionamentos se apresentariam o mesmo sentido ou, ao contrário, representariam sentidos diversos.

Com efeito, Agustín Gordillo faz duas considerações a respeito dos vocábulos. Na primeira consideração, ele entende a palavra declaração no sentido de declaração de conhecimento, em oposição a locução manifestação de vontade. Seriam exemplos de atos administrativos, nesse sentido, uma certificação, um atestado, um diploma, um ato de registro ou a expressão de opinião ou juízo⁹⁷.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 152

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 196.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 367.

⁹⁷ GORDILLO, Agustín, Op. cit. p. III-17 a III-18

Aponta numa segunda consideração no sentido de utilização da expressão declaração, compreendida em seu sentido mais amplo, abarcando a ideia de exteriorização de um processo intelectual tanto volitivo como cognitivo e de opinião e juízo. Busca-se na raiz etimológica das palavras a razão para a preferência por declaração por representar um esclarecimento, conquanto a raiz de manifestação significa uma ideia mais grosseira de golpear com a mão. No seu entendimento, mais adequado e mais fino seria a utilização de declaração⁹⁸.

Odete Medauar ressalva a dificuldade de percepção de diferença profunda entre os dois vocábulos, que impactem sobremaneira na conceituação do ato administrativo. Propõe, todavia, que o ato administrativo seja concebido como “*um dos modos de expressão de decisões tomadas por órgãos e autoridades estatais*”, visando inclusive estabelecer um distanciamento em relação ao conceito de ato jurídico próprio do direito privado⁹⁹.

Outro termo recorrente nas conceituações de ato administrativo apresentadas é vontade. Sobre o termo há que se atentar ao fato de que não se trata da ideia de manifestação de vontade tal qual no direito privado, como fator psíquico, subjetivo, decorrente da autonomia do agente privado, não sendo aplicável na esfera do direito administrativo.

A utilização do termo vontade merece ponderações quando relacionado à ideia de ato administrativo. Nesse prisma a formação do ato administrativo deve obediência a um processo específico, a formação da vontade, pois, deriva de uma construção processual, não sendo a vontade do agente público.

Nesse sentido:

(...) o poder público atende à regra da impessoalidade e suas decisões são o produto do modo de ordenação das funções e desenho da organização; se assim não for, o ato se tornará produto do servidor público – ou do soberano ou do príncipe – carregando-se de significados subjetivo.¹⁰⁰

Aqui no Brasil, também Marçal Justen Filho faz objeção à palavra vontade substituindo-a por vontade funcional, justificando que “o ato administrativo

⁹⁸GORDILLO, Agustin. Op. cit.,p. III-20 e III-22.

⁹⁹MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36,p. 28.

¹⁰⁰CASSESE, Sabino. Le basi del diritto amministrativo. 6. ed. Milano: Garzanti 2000, p.341 apud MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções e abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36.

*aperfeiçoa-se por meio de uma vontade objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, e não como processo psicológico de satisfação de um interesse individual*¹⁰¹.

E finalmente, a palavra unilateral – das três a que mais interessa a este trabalho – presente na conceituação de direito administrativo especialmente na escola francesa. A utilização do termo unilateral dá a impressão de que a decisão administrativa tenha sido produzida unicamente pela administração sem qualquer participação ou atuação dos seus destinatários, a saber, os administrados. Esta visão de unilateralidade representa uma visão de mundo da época em que as primeiras conceituações de ato administrativo foram realizadas. Naquela época, seria compatível com a percepção das relações Estado-sociedade então vigente – um Estado separado da sociedade e sociedade separada do Estado. Adicione a essa visão a concepção das prerrogativas estatais previstas na teoria do ato administrativo.

As transformações na relação Estado-sociedade, cada vez mais próximos, com a Administração buscando legitimidade através da busca de consensos para realização de suas ações, ocorreu uma alteração de sentido da palavra unilateral.

Na concepção contemporânea, a unilateralidade estaria relacionada à fonte de emanção do ato administrativo, não à decisão acerca de seu conteúdo ou ao processo de formação da decisão. Quer dizer, ainda que a decisão lançada num ato administrativo seja resultado de um acordo, um consenso, a competência para emissão do ato é da autoridade pública de forma unilateral.

2.2 O direito administrativo e Constituição

A Constituição de 1988 trouxe em seu bojo uma série de disposições que promovem uma alteração da tradicional representação do Direito administrativo autoritário¹⁰², com pouca atenção voltada aos direitos e garantias dos cidadãos¹⁰³.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 369.

¹⁰² Clèmerson Merlin Clève deduz que a implementação da cidadania depende, em primeiro lugar, de uma mudança na concepção quanto à administração pública, já que “o direito administrativo brasileiro

Trata-se de uma mudança na perspectiva do administrador que, por muito tempo, pautou-se apenas na legalidade, exercendo suas prerrogativas de modo hegemônico e incontrastável, acobertado pelo manto do interesse público.

A doutrina, muito antes da novel Constituição já construía um modelo de direito administrativo visando a uma alternativa à aplicação mecânica da legalidade. Nesse sentido, já se dizia que o poder público não é um poder arbitrário e irresponsável, limitado e vinculado apenas por seus próprios atos¹⁰⁴.

A Constituição de 1988 trouxe um capítulo próprio para a administração pública traçando *“as diretrizes fundamentais que devem nortear sua atuação; portanto, daí se extrai a conformação institucional e funcional da administração pública brasileira e os princípios informadores do próprio direito administrativo”*¹⁰⁵.

A supremacia da Constituição impõe a compatibilidade formal e material entre direito administrativo infraconstitucional e constitucional, de tal sorte que a lei deva ser elaborada por órgão competente, obedecendo ao procedimento fixado pela Constituição, respeitando-se os valores jurídicos presentes na Constituição que irradiam por todo o sistema jurídico.

A constitucionalização do direito administrativo em federações, como é o caso do Brasil, importa por estabelecer uma distribuição de competências legislativas entre as unidades, não sem estabelecer um núcleo mínimo de unidade e coerência a partir da própria Constituição. Isso leva ao desenvolvimento de um direito administrativo nacional subordinado à Constituição.

2.3 O direito administrativo e a pós-modernidade

A modernidade representa um período histórico, que se inicia no século XVI e se estende até parte do século XX, caracterizado por propostas filosóficas e

é autoritário”. Temas de direito constitucional e de teoria do direito. São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 29.

¹⁰³ Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal”. STF, Mandado de Segurança n. 24.458-DF. Julgamento: 18 de fevereiro de 2003. DJU 21-2-2003. Informativo n. 298 do STF.

¹⁰⁴ CAMPOS, Francisco. Direito administrativo. V. 1. São Paulo: Freitas Bastos, 1958, p. 70-71.

¹⁰⁵ MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 71-72.

científicas que pretendiam a racionalidade e a sistematicidade do conhecimento e a capacidade do ser humano dominar e controlar a natureza.

No direito, o pensamento da modernidade previa a organização piramidal da ordem jurídica e a sistematicidade, a completude e a ausência de contradições, a generalidade e a estabilidade. Pretendia-se, através do direito, a integração e o bem-estar generalizados.

A partir da segunda metade do século XX e, principalmente, após a década de 1990, uma nova concepção, a da pós-modernidade, começa a ganhar proeminência.

Porém a afirmação da pós-modernidade não significa, em absoluto, o rompimento total com a modernidade. A pós-modernidade caracteriza-se pela ausência de homogeneidade e sistematicidade do conhecimento, pela rapidez das mudanças e redução dos limites de tempo e de espaço e pela constatação de que o progresso produziu tanto efeitos positivos como negativos. O período progressista, de enriquecimento e estabilidade rapidamente deu sinais de exaustão, causando as primeiras crises. Juntamente com a crise econômica foi possível verificar a crise do Estado¹⁰⁶.

Assim, alguns valores da modernidade serão rejeitados e outras propostas continuarão tendo espaço na pós-modernidade¹⁰⁷, um exemplo, pode ser dado pelo fato de na pós-modernidade não entender que ao direito caiba a resolução de todos os problemas sociais, mas, contudo, vivencia-se na pós-modernidade um incremento da regulamentação jurídica nos mais diversos setores da vida social.

A pós-modernidade traz todas as instituições sociais envoltas em crises, o Estado vivencia uma crise permanente. As mudanças nem bem são implementadas

¹⁰⁶ “Se as tendências à crise econômica persistem no capitalismo avançado, isto indica que as ações governamentais, intervindo no processo de realização, obedecem não menos que os processos de troca, às leis econômicas operando espontaneamente” (HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 63).

¹⁰⁷ “A pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição no qual se ressentem o conjunto dos descalabros da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *In*: Revista Sequência, nº. 57, p. 131-152, dez. 2008)

e já são “engolidas” por novas crises e novas mudanças, a rapidez das mudanças impressiona. E o mesmo ocorre no direito¹⁰⁸.

Marçal Justen Filho alerta, tratando do direito administrativo pós-moderno, para a necessidade de analisar as alterações sociais, econômicas, culturais e políticas para se compreender a realidade contemporânea, não sendo mais possível a análise a partir de dados e conceitos elaborados para compreender o Estado e o Direito no passado. O direito administrativo, como os demais ramos do direito, está intimamente relacionado com a realidade social em que está inserido, assim, os conceitos e fórmulas devem ser atualizados, sob pena de se estar tratando de um direito que não mais existe.¹⁰⁹

2.4 Constitucionalização do direito administrativo: caminho para a construção de um direito administrativo democrático.

A origem e os objetivos do direito administrativo e do direito constitucional são comuns: ambos surgem com o advento do liberalismo e da necessidade de limitação do poder estatal. Conquanto a origem e os objetivos sejam comuns, os dois ramos do direito traçaram caminhos distintos: o direito constitucional passou o século XIX até meados do século XX voltado para a política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata de suas normas; já o direito administrativo cuidou da disciplina da administração pública. Por conta do modelo francês de jurisdição administrativa, o direito administrativo alçou uma posição de relevo no direito público, estando associado à estabilidade e continuidade das instituições. Esse destaque só deixaria de prevalecer com o fim da Segunda Guerra e o movimento de constitucionalização do direito¹¹⁰.

O papel desempenhado nesse novo direito constitucional pela Constituição figurando como centro do ordenamento jurídico irradiando seus princípios para todos os ramos do direito impõe uma mudança de paradigmas no direito administrativo atual. A supremacia da Constituição impõe à atividade administrativa a conformação

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 96.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 97.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 220/221.

aos princípios e regras previstos pelo texto magno, impondo uma releitura de institutos e estruturas do direito administrativo de acordo com a Constituição.

As Constituições modernas trazem em seu bojo dispositivos sobre a administração pública. Esse movimento se iniciou com as Constituições alemã e italiana, tendo sido ampliado nas Cartas portuguesa e espanhola. A Constituição brasileira de 1988 traz pormenorizadamente a estruturação da administração pública, merecendo destaque a crítica de Luís Roberto Barroso que adverte para o “censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos”¹¹¹. Na sequência, Barroso destaca positivamente a dissociação da atividade administrativa da atividade de governo e o elenco expresso de princípios constitucionais do direito administrativo, inicialmente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e com a Emenda Constitucional nº. 19, de 1998, somou-se o da eficiência. Barroso aproveita e, neste ponto, faz importante referência à atual tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, existente no campo da administração pública.

Muito contribuiu para a constitucionalização do direito administrativo não apenas a irradiação dos princípios afetos ao tema, mas aqueles de caráter geral dispostos na Constituição, irradiando sua influência para todo o ordenamento jurídico. A centralidade da dignidade humana e a preservação dos direitos fundamentais proporcionaram profunda alteração na relação entre administração e administrado, com especial destaque para a alteração de alguns paradigmas tradicionais principalmente i) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que fazendo inicialmente uma necessária distinção entre interesse público primário e secundário, onde o primeiro seria o interesse da sociedade, sintetizado por valores como justiça, segurança e bem estar social e o segundo estaria ligado ao interesse da fazenda pública, do Estado como administração¹¹², no caso do interesse público primário, *a priori*, ele não gozará de supremacia ante o interesse privado, havendo conflito entre o interesse público secundário e o privado, a solução demandará a ponderação dos interesses para a

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 221.

¹¹² Sobre interesse público primário e secundário ver Humberto Ávila (Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular”. Revista Brasileira de Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 27 de julho de 2015. ISSN 1981-1888.)

resolução do caso concreto; ii) a vinculação do administrador à Constituição e não mais à lei supera o antiquado princípio da legalidade estrita a que estaria adstrito o administrador, no que é dito por Luís Roberto Barroso que o princípio da legalidade teria sofrido uma mutação para princípio da constitucionalidade ou da juridicidade¹¹³; e, finalmente, iii) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo superando a tradicional ideia de controle jurisdicional apenas formal do ato administrativo, não de seu mérito (motivo e objeto). Com a constitucionalização do direito administrativo pode-se verificar a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo através dos princípios constitucionais.

Gustavo Binembojm, aprofundando o que Barroso escrevera, assevera que a constitucionalização do direito administrativo transforma a legalidade em juridicidade administrativa. Para ele, *“a lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um os princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição”*¹¹⁴.

A irradiação de princípios constitucionais para o direito administrativo promove um realinhamento da ideia de discricionariedade administrativa que de um espaço de liberdade passa a um campo de ponderação entre os diferentes bens e interesses trazidos pela Constituição. A juridicidade administrativa, como dito alhures, encerra a dicotomia entre atos discricionários e atos vinculados para dar lugar a diferentes graus de vinculação dos atos administrativo à juridicidade.

Não se pode olvidar dos reflexos do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático, elementos estruturadores da nova ordem constitucional já referidos logo no início, na atividade administrativa. Também no direito administrativo estes elementos passam à centralidade de sua organização e funcionamento.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 223.

¹¹⁴ BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª.ed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 70.

2.4.1 Os direitos fundamentais e o direito administrativo

Tema que nunca mereceu o destaque devido do direito administrativo foram os direitos fundamentais. O direito administrativo construiu seus institutos com base num conceito de autoridade, sem consideração dos direitos fundamentais. Contudo, a constitucionalização do direito administrativo tem tornado necessário, recentemente, uma releitura desses institutos tendo em vista a força normativa da Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais.

Clèmerson Merlin Clève enfatiza:

Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.¹¹⁵

E Marçal Justen Filho corrobora, no âmbito do direito administrativo:

O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.¹¹⁶

Classicamente, os direitos fundamentais defendem os direitos do sujeito contra a imposição do Estado, são, pois, direitos de defesa, caracterizam-se por determinar ao Estado um dever de abstenção, de não-intromissão, de não-interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo. Estes direitos de defesa visam a limitação do poder do Estado¹¹⁷.

De outro lado, tem-se os direitos fundamentais como direito à prestação, neste sentido, o Estado, ao contrário da ideia do direito de defesa onde o Estado deve se abster de uma ação, deve agir para atenuar desigualdades. Nesta perspectiva, são direitos que se realizam por intermédio do Estado que atua para libertar os cidadãos das necessidades. Nesta categoria, podem-se incluir as

¹¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais, in *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais* (org. LEITE SAMPAIO, José Adércio). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 90.

¹¹⁷ FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255.

prestações decorrentes do mínimo existencial consistente na promoção de meios para se garantir minimamente a dignidade da vida.

Do direito à prestação pode se subdividir em outras duas formas, o direito à prestação jurídica e o direito à prestação material, o primeiro consiste no direito à normação pelo Estado do bem jurídico tutelado como direito fundamental. Esse direito seria o direito à organização ou ao procedimento. Quanto ao direito à prestação material, são os direitos sociais por excelência¹¹⁸, aquele que visa atenuar a necessidade do indivíduo.

A descrição dos direitos fundamentais acima trazem um traço comum, todas elas de caráter subjetivo, pensados do ponto de vista do indivíduo, um direito fundamental intimamente ligado ao cidadão. Porém, vislumbra-se uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais não retratam a limitação do poder do Estado face ao cidadão, a defesa do indivíduo contra a atuação estatal, mais que isso, os direitos fundamentais constituiriam valores ou fins a serem perseguidos pela sociedade, influenciando todo o ordenamento jurídico¹¹⁹. Via de consequência, os direitos fundamentais passam a figurar como princípios concretizadores de valores em si, protegidos e fomentados pelo direito, pelo Estado e por toda a sociedade¹²⁰.

Agora se explica o porquê da dissecação dos princípios fundamentais e da distinção entre direitos subjetivos e objetivos. O reconhecimento do caráter objetivo, mais que uma posição didática, implica no aparecimento de deveres de proteção do Estado. Assim, não mais se espera que o Estado apenas se limite, se abstenha de alguma ação, mas, ao contrário, que tome iniciativas no sentido de proteger e promover os direitos fundamentais.

Pode-se, então, concluir que a tarefa do direito administrativo é hercúlea, seja pelo respeito à limitação da atuação estatal ou seja, pelo sentido contrário, ainda que pareça paradoxal, promover a ação estatal para garantia de direitos fundamentais.

¹¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1999, p. 200.

¹¹⁹ Ibid., p. 144/145.

¹²⁰ BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª.ed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 75.

2.4.2 O direito administrativo e a teoria democrática

Retomando as primeiras palavras deste estudo, foi dito que os elementos estruturadores do Estado Democrático de Direito seriam os direitos fundamentais e a democracia. Anteriormente já se falou dos direitos fundamentais, como princípios norteadores da atuação da administração pública, cabendo, pois, ao direito administrativo, diante da supremacia da Constituição, a busca pela concretização dos direitos fundamentais.

Todavia o outro elemento estruturador do Estado Democrático de Direito não pode ser deixado de lado, como se não tivesse relevância para o direito administrativo atual.

O direito administrativo moderno se abre cada vez mais à participação como forma de se garantir legitimidade às ações administrativas. A democratização da atividade administrativa tem por característica permitir e fomentar a participação dos administrados nos processos decisórios da administração.

Agustín Gordillo explica:

Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder, de modo tal que su influencia em él no se limite a la elección de candidatos electorales.¹²¹

Esta democratização é marcada pelo fenômeno da procedimentalização da atividade administrativa¹²². E aqui se tem uma questão importante para o tema do presente estudo, há uma preocupação cada vez maior com a disciplina e a democratização dos procedimentos de formação da vontade administrativa e não apenas do ato administrativo final.

A procedimentalização do agir administrativo visa assegurar o direito dos interessados na ação, proporcionando o contraditório, proporciona à administração mais informações acerca das consequências e repercussões fáticas do ato administrativo final e, conseqüentemente, permite a ação administrativa mais legítima e consensual.

¹²¹ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, 1998, p. II-21

¹²² MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Nesta toada, Binembojm aponta a existência de uma tendência majoritária nos direitos administrativos espanhol e português pela atribuição de status constitucional ao princípio da participação administrativa, inclusive pela possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de ação que tomada sem a manifestação dos interessados¹²³.

O Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição trouxe, pois, ao centro do debate não apenas o princípio da dignidade humana, como os direitos fundamentais, dele decorrente, bem como a teoria democrática. Deste modo, criou-se uma tendência ao fomento à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas.

Jorge Miranda aponta a contraposição existente entre a administração pública clássica atrelada ao individualismo liberal – poucos sujeitos, homogênea, centralizada, mera executora da lei, impositiva, nos moldes já tratados anteriormente – e a nova administração pública que emerge ao longo do século XX, conectada ao constitucionalismo contemporâneo que fundamenta o presente trabalho, fundado nas concepções democráticas e participativas – alargada, diversificada, desconcentrada, descentralizada, prestadora, constitutiva, consensual¹²⁴.

O mesmo Jorge Miranda verifica uma evolução de um modelo de administração pública autoritário, fechado em si mesmo, que decide unilateralmente, em segredo, para um modelo aberto, que age com publicidade e com comunicação para o exterior¹²⁵.

E, quanto a esta mudança de paradigma, o autor português aponta a três consequências principais: i) o direito de informação dos cidadãos quanto aos atos que lhe digam respeito, ii) o dever da administração de motivação de suas decisões, e, iii) as diversas formas de participação ou colaboração dos cidadãos, individualmente ou em grupos ou comunidades, na gestão dos serviços. E, sustenta, ainda, que simultaneamente a regulamentação do processo de formação das decisões adquire toda uma importância e busca-se codificá-lo¹²⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai tratar do tema como participação popular na administração pública, relacionando ao princípio democrático constante do

¹²³ BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª.ed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 78.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge. O direito de informação dos Administrados. In: SARAIVA, Paulo Lopo (coord.). Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional. Brasília: Brasília Jurídica, 1992. p. 207

¹²⁵Ibid., p. 207.

¹²⁶Ibid., p. 208.

preâmbulo da Constituição brasileira de 1988. Diz a administrativista paulista que na administração pública do Estado Democrático de Direito, o particular atua diretamente na gestão e no controle desta, aproximando ambos¹²⁷, apontando formas de participação tanto direta (direito de defesa, audiências públicas em geral, consultas, etc.) quanto indireta (participação popular em órgãos de consulta, de decisão, através do Judiciário, etc.).

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a participação administrativa é uma das formas de participação política na ação do Estado, exercitando um poder, interferindo nesta atuação, seja formal ou informalmente, individualmente ou através de grupos sociais¹²⁸. Corretamente, Moreira Neto afirma que esta participação administrativa confere legitimidade (porque as decisões tomadas coadunam com os interesses dos cidadãos-administrados) aos atos da administração pública, na tomada de decisões (e indiretamente constitui forma de controle da própria administração) em qualquer campo da atividade administrativa: externamente (nos seus ordenamentos econômicos e sociais, nos serviços públicos) e/ou internamente (na gestão de pessoal, seus bens e serviços)¹²⁹. Moreira Neto ainda apresenta quatro formas de participação: informativa (em grau mínimo, realizada através da publicidade dos atos, debates e razões de decidir); a participação na execução (delegações de serviços públicos, adesão do cidadão à execução dos planejamentos governamentais), a participação pela consulta (audiência de indivíduos ou entidades interessadas antes da tomada de decisões: audiências públicas, debates, participação institucional de cidadãos em órgãos colegiados mistos) e a participação na decisão (da mera provocação ou à co-decisão, pelo voto ou pelo veto)¹³⁰.

O constitucionalismo contemporâneo impõe um sistema jurídico-constitucional de base democrática não apenas à função legislativa como também à função administrativa: um regime político que faz do cidadão o titular – pela representação – do Poder Legislativo, não pode coexistir com um poder administrativo que o reduz à

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, p. 127, nº. I, 1993.

¹²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 56-57.

¹²⁹Ibid., p. 87-88.

¹³⁰Ibid., p. 88-90.

condição de súdito, tanto mais presente, amplo e equipado tecnicamente é este poder¹³¹.

Como se verá mais adiante, as relações entre a administração pública e a sociedade se darão através de uma ordem procedimental, que funcione como *“instrumento privilegiado de participação dos entes representativos dos interesses difusos”*. Desta forma, a imperatividade da administração pública é relativizada pela sua necessidade de contínua legitimação frente à uma investidura abstrata e pré-constituída¹³².

A participação vem da palavra “parte”, significando “fazer parte de algum grupo ou associação”, “tomar parte numa determinada atividade ou negócio”, “ter parte”, “fazer diferença”, “contribuir para construção de um futuro melhor para nós e para as futuras gerações”¹³³.

A mudança de paradigma apontada anteriormente por Jorge Miranda também é objeto da análise de Carlos Ari Sundfeld que verifica que é nova a ideia de processo administrativo como instrumento de participação democrática e provoca mudanças fundamentais na administração pública, considerando seu caráter patrimonialista e estamental¹³⁴.

Nesta toada, o agir administrativo não se basta com a simples manifestação unilateral de vontade do governante. Deve ele buscar também a atuação de forma consentânea com o desejo de seus administrados. Exsurge com relevância a democratização desse agir, baseada na ideia de democracia como

(...) forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo.¹³⁵

Como consequência dessa busca de legitimidade das decisões administrativas, a participação passa a ser figura central no direito administrativo, levando a uma mudança no enfoque histórico sobre o ato administrativo para um

¹³¹ MIRANDA, Jorge. O direito de informação dos Administrados. In: SARAIVA, Paulo Lopo (coord.). Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional. Brasília: Brasília Jurídica, 1992. p. 208.

¹³² ANTUNES, Luís Felipe Colaço. A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989, p. 79-80.

¹³³ BORDENAVE, Juan E. Diaz. O que é participação. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

¹³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. In NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 13.

olhar sobre o processo administrativo que tem como escopo fomentar aos administrados a possibilidade de participação nas decisões estatais.

Assim, facultam-se aos interessados a participação na formação do conteúdo decisório, com atribuição a estes do direito de se manifestarem da forma mais ampla possível, efetiva-se o princípio democrático, não apenas com feição formalista, mas substancial, de tal forma que a decisão reflita os interesses dos participantes.

2.4.3. A construção dialógica do Direito: Teoria Discursiva do Direito

Inicialmente é preciso fazer algumas considerações sobre a função do direito na sociedade moderna para a Teoria Discursiva do Direito, de Habermas. É importante dizer que neste prisma a ordem jurídica tem papel fundamental, consistindo em procedimentos formais de elaboração e adequação das normas de modo que todos os partícipes tenham condições igualitárias de participar do debate até se chegar a um consenso, donde se verificará a legitimidade da norma¹³⁶. Para Habermas, “o direito não pode existir nem se manter sem democracia radical”¹³⁷.

Marcelo Cattoni¹³⁸ explica resumidamente:

Segundo Habermas, o Direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida igualmente a todo cidadão, sendo que autonomia pública e autonomia privada pressupõem-se mutuamente. Essa coesão interna passa a ter validade na dialética entre igualdade fática e jurídica, suscitada pelo paradigma jurídico do Estado Social, frente à compreensão liberal do Direito, e que, segundo Habermas, e isso é de suma importância, “hoje compele a uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito”. Essa autocompreensão procedimentalista, que se apresenta, portanto, como uma terceira compreensão paradigmática do Estado Democrático de Direito é, por fim, explicada a partir do exemplo da política feminista pela igualdade de direitos.

¹³⁶“Racionais e legítimas serão as normas jurídicas produzidas de acordo com certas regras procedimentais, garantidoras da integridade do processo comunicativo. É através do conceito de razão comunicativa que Habermas fundamenta sua teoria da decisão, rearticulando as noções de razão e legitimidade” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 274).

¹³⁷HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2012, p. 13.

¹³⁸CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas*. Disponível: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coexao%20interna.pdf>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2015.

Diversamente de Dworkin que sustenta que a formação democrática tem sua legitimidade em convicções éticas consuetudinárias, Habermas vai buscar nos melhores argumentos surgidos durante uma argumentação orientada por pressupostos comunicativos e procedimentos, a força legitimadora da democracia. Daí tem-se que, para Habermas, os direitos fundamentais não são, senão, o fruto da decisão recíproca e consciente de cidadãos livres e iguais de regular sua vida através do direito positivo. Estes direitos fundamentais são a garantia do exercício da comunicação entre os cidadãos na busca do consenso, garantindo a estes a sua autonomia pública e privada.

Nesse sentido:

Os direitos fundamentais à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador garantem as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Ou seja, fornecem ao destinatário da norma a condição de autor, de sujeito da norma. É somente através do código do direito que é dado preliminarmente que os sujeitos do direito podem exprimir sua autonomia. Por isso, para se fundamentar iguais direitos de participação e de comunicação, devemos adotar a postura da terceira pessoa do plural, e não da primeira.¹³⁹

Habermas pretende, assim, superar os fundamentos morais ou transcendentais dos direitos do homem por um fundamento procedimental, fundado em sua teoria discursiva do direito. O autor alemão expõe de maneira muito clara a questão da democracia com a “gênese lógica dos direitos”, fruto do discurso que institucionaliza as condições de possibilidade para autonomia política civil e da soberania do povo conformada por cinco elementos abstratos de criação do direito positivo: i) direitos fundamentais à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; ii) direitos fundamentais a um status de um membro numa associação de iguais e autônomos da comunidade jurídica; iii) direitos fundamentais a postulação judicial de direitos e a proteção jurídica; iv) direitos fundamentais a participação em processos de formação da opinião e da vontade política e v) direitos fundamentais a iguais condições de vida dos direitos listados¹⁴⁰.

Estas categorias são as garantias circulares que sustentam uma associação composta de homens livres e iguais sujeitos da ordem jurídica, tanto na condição de

¹³⁹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 130.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2012, p. 159.

autores como destinatários das leis. É neste momento que vislumbra o Estado de direito numa perspectiva do discurso racional.

Nesta oportunidade, vale colacionar a lição de Gustavo Binembojm:

Habermas, procura, assim, compatibilizar a soberania popular com os direitos humanos, pois estes são vistos como “condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem.”¹⁴¹

Deste modo, para Habermas a atuação legítima da jurisdição constitucional se dá orientada para a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, condição da geração democrática das leis. Diz o próprio Habermas:

(...) o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição.¹⁴²

A jurisdição constitucional procedimental, rompendo a ideia de constituição como “ordem concreta de valores”, é voltada para a verificação e garantia das condições democráticas do processo legislativo. A corte constitucional deixa de existir como intérpretes qualificados da constituição e passam a pautar-se pela defesa da radicalização democrática, consistente na garantia de procedimentos de participação de cidadãos.

Nessa quadra, Habermas rememora a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle¹⁴³, que propugnava que a interpretação da Constituição deveria buscar o maior número de cidadãos que vivenciem a realidade constitucional.

¹⁴¹BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª.ed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 59.

¹⁴²HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2012, p. 326.

¹⁴³HABÉRLE, Peter. Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

Destarte, como destinatários e autores das normas caberia aos cidadãos o direito de ter voz ativa na interpretação constitucional. Com clareza solar, Rodolfo Viana Pereira esclareceu a ideia de democratização do controle de constitucionalidade:

Resta, todavia, definir o que se pretende dizer exatamente com a expressão democratização dos sistemas de constitucionais de controle nesse contexto. Em linhas gerais, significa sujeitar a sua titularidade ao princípio democrático ou, por outras palavras, democratizar o acesso a tais processos e ações de controle.¹⁴⁴

Adverte Bahia:

(...) a discussão em torno da posição dos Tribunais num Estado Democrático de Direito é bem mais complexa do que a de um simples “aplicador do direito”. A circulação oficial do poder mostra a precedência do Legislativo na percepção e na própria discussão pública das várias questões surgidas nos vários espaços públicos. Contudo, transparece também que a função dos Tribunais não pode se resumir à mera “subsunção” dos fatos à lei. Por outro lado, se o Judiciário não deve ser mera bouche de la loi, não deve, outrossim perder de vista que ele não é o repositório das “virtudes” de uma comunidade: assumindo uma posição conservadora – como, e.g., o “Senado Conservador” francês – ou uma atitude “ativista”.¹⁴⁵

Desse modo, pode-se compreender a jurisdição constitucional de modelo procedimental como o “plebiscito diário” a que se sujeitam as decisões e sua capacidade de gerar consensos, a ideia moderna de democracia constitucional é a de um regime fundado na legitimidade de um debate acerca do que é legítimo ou não, cabendo às cortes constitucionais agirem como instâncias reflexivas racionais sobre a legitimidade das decisões da maioria e até mesmo de suas próprias decisões.

¹⁴⁴PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito constitucional democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 276.

¹⁴⁵BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle judicial difuso de constitucionalidade das lei e atos normativos: uma contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 250.

3 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO AGIR ADMINISTRATIVO

3.1 Democracia e procedimento

No Estado Democrático de Direito, democracia e procedimento são ideias que se misturam. Tal como se vê contemporaneamente não é possível conceber democracia sem se pensar numa atuação através de uma série de procedimentos legal e anteriormente previstos a serem seguidos para realização de seus fins.

Neste diapasão, a atuação estatal proceduralizada é a garantia para os cidadãos do respeito aos direitos fundamentais, considerando que estes já saberão que o agir administrativo se dá em modos anteriormente previstos e visando a realização de fins já estabelecidos em lei.

A esse respeito, diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) no Estado de Direito os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas também que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto.¹⁴⁶

O agir administrativo estatal sempre derivou da vontade da lei, sendo de fundamental relevo, no direito administrativo, o princípio da legalidade. Neste diapasão, somente a lei teria o condão de expressar a vontade popular e o poder de normatizar situações com o atributo de originalidade no ordenamento jurídico.

Vale lembrar que após as revoluções liberais, a lei surgiu como garantia do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado e também como medida da atuação estatal, não podendo o ente político interferir na esfera do patrimônio jurídico individual quando desautorizado pela lei.

É daí que surge a noção, dentro da ideologia liberal do Estado de Direito, de que, enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, ao Poder Público só é permitido fazer aquilo que esteja expressamente previsto em lei.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 488.

Assim, é a modelagem da doutrina do direito administrativo, sob a inspiração do Estado Liberal (já comentada no capítulo 2), que teve seus principais conceitos, institutos e dogmas sedimentados sob o pressuposto do culto à lei.

Contemporaneamente, apenas o agir conforme determinado pela lei já não basta. Busca-se a legitimidade do direito e do agir administrativo. E esta é a questão fundamental: como obter essa legitimidade? Para Romeu Felipe Bacellar Filho, “*A administração pública, inserida no Estado Democrático de Direito não pode ter como único princípio de ação o da legalidade*” e “*a legitimidade do poder está ligada diretamente ao consenso, ou melhor, aos valores consensualmente aceitos*”¹⁴⁷.

Prossegue Bacellar Filho:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre administração e cidadãos, em que cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.¹⁴⁸

O procedimento administrativo representa, portanto, um avanço democrático, pois, decorre do consenso de que os conflitos entre a administração e os administrados devam ser resolvidos mediante um sistema que não permita a existência de um poder discricionário e arbitrário¹⁴⁹.

Deste modo, o procedimento é entendido como forma de convivência civilizada de modo a garantir que “*a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante entre o homem e seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro, inclusive consigo mesmo*”¹⁵⁰. Nesta esteira o procedimento funcionará como “*sistema de frenagem do poder antifuncional (que se arroga a prerrogativa de fazer e desfazer as regras do jogo)*”¹⁵¹.

Daniel Sarmiento, por seu turno, aduz que na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares da ordem democrática, seus efeitos ultrapassam a limitação jurídica do poder estatal. Em outras palavras, seus valores convertem-se em diretrizes da atuação estatal e deixam de ser apenas limites para o

¹⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

¹⁴⁸ Ibid., p. 134.

¹⁴⁹ Ibid., p. 135.

¹⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. P. 6

¹⁵¹ Ibid., p. 135.

Estado.¹⁵² A administração pública passa a ser instrumento de realização dos direitos fundamentais dos administrados, agora erigidos ao *status* de cidadãos.

Nesse novo contexto, a ordem jurídica constitucionalizada impõe uma abertura da argumentação racional, transparente, que gere estabilidade e previsibilidade, que não quebre a ideia do direito como pacto social de uma determinada comunidade e seja voltada para a promoção dos valores constitucionais democraticamente escolhidos. Tal cenário pode ser alcançado, de forma plena, por meio de uma adequada procedimentalização administrativa.

A administração pública, destarte, como modo de atuação do Estado, apresenta-se duplamente vinculada, como já referido início: à legalidade (legitimidade positivada) e à legitimidade (naquilo que não foi ou não pôde ser positivado).

E a legitimidade do agir administrativo estará estreitamente relacionada ao consenso, ou, aos valores consensualmente aceitos. As regras do jogo ou procedimento impactarão diretamente o agir administrativo. O consenso procedimental sobre como se resolverão os conflitos é fundamental na democracia.

Bem observa José Joaquim Gomes Canotilho que “*a exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático.*”¹⁵³

Essa procedimentalização demanda uma mudança paradigmática do direito público de modo a permitir um novo modelo de gestão pública, propiciando uma gestão horizontalizada, flexibilizada e concertada, na qual as decisões passam a ser tomadas de acordo com o resultado das negociações entre Estado e cidadãos/sociedade.

A legitimação do agir administrativo passa a ter como pressuposto a cooperação mútua entre Estado e sociedade. Essa cooperação vai levar à necessidade de estabelecimento de diálogo entre o Estado e a sociedade que deverá se dar através de mecanismos ordenadores dessa participação.¹⁵⁴

¹⁵² SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Editora Almedina, 1997, p. 318.

¹⁵⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga

Trata-se de moderna tendência posta ao exercício do poder estatal, qual seja a atuação do administrado na construção do agir administrativo, com grande enfoque na obtenção do consenso, que garante, sobremaneira, a legitimidade da ação estatal.

Nota-se, portanto, que não basta o procedimento administrativo para a democracia. Como bem salienta Cármen Lúcia Antunes Rocha, mesmo o procedimento pode ser utilizado para finalidades não democráticas, e, talvez por isso ele, por si só, não baste. Mais que exigir prévia aceitação (a existência de um consenso sobre o procedimento de resolução de conflitos), a sociedade moderna exige a participação, efetivamente, do cidadão por meio do procedimento.

Nessa sociedade pós-moderna, o avanço democrático exige a implementação de um sistema que permita ao cidadão participar da construção das decisões que possam afetar sua esfera jurídica.

Odete Medauar destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.¹⁵⁵

Na mesma esteira, Diogo De Figueiredo Moreira Neto assenta que *“pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”*¹⁵⁶.

Silveira. Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

¹⁵⁵MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.211.

¹⁵⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-56, jan./mar. 2003. p. 156.

E é Odete Medauar quem apresenta uma síntese dos principais fatores que provocaram a abertura da Administração pública para as variações consensuais como forma de exercício de suas atividades. Nas suas palavras uma ode à democratização do agir administrativo:

Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade. Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de “formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas”, que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. Associa-se o florescimento de módulos contratuais também à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos. E, ainda: ao processo de deregulation; à emersão de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões.¹⁵⁷

Nesse enfoque, Jean Rivero alude a uma forma de atividade administrativa “na qual o acordo contratual ganha um lugar crescente”.¹⁵⁸ Embora reconhecendo que o recurso a módulos convencionais por parte da Administração pública pode levar à “colisão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da colectividade”¹⁵⁹, verificam-se potencialidades positivas para o emprego do consensualismo administrativo, “porque a procura e a promoção do ‘consenso’ dos ‘administrados’ significam desenvolvimento da sua activa e consciente ‘participação’, na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo”¹⁶⁰.

O “consensualismo” supracitado, nas palavras de Rivero, de Moreira Neto e de Medauar, traduzem, em realidade a perspectiva habermasiana, em que a fundamentação do direito se dará através de um modelo procedimental de gestão discursiva da opinião e da vontade. O procedimento discursivo de formação da

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

¹⁵⁸ RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981. p. 131.

¹⁵⁹ Ibid., p. 346.

¹⁶⁰ Ibid., p. 346-347.

vontade, para Habermas, propiciará um novo modelo de construção do direito em que o consenso será obtido através dos melhores argumentos.

Nesse procedimento proposto por Habermas, os destinatários do direito, ou da ação estatal, *mutatis mutandis*, são transformados também em seus autores, produzindo graus mais elevados de legitimidade que correspondem a motivações racionais para a sua observância. Nessa linha, o procedimento discursivo onde os destinatários são autores do direito, constitui espaço público para discussão a respeito da validade do direito. E nesse espaço é que se pode obter o consenso entre os destinatários da ação estatal através da força do melhor argumento. Com os destinatários do agir administrativo estatal se considerando ao mesmo tempo construtores dessa atuação, e estes destinatários estarão racionalmente motivados a considerar legítima a ação estatal tanto mais consensual ou melhor tenha sido o argumento que a fundamentou.

Nesse contexto, a legitimidade do agir administrativo estará substancialmente vinculada à aceitação daquilo que diverge pelo convencimento dos autores envolvidos (especialmente quanto aos “perdedores” da argumentação) de que suas razões foram, ao menos, levadas em conta na tomada da decisão, o que implicaria num maior nível de aceitação da decisão ainda que tenha sido tomada contrariamente aos seus argumentos. Vale dizer, os atores “vencidos” se convencem de que os “ganhadores” apresentaram melhores argumentos e alcançam o consenso, de tal sorte que, mesmo contrariamente aos seus próprios argumentos, reconhecem a validade do resultado consensual

Assevera, a respeito, Egon Bockmann Moreira:

Na medida em que o cidadão possa verdadeiramente influenciar a formação da decisão administrativa, isso tende a gerar uma decisão quase-consensual (ou mesmo consensual), que possui maiores chances de ser espontaneamente cumprida. O dever de obediência transforma-se em espontânea aceitação, em concordância devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco).¹⁶¹

¹⁶¹MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73.

3.2 Do ato ao procedimento administrativo: uma mudança de paradigma

Como já exposto anteriormente, o ato administrativo, a partir da segunda metade do século XX, perde a sua posição de centralidade no estudo do direito administrativo. As atenções dos administrativistas¹⁶² se voltam para o processo/procedimento¹⁶³ administrativo.

Odete Medauar¹⁶⁴ indica com clareza o despontar de uma preocupação com “uma democracia mais completa”, que transcende a ideia de democracia como apenas a eleição de representantes:

Emergiu a ideia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com frequência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração: perante esta, o indivíduo continuava a ser considerado como súdito, não como cidadão dotado de direitos. Passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional.¹⁶⁵

Neste cenário, o processo administrativo, que revela os momentos anteriores à formação dos atos administrativos, permitindo a prévia atuação dos destinatários diretos ou indiretos dos efeitos do ato, assume exponencial dimensão doutrinária no campo do direito administrativo, sobretudo a partir da década de 90 do século XX.

Digna de nota é a crítica que Floriano de Azevedo Marques Neto faz àquilo que ele vai chamar de “ato administrativo autista”, nas suas palavras, seria aquela “*manifestação unilateral da Administração pública, por intermédio de um agente competente, no exercício de um poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade*”. A crítica se faz quanto ao déficit de comunicação com o meio

¹⁶² Dentre outros: Domenico Sorace, Ricardo Villata, Vasco Manuel Pascoal Pereira Silva, todos, a seu modo apontando para o processo administrativo como instituto central do direito administrativo da pós-modernidade.

¹⁶³ Mais adiante, tratar-se-á de diferenciar procedimento e processo, e será justificada a opção pela terminologia processo para o desenvolver deste trabalho.

¹⁶⁴ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2009, p. 44.

¹⁶⁵ Ibid., p. 45.

ambiente, a indiferença em relação aos administrados e a sociedade destinatários e razão da existência destes atos¹⁶⁶.

A ausência de temas como participação dos interessados na formação dos atos, “*o juízo de otimização (proporcionalidade) como condição de sua validade, a ponderação de interesses públicos envolvidos, sua utilidade para a consagração ou respeito aos direitos fundamentais*” fazem parte da contundente crítica de Marques Neto à teoria tradicional dos atos administrativos que os colocam na centralidade do estudo do direito administrativo¹⁶⁷.

O denominado “ato administrativo autista” já não oferece mais condições para responder aos desafios trazidos pelo direito administrativo da pós-modernidade. A centralidade da Constituição irradiando seus princípios a todo o ordenamento, a necessária exposição dos motivos determinantes à prática do ato, a submissão da administração a procedimentos preestabelecidos, os direitos fundamentais e a exigência de participação do constitucionalismo contemporâneo indicam um período de transição a um novo modelo de direito administrativo, muito mais procedimental, processual que o voluntarioso ato administrativo.

No Brasil, a ideia de processualidade administrativa tem lugar a partir da Constituição de 1988 que em seu art. 5º, LV, elevou o direito ao processo administrativo como direito fundamental do cidadão¹⁶⁸. Nesta linha, o ato administrativo deverá resultar de um processo administrativo que, segundo Marques Neto, haverá, por força da Constituição, que promover e facilitar a participação processual dos interessados¹⁶⁹.

¹⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. P. 96-97 In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁶⁷ Ibid., p. 96.

¹⁶⁸ Importante colocação de Floriano de Azevedo Marques Neto: “Ao lançar mão da fórmula “litigantes em processo administrativo” o texto da Constituição acabou por consagrar que a atividade administrativa, o exercício da função administrativa, não é atividade que se realize isolada dos interesses e pretensões dos administrados. Se a Carta admite a existência de litigantes em processo administrativo (é dizer, em processos vocacionados à edição de um ato administrativo), é porque pressupõe haver pretensão resistida (lide, conflito, antagonismo) no processo de produção do ato. Logo, seja ontologicamente, seja operativamente, a edição de atos administrativos não pode ser concebida mais de forma autista, infensa à participação e à consideração dos diversos interesses envolvidos. Para além das consequências diretas da sujeição da atividade administrativa ao processo (participação dos interessados, contraditório, direito de aduzir suas razões e produzir provas, direito a uma manifestação de outra autoridade no curso do manejo recursal), tem-se que a prescrição constitucional cria um dever em si para a Administração Pública de conduzir a prática dos atos administrativos em permanente comunicação com os setores potencialmente atingidos, de forma positiva ou negativa, pelo ato a ser praticado ao fim do processo necessário.” Ibid, p. 109.

¹⁶⁹ Ibid., p. 110.

Resta evidente a mudança de foco para a construção procedimental da vontade administrativa, não mais interessa apenas a manifestação unilateral de vontade. A vontade administrativa será resultado de uma funcionalização procedimentalizada. De outro modo, diferentemente de um modelo em que o ato administrativo é apresentado feito, pronto e acabado, a ideia de processualidade remete ao fazer, ao construir, ao “vir a ser”¹⁷⁰.

Corroborando o exposto:

(...) a ação administrativa, enquanto consequência de atos, atividades, operações e comportamentos, traduz realização de uma função que tem relevância, não apenas como procedimento, mas como atitude que visa o desenvolvimento dessa função. Essa atitude traduz-se, hoje, não em assegurar a conformidade da atividade administrativa a uma ordem normativa pré-existente ('legalidade-legitimidade'), mas sim em 'dar vida, através da participação e do confronto de todos os interessados envolvidos, a uma justa e original composição de interesses ('legalidade-justiça')'.¹⁷¹

A ideia da procedimentalização administrativa envolve a previsão de um hiato entre a vontade administrativa e o ato administrativo, onde se buscará através de mecanismos dialógicos a realização do objetivo de um consenso entre os cidadãos e uma atividade administrativa mais bem informada. Dessa forma, desloca-se o foco do direito administrativo ao modo de formação do ato, ao meio de processamento de suas escolhas conteudísticas.¹⁷²

3.3 Os fins visados pela procedimentalização

A procedimentalização do agir administrativo está voltada para diversas finalidades: controle do poder, realização da democracia, aperfeiçoamento da qualidade da atuação administrativa e redução da litigiosidade¹⁷³. Note-se que dentre as diversas finalidades da procedimentalização, todas se relacionam com o

¹⁷⁰ MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2. rd. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25-26

¹⁷¹ ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 1990, p 66-67

¹⁷² Ibid., 196

¹⁷³ JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 323

maior nível de participação do cidadão na decisão do agir e no possível consenso obtido, tanto mais participação na formação da ação administrativa maior a possibilidade de controle do poder, verifica-se a realização da democracia, com maior controle e participação a atuação estatal qualifica-se e, finalmente, obtido o consenso, ou, chegando-se à decisão racional obtida através dos melhores argumentos, a litigiosidade torna-se praticamente nula.

3.3.1 O controle do poder

O procedimento é um meio instrumental de se evitar o abuso do poder. A procedimentalização da atividade estatal visa evitar o poder absoluto e concentrado numa só pessoa, num só agente estatal.

A procedimentalização, neste intuito, pois, leva a uma espécie de fracionamento da competência, inviabilizando o exercício da competência decisória num momento único e concentrado. Dilui-se o exercício do poder decisório numa série de atos, ordenando-se segundo um postulado de coerência lógica.

Verifica-se também pela procedimentalização a partilha qualitativa do poder, proporcionando a participação de vários sujeitos na produção de um ato jurídico.

Tendo em vista controle como fiscalização, é possível através da procedimentalização a verificação da regularidade dos atos decisórios. Pode-se verificar o atendimento de formalidades indispensáveis ao agir administrativo. Caso não tenha sido respeitadas tais formalidades, presume-se inválida a decisão adotada e permite-se que terceiros ou a própria autoridade possam questionar a decisão e a correção ou invalidação da decisão.

O controle também significará a possibilidade de determinação e influência sobre a ação futura dos agentes estatais. Tanto pela posterior fiscalização dos atos quanto pelo dever de coerência com decisões pretéritas, as decisões abusivas, tomadas ao alvedrio da autoridade, devem ser minoradas. A decisão final da ação estatal estará, portanto, vinculada ao que se verificou dentro de determinado procedimento de formação do agir administrativo.

Com clareza solar, explica Odete Medauar:

No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade no processo preordenado.¹⁷⁴

3.3.2 Correto desempenho da função

O processo administrativo permite o surgimento de diversos argumentos, a contraposição de interesses, posições, provas, dados, obrigando a administração a realizar a análise de todas estas informações para embasar a decisão a ser tomada. O conhecimento de todas essas variáveis possibilita uma decisão mais bem informada e fundamentada de acordo com a situação fática existente.

3.3.3 A realização da democracia

Num Estado Democrático a formação da vontade estatal não pode ser apenas a do governante, exige-se, portanto, a participação dos interessados para que esta vontade estatal seja legítima. Neste sentido, a procedimentalização é instrumento fundamental para a realização da participação na formação do agir administrativo.

No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve se realizar através de um processo preordenado de forma imparcial e paritária. Nesse sentido, a importância da construção da decisão através de um processo onde se permita a oitiva dos interessados de forma a apresentar uma solução mais aceitável e, portanto, mais legítima.

A colaboração individual ou coletiva dos sujeitos no processo administrativo aproxima os cidadãos da administração, rompendo a ideia de uma sociedade contraposta à administração, retirando o cidadão de uma postura defensiva ante o gigantismo da administração. O processo administrativo, pois, instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico desse início de século e realiza a demanda por democracia na atuação administrativa.

¹⁷⁴ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 187.

Neste sentido, a lição de J. J. Gomes Canotilho:

(...) a exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da actividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático.¹⁷⁵

3.3.4 O aperfeiçoamento da atividade administrativa

Noutra perspectiva é possível verificar que a procedimentalização aprimora a atividade administrativa considerando que a observância de um procedimento preestabelecido reduz o risco de uma visão limitada e parcial dos fatos. A contraposição de teses, proporcionada pelo contraditório diminui o risco de escolhas precipitadas e impulsivas.

No processo administrativo são ouvidos os interessados, que apresentam argumentos, provas oferecem informações, contribuindo, portanto, para a determinação do fato ou da situação objeto do processo. Dessa forma, são ampliados os pressupostos objetivos da decisão administrativa.

Ao administrado, permite o conhecimento do modo de atuação administrativa, em contraste com funções não procedimentalizadas, onde o modo de exercício dessas funções dificilmente é conhecido. Esse conhecimento facilita o controle da administração por parte da sociedade.

3.3.5 A redução da litigiosidade

Finalmente, apresenta-se outro fim relacionado à procedimentalização que é a redução da litigiosidade. Como já dito anteriormente, a participação dos potenciais interessados e a instrução minuciosa propiciam a melhor composição possível para interesses contrapostos, reduzindo sobremaneira os conflitos ou a possibilidade destes. De outro lado, a procedimentalização deixa transparecer de modo objetivo a

¹⁷⁵CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Almedina, 1997, p. 274.

correção da atividade administrativa, diminuindo a contestação à validade das decisões tomadas.

A procedimentalização, assim, pressupõe regras prefixadas para atuação estatal¹⁷⁶ e também propicia a participação como meio de assegurar a legitimidade do agir administrativo, no que se poderia relacionar com a ideia de autonomia pública e privada de Habermas já tratada em capítulo anterior.

3.4 Procedimento ou processo administrativo

Conforme já dito anteriormente, o procedimento é o meio pelo qual se exterioriza a ação estatal¹⁷⁷. Através de uma série de atos preestabelecidos e aguardados busca-se atingir um resultado final. O agir administrativo pressupõe um conjunto de atos vinculados pela mesma finalidade. É, pois, garantia posta à disposição do administrado em face de possíveis desmandos do administrador.

É através do procedimento, num Estado Democrático de Direito, que a administração permite ao cidadão que conheça as razões que a levaram a agir de determinada maneira. O procedimento é, portanto, um instrumento de garantia da estabilidade do agir estatal, de tal forma que, através dele, tanto a administração como o administrado já tenham condições de prever como será formada a vontade administrativa. Não mais a vontade do soberano, tomada a seu bel prazer, mas a vontade construída através de meios preordenados.

Adota-se, no presente trabalho, a ideia de Elio Fazzalari, acompanhada por Romeu Felipe Bacellar Filho, segundo o qual, “*quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório, o procedimento expressa-se como processo*”¹⁷⁸.

Nesse sentido:

Assim, processo não pode mais ser entendido como instrumento de exercício de jurisdição e procedimento como mecanismo específico de sucessão de atos processuais. Na moderna doutrina processual (Aroldo Plínio Gonçalves, Fazzalari e Cattoni de Oliveira), processo é espécie de

¹⁷⁶BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

¹⁷⁷Ibid., p. 46.

¹⁷⁸Ibid., p. 47.

procedimento no qual se garante o contraditório e a simétrica participação das partes. Processo é procedimento onde se garante a participação das partes.¹⁷⁹

Esclarece Marcelo Campos Gallupo:

É interessante que a teoria do processo como procedimento de Elio Fazzalari indica na mesma direção. Quando este processualista define o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido, tão autores da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as consequências da decisão) na revelação do sentido da Constituição.¹⁸⁰

É certo, contudo, que todo processo será um procedimento, mas a recíproca não é verdadeira, nem todo procedimento será um processo¹⁸¹. O que quer dizer que nem sempre o agir administrativo envolve a atuação dos interessados sob a incidência do contraditório e ampla defesa. Mas é necessário deixar expresso que a exigência de procedimentalização da ação administrativa pressupõe regras preestabelecidas e a demonstração dos motivos levados em consideração para a decisão administrativa. Através do procedimento, com ou sem participação dos envolvidos em contraditório, busca-se o conhecimento dos motivos determinantes que fundamentaram a ação estatal deste ou daquele modo e a verificação do atendimento ao interesse público na situação específica.

Corroborando o que foi dito acima, Bacellar Filho assenta:

A compreensão do processo como procedimento pressupõe a exigência de institucionalização do método (do caminho a ser percorrido). Este caminho, obrigatoriamente, deve estar regulado porque, enquanto procedimento, implica certa dose de estabilidade: as partes envolvidas não podem improvisar.¹⁸²

¹⁷⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. In: Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.) *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 228.

¹⁸⁰ GALLUPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO; CRUZ (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 63.

¹⁸¹ Para Cândido Rangel Dinamarco “nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório”. *A instrumentalidade do processo*, p. 133

¹⁸² BACELLAR FILHO. *Romeu Felipe*. P. 50

O procedimento administrativo, portanto, antecede a produção de qualquer decisão administrativa, tenha ela participação ou não dos cidadãos, sendo ele garantia do próprio administrado contra a ação violenta do Estado. É a partir do constitucionalismo moderno que se torna imprescindível que o agir administrativo preste contas, que informe aos administrados as razões justificadoras da decisão antes de sua conclusão, não mais se concebendo o agir imperativo pautado na vontade subjetiva e irracional do administrador.

A própria Carta de 1988, já prevê a realização do processo administrativo, garantindo-se aos envolvidos o direito ao contraditório e à ampla defesa¹⁸³. Bacellar Filho sustenta não se tratar de mera preferência terminológica, mas real opção constitucional por um regime jurídico processual nas atividades administrativas¹⁸⁴.

Desta determinação constitucional, a professora Odete Medauar vai desenvolver a ideia da processualidade ampla. Não mais restringindo o processo ao exercício da função jurisdicional¹⁸⁵. Nesta perspectiva, a processualidade encontra-se de forma pertinente ao desempenho das atividades estatais, ao exercício dos poderes do Estado, guardando estreita relação com os avanços do direito processual, especialmente ao tratar do processo como instrumento.

Para Odete Medauar¹⁸⁶, a processualidade, característica do desempenho das atividades estatais, do exercício dos poderes do Estado, adapta-se aos avanços do direito processual moderno, em especial à chamada instrumentalidade processual, revelando-se um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder visando determinados objetivos.

A opção pela terminologia “procedimento” é a que melhor se adequa aos objetivos do presente trabalho, pois a relação de continência, no que tange ao procedimento e à sua natureza instrumental, é inegável, principalmente por servir de garantia dos direitos fundamentais, não só individuais, mas também coletivos.

¹⁸³ Art. 5º, LV, da Constituição de 1988.

¹⁸⁴ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009., p. 49.

¹⁸⁵ Neste sentido, um dos primeiros a trabalhar a ideia da processualidade ampla no direito administrativo brasileiro foi Manoel de Oliveira Franco Sobrinho que, já nos anos 70 do século passado, via o processo como forma de desenvolvimento da função administrativa, jurisdicional e legislativa.

¹⁸⁶ MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

Tem-se, neste trabalho, o processo administrativo como procedimento qualificado pelo contraditório, servindo como um objeto que contribui efetivamente para a realização da democracia.

Diz a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo. Por isso, o processo, como formalização de comportamentos para a reivindicação e efetividade de direitos, põe-se como uma necessidade da civilização e da civilidade jurídico do homem no Estado.¹⁸⁷

Dessa ideia de processualidade ampla decorre a necessária aceitação de que o processo representa instrumento de atuação de todos os poderes estatais formando um núcleo constitucional comum de processualidade¹⁸⁸. Este núcleo comum tem base constitucional e tem como consequência a ampliação das garantias processuais ao processo administrativo, como já relatado anteriormente.

A este respeito, Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

A visão procedimentalista da Constituição impõe novas perspectivas no processo constitucional, como assevera o jovem constitucionalista Cattoni de Oliveira. Essa visão impõe o reconhecimento de uma nova relação Estado/Sociedade, que tem por finalidade a criação de uma sociedade mais inclusiva. A abertura do processo constitucional, como meio de justificação racional dos provimentos estatais, quais sejam, atos normativos (frutos do processo legislativo), atos decisórios judiciais (originários do processo judicial) e atos administrativos (oriundos do processo administrativo), tornou-se elemento indispensável para a justificação da legitimidade democrática da modernidade.¹⁸⁹

Dessa nova visão procedimentalista, como já dito anteriormente, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, donde os princípios constitucionais irradiam para todo o ordenamento, afetando também o direito administrativo, reconstruindo este direito administrativo a partir de uma concepção fundada em direitos fundamentais e democracia, atingindo duplo objetivo: i)

¹⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, jun/set. 1997. Rio de Janeiro, 209: 189-222, p. 190

¹⁸⁸ BACELLAR FILHO, ODETE MEDAUAR, entre outros.

¹⁸⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 202-203.

resguarda os administrados, e ii) permite uma atuação administrativa mais clarividente. Referente ao primeiro objetivo permite-se que o administrado seja ouvido antes da decisão que irá afetá-lo, trata-se de um controle que vem de dentro da administração, *ex ante*, permitindo a ocorrência do segundo objetivo, “uma decisão mais bem informada, mais consequente, mais responsável, auxiliando, assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa” dando mais legitimidade às decisões estatais¹⁹⁰.

Assim, pode-se diferenciar as noções de procedimento e de processo, e partindo da teoria fazzalariana, a distinção se dá pela participação em simétrica paridade de armas. Tal como se pretende neste estudo, a ideia do processo administrativo é a que melhor se adequa aos objetivos traçados. É através do processo administrativo, como procedimento com participação dos envolvidos na busca de uma decisão mais bem informada, que se obterá maior legitimidade nas decisões administrativas.

Neste prisma, quanto mais aberta for uma administração, quanto mais participação cidadã permitir uma administração, quanto mais informações forem colhidas para a tomada de determinada decisão, tanto mais legítima será essa decisão. Sem qualquer dúvida, uma decisão tomada de forma democrática será mais bem recebida e respeitada por aqueles que contribuiram para a construção desta decisão. Numa relação com Habermas, os atingidos por essa decisão, se de sua construção participarem, dela sentir-se-ão coautores.

3.5 Processo Administrativo como garantia constitucional

A Constituição de 1988 eleva o processo administrativo à categoria de garantia constitucional, o fazendo por meio do art. 5º, incisos LIV e LV. Sobre o

¹⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. p. 505-506. Note-se, porém, que o professor Celso Antônio não se interessa muito pela distinção processo/procedimento, diz ele: “(...) tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (‘procedimento’) e em favor de outra a recente terminologia legal (‘processo’), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra” (Id.,2010, p. 488).

inciso LV, Odete Medauar sustenta a leitura do preceito constitucional como garantia objetivando a tutela de direitos dos indivíduos na atuação administrativa¹⁹¹.

Lembra Bacellar Filho que as garantias fundamentais apresentam dupla funcionalidade. Quando atuam subjetivamente na tutela dos direitos dos administrados, estão cumprindo uma função de garantia dos administrado, e, ao mesmo tempo, servem como garantia da legalidade, atuando objetivamente, de forma a prevenir e remediar violações do direito objetivo¹⁹²

Dessa forma, o processo administrativo representa tanto regulação do exercício de competência por parte da administração como também funciona como meio de proteção do indivíduo frente à atuação da administração. Isto quer dizer que a garantia constitucional do processo administrativo significa para a administração uma atribuição de competência para sua atuação enquanto, simultaneamente, representa direitos e liberdades postos à disposição do administrado/cidadão.

Nesse sentido, cabe, portanto, à administração pública o papel de desconstrução de dogmas administrativos clássicos para permitir o avanço dessa nova forma de gestão em que a tutela do interesse público passa a ser compartilhada com a sociedade por meio do processo administrativo, que se apresenta como garantia fundamental do cidadão, que colete informações e argumentos que propiciem uma ampla base objetiva para a decisão administrativa dotando-a de maior aceitabilidade por parte destes cidadãos e, via de consequência, tornando-a mais legítima.

O processo administrativo representa uma garantia para a sociedade de que a competência administrativa estatal será exercida de modo responsável e coerente. Trata-se, pois, de instrumento que visa atenuar a face arbitrária e autoritária da administração incompatível com a Constituição.

A leitura isolada do inciso LV pode induzir o leitor a pensar que o procedimento só estaria garantido constitucionalmente quando inserido no bojo de um processo. Ledo engano! O inciso LIV garante o devido processo legal, vinculando, o exercício do poder ao modelo procedimental estabelecido pela Constituição.

¹⁹¹ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 203.

¹⁹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358.

Com efeito, mesmo antes da Constituição de 1988, o processo administrativo já era compreendido como garantia jurídica¹⁹³. Agora, além de garantia jurídica, o processo administrativo é alçado a categoria de garantia constitucional. E, deste movimento, exsurtem duas consequências: fixam-se garantias mínimas incidentes na disciplina do processo e um sistema de controle de constitucionalidade afirma a tutela das garantias fundamentais.

Disso decorre que o administrado passa a ter o direito a um processo administrativo assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório (inciso LIV) e ao mesmo tempo caso não tenha garantido, pode buscar o poder judiciário, em controle de constitucionalidade difuso (na maioria das vezes) para ver sua garantia fundamental respeitada.

A respeito, a título exemplificativo, a União editou a Lei Federal nº. 9.784/99 tratando especificamente do processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

A doutrina italiana¹⁹⁴ defende que a garantia constitucional do direito ao processo não é uma garantia apenas formal impondo-se a existência de um processo, mais que isso, é uma garantia de um processo justo. Essa construção de um processo justo revela-se naquele processo onde se garante a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais e um resultado qualitativamente constante.

O direito ao processo justo compreende condições mínimas para a obtenção dos fins do processo e: i) o direito de ação paralelo ao direito de defesa (paridade de armas) de forma que se permita iguais chance de sucesso ao final do processo; ii) a importância do direito à prova, uma vez que o direito de provar está relacionado ao poder de agir, de usar todos os meios probatórios legais para demonstração de suas alegações, e iii) a inadmissibilidade de barreiras processuais que dificultem ou impeçam o direito de ação.

¹⁹³ “O procedimento administrativo sistematizado constitui-se numa garantia jurídica: a sistematização em código é uma garantia para as partes conflitantes, sobretudo em um Estado de direito assentado numa organização política e institucional”, escreveu Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (Introdução ao direito processual administrativo, p. 105).

¹⁹⁴ COMOGLIO, FERRI E TARUFFO apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 345-373.

A construção teórica italiana é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro. Destaca-se que a Constituição quando erigiu o processo administrativo à garantia constitucional, o fez assegurando não somente o direito ao processo administrativo, mas o direito ao um processo administrativo onde fossem assegurados o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos necessários para o seu exercício.

Essa garantia da ampla defesa e do contraditório sintetiza o processo administrativo enquanto garantia de meios e resultados. O processo administrativo revela-se, então, instrumento de tutela inspirado na ideia de efetividade do processo.

A processualização da ação administrativa, garantindo-se um processo onde são respeitados e garantidos a ampla defesa e o contraditório, conduzem a um cenário onde o agir administrativo é mais legítimo, mais racional, mais imparcial, mais equilibrado, onde a decisão é tomada de maneira mais informada, de forma mais democrática, muitas vezes consensual, rompendo a imagem de uma administração em oposição à sociedade e permite, ao mesmo tempo, um maior controle da atividade administrativa.

Interessante, neste ponto, também aprofundar a análise quanto à terminologia utilizada pela Constituição ao prever a incidência de processo administrativo na presença de litigantes e acusados. Nesse sentido, a própria Constituição preferiu já nomear os sujeitos do processo, aqueles que participarão do processo a tratá-los como meros objetos ou espectadores ou destinatários passivos do provimento final, sem direito a participação.

Com efeito, há que se fazer referência ao fato de que a Constituição trata litigantes e acusados diversamente de tal forma que as duas definições não se revelam sinônimos, pelo contrário, a própria Constituição já fez a distinção entre uma e outra.

Tal distinção, e a inclusão do termo litigantes é, para Ada Pellegrini Grinover, grande inovação da Constituição, acrescentando distinção entre a função jurisdicional e administrativa, a partir do parâmetro do litígio ou da lide.

Nessa perspectiva, a Constituição não limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende a todos os processos administrativos onde existam acusados ou apenas litigantes, sempre que existir controvérsia, conflitos de interesse, contenda.

Ao utilizar-se da expressão “*litigantes em processo administrativo*” o texto da Constituição aponta que o exercício da atividade administrativa não se realiza de forma isolada dos interesses e pretensões dos administrados. Se se admite a existência de litigantes em processo administrativo (ou seja, em processos voltados à edição de um ato administrativo) é porque existe uma pretensão resistida (lide, conflito, antagonismo) no processo de elaboração do ato. Destarte, resta evidente que a produção do ato não pode ser concebida, utilizando expressão de Floriano de Azevedo Marques Neto, de forma autista, sem se considerar a participação e as considerações dos envolvidos.

Uma discussão bizantina é a que se debruça sobre o significado de litígio ou lide que não encontra consenso sequer entre os processualistas. Pode-se afirmar que a lide não se limita à função jurisdicional. No processo jurisdicional nota-se uma diferença entre lide e litígio, sendo que a primeira seria a dedução do litígio em juízo formando o processo judicial, enquanto o litígio representaria apenas o conflito no sentido material. Chega a ser contraproducente estabelecer diferenças entre lide e litígio no âmbito do processo administrativo uma vez que a própria Constituição garante o contraditório e a ampla defesa tanto no litígio quanto na lide.

Odete Medauar chama atenção para o significado do termo litigantes previsto no inciso LV na perspectiva do processo administrativo. E esclarece citando Ada Pellegrini Grinover que sustenta que “*o litigante surge em razão de uma controvérsia, em razão de um conflito de interesses. (...) Haverá litigantes sempre que houver conflito de interesses, sempre que houver uma controvérsia*”.¹⁹⁵ No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo¹⁹⁶.

Assim,

A exigência de processo administrativo abrange, portanto, situações em que dois ou mais administrados se apresentam em posição de controvérsia entre si, perante uma decisão que deva ser tomada pela Administração; por exemplo: nas licitações, concursos públicos, licenciamento ambiental. Abrange também os casos de controvérsias entre administrados (particulares ou servidores) e a Administração; por exemplo: licenças em geral, recursos administrativos em geral, reexame de lançamento (processo administrativo-tributário).¹⁹⁷

¹⁹⁵ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 203

¹⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 79.

¹⁹⁷ Ibid., p. 203.

Dessa forma, em singela construção, pode-se dizer que a dedução de uma pretensão pela Administração ou perante esta, cujo provimento seja capaz, de alguma maneira, de atingir a esfera de interesse de terceiro, dá lugar à lide ou controvérsia administrativa, exigindo o processo administrativo.

Analisando o inciso LV conjuntamente com o inciso LIV não restam dúvidas acerca da vinculação do exercício do poder administrativo ao modelo procedimental estabelecido pela Constituição.

A incidência do inciso LIV no âmbito do direito administrativo é matéria superada, inclusive com decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, que, através da Súmula nº. 21 vedou a demissão sumária de servidores, obrigando a administração a estabelecer um processo proporcionando aos interessados tomar ciência das acusações que lhes faziam e oportunizar-lhes a defesa.

O inciso LIV significa, dessa maneira, a garantia do devido processo legal, exigindo a instauração de um processo administrativo, garantindo-se aos litigantes o contraditório e a ampla defesa. Nota-se, portanto, que o inciso LIV tem sua amplitude alargada para além das hipóteses de privação de liberdade e de bens.

Essa cláusula do devido processo legal apresenta caráter relevante no direito administrativo em face do agigantamento do Estado e fortalecimento do Executivo, representando meio de garantia de direitos de indivíduos e grupos contra a atuação administrativa.

Portanto, fica clara a disposição constitucional que garante o direito ao processo administrativo que atende a duas funções precípuas simultaneamente. Ao mesmo tempo em que permite ao cidadão a participação na construção do agir administrativo, limita a própria administração exigindo-se-lhe uma formação de vontade mais informada. Dito de outro modo, a imposição constitucional de atuação administrativa processualizada possui dupla potencialidade: por um lado, torna possível o controle, pelo interessado ou por qualquer cidadão, da discricionariedade estatal nos devidos termos, permitindo a verificação de limites e medidas; e, por outro lado, demanda uma atuação mais dialógica da função administrativa, conferindo-lhe maior legitimidade.

3.6 A emergência de um novo Direito Administrativo

Como já exposto, o texto constitucional consagra em seu conteúdo uma série de avanços tendentes a democratizar a forma de atuação administrativa estatal. A Constituição estabelece, então, meios de cooperação entre Estado, administração pública e sociedade civil.

Nesse momento histórico, pretende-se o estreitamento da relação entre Estado e sociedade civil, por meio de uma acentuada interseção entre o poder político (estatal) e os centros de poder social (sociedade), propiciando ao cidadão efetiva participação nos assuntos que lhe interessam e à sociedade.

Nesse sentido, permite-se ao cidadão a participação na formação da atuação administrativa, seja porque foi consultado ou porque lhe foi outorgado o poder de decisão¹⁹⁸. Desse modo, o aumento da participação popular confere maior legitimidade aos atos da administração e aumenta a possibilidade de controle sobre o governante, resultando em maior confiabilidade na gestão administrativa.

Esses processos administrativos transparentes, acessíveis aos cidadãos, que permitam acompanhar a tomada de decisão administrativa e permitam aferir que a decisão escolhida se mostra racional e justa tendem a minimizar a insegurança jurídica e os riscos de violação aos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Todo esse movimento evidencia a chamada “*democratização da administração*”, teorizada por J. J. Gomes Canotilho, que implica, entre outros fatores, na transparência ou publicidade do processo administrativo, assim como a gestão participativa dos cidadãos por meio de organizações populares ou outras formas de representação na gestão da Administração Pública¹⁹⁹.

Como anteriormente registrado, no início da sistematização do direito administrativo a matéria do processo administrativo era secundária, ocupando o centro dos estudos o ato administrativo. O direito administrativo, nesse tempo, fundava-se na ideia de que “*o interesse público é um interesse próprio da pessoa*

¹⁹⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 27, n. 106, p. 81-98, abr/jun. 1990, p. 90.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5.ed. 2 reimp. Coimbra: Almedina, 1992, p. 421.

*estatal, 'externo e contraposto ao dos cidadãos'*²⁰⁰. A evolução do direito administrativo propiciou a abertura de canais de interação com a sociedade de sorte a possibilitar um confronto dialógico dos interesses públicos e privado envolvidos no âmbito da atuação administrativa, como instrumento para objetivação desse próprio poder administrativo. A participação dos cidadãos representa, e repete-se, ao mesmo tempo meio de legitimação do poder e controle de seu abuso.

Gustavo Justino de Oliveira pondera que:

(...) o fim do Estado contemporâneo parece ser o de constituir-se em canal e instrumento indispensável para a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade. Eis uma leitura atualizada da consagrada expressão bem comum, entendida pela doutrina clássica como a finalidade a ser perseguida pelo Estado.²⁰¹

É incontroverso, e já se tratou disso aqui, que os direitos fundamentais englobam as garantias processuais. Contudo, pode-se acrescentar que as novas bases dogmáticas e exegéticas do direito administrativo, tal como sua interpretação, devem ser sempre a favor da realização dos direitos fundamentais²⁰².

Marçal Justen Filho, por sua vez, sustenta que a observância de procedimentos democráticos, com ampla participação da população, é fato constitutivo de validade da atividade administrativa, defendendo a procedimentalização como garantia democrática:

A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos, estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados a ampla realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos.²⁰³

Atribui-se à Administração um dever de justiça, não apenas pelo dever de observância das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa estendidos aos cidadãos em processo administrativo, mas porque a função administrativa não mais pode permanecer alheia aos direitos dos indivíduos. Para Odete Medauar, “o esquema processual representa um dos meios para que a

²⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

²⁰¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145-162, p. 148, jul./set. 2005, p. 162.

²⁰² *Ibid.*, p. 310

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64.

*vontade do administrador e a vontade dos administrados se encontrem na fase de decisão*²⁰⁴.

A evolução experimentada pelo direito administrativo, com a efetiva participação do cidadão na conformação de atos estatais a partir do processo administrativo, possibilita o acompanhamento e conhecimento da dinâmica da atuação estatal ao mesmo tempo em que atende, substancialmente, ao disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição no que se refere ao respeito ao contraditório e à ampla defesa dos cidadãos, legítimos interessados no processo, estabelecendo um núcleo de processualidade que representa um verdadeiro direito garantia que repudia a opacidade e a omissão estatal aos reclames dos cidadãos.

Assenta Juarez Freitas:

Faz-se necessário apagar o regalismo, de ordem a cuidar dos interesses existenciais legítimos dos cidadãos, na marcha para uma performance administrativa tendente a honrar poderes-deveres. [...] No exercício das competências administrativas (discricionárias e vinculadas), o agente público, em última análise, precisa zelar pela eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública, sob pena de responsabilização do Estado. Apresenta-se condenável toda e qualquer ação ou omissão despida de motivos plausíveis. [...] entendido como o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. Nessa releitura o direito administrativo assume uma pertinente postura adaptativa, de sorte a retificar o que tiver resultado de equívocos, fábulas e defasagem conceitual²⁰⁵.

O exercício da atividade administrativa pressupõe a necessidade de selecionar e compor diferentes interesses públicos e privados, muitas vezes com elevado grau de complexidade, cabendo à administração buscar solucionar de forma que contemple mais intensamente todos os interesses. Nesse sentido, Bacellar Filho diz que *“não é possível que o interesse perseguido com o exercício da função administrativa não encontre seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual quanto coletiva”*²⁰⁶.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a este respeito, trata da necessidade de a administração atuar no sentido da realização dos direitos fundamentais:

²⁰⁴ MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 73

²⁰⁵ FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 77-79.

²⁰⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo código civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 46.

o conceito de direitos fundamentais foi o fator determinante na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado no direito contemporâneo [...] que desfrutamos neste século XXI, o primado dos direitos fundamentais, sem espaço para o arbítrio ou imposições políticas, por mais justificadas que se apresentem.²⁰⁷

Desse modo, parece evidente, perceber que a o direito administrativo, numa perspectiva da pós-modernidade, apresenta-se como instrumento de realização dos direitos fundamentais dos administrados, erigidos ao *status* de cidadãos.

Nessa nova perspectiva, abre-se um espaço de argumentação racional, transparente, estável e previsível, que se realiza através da processualidade administrativa. Dessa forma se constrói um novo direito administrativo democrático em sua essência.

A Constituição de 1988 ao expressamente, em seu art. 37, impor à administração o dever de observância dos princípios a toda a administração pública, no exercício de sua função administrativa, altera a noção de um direito administrativo autoritário, unilateral, cuja atuação baseava somente na lei, de modo extremamente formal e legalista, passando a um direito administrativo mais moderno, mais contemporâneo, mais ligado às ideias do pós-positivismo, com uma compreensão de legalidade mais ampliada.

O direito administrativo passa, portanto, a vivenciar uma intensa mudança e releitura de paradigmas, que surge em resposta à necessidade de modernização do aparelho estatal, exigindo-lhe transparência, eficiência, participação, imparcialidade e legalidade, realizando escolhas administrativas razoáveis e constituídas através de um processo de obtenção de consenso entre os interessados, almejando a otimização do interesse público.

Concretiza-se um cenário de transição de um direito administrativo autoritário para um direito administrativo democrático realizado através de soluções concertadas com o administrado tanto no tocante à prevenção quanto à solução de controvérsias.

A Constituição, ao mesmo tempo em que preceitua os princípios da administração pública, estabelece a democratização da administração, proporcionando o surgimento de uma nova legitimidade fundada no consenso na

²⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*, 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 64-65.

busca de um processo administrativo decisório mais democrático com a participação efetivado interessado na elaboração da própria decisão administrativa.

O direito administrativo passa, dessa forma, a requerer mecanismos de controle mais efetivo da tomada de decisão, com objetivo de garantir a transparência e a legalidade dentro de um processo negociado de composição de interesses. O processo administrativo representa esse instrumento de implementação de decisões que têm no consenso a sua legitimidade.

O direito administrativo assiste, então, à passagem da processualidade administrativa ao palco, substituindo o obsoleto ato administrativo. Através da processualidade administrativa é possibilitado ao administrado acompanhar a tomada de decisão administrativa e aferir sua racionalidade e justiça, ao mesmo tempo em que representa garantia de direitos fundamentais. Vislumbra-se o nascimento de um novo paradigma do direito administrativo, já se falando na ideia de uma administração consensual, um direito administrativo consensual.

CONCLUSÃO

O mundo vivencia a pós-modernidade. As mudanças correm rápido, fluidas. O que hoje é, amanhã já não é mais. Nesse prisma, o direito, por sua natureza, tem dificuldade de acompanhar as mudanças, mas delas não pode ficar apartado. O direito, para que seja legítimo, deve espelhar a realidade social que pretende regular. Eis um tema central do direito, a sua própria legitimidade, os seus meios de legitimação.

É sabida a mudança de paradigmas do direito desde o surgimento do Estado moderno. Da perspectiva do Estado Liberal, passando pelo Estado Social chega-se, no segundo pós-guerra ao Estado Democrático de Direito, que alguns autores também chamarão de Estado Constitucional. As principais características desse modelo são a centralidade da Constituição, a sua força normativa, a presença de direitos fundamentais em seu conteúdo e a democracia como ideia força da ação estatal.

A normatização de princípios pela Constituição e a atribuição de força normativa conduzem a uma superação do positivismo jurídico. Um novo constitucionalismo aparece. Inicialmente, tratado em sua generalidade por neoconstitucionalismo, pregava-se a superação do positivismo jurídico, uma visão não mais estanque entre direito e moral, a Constituição no centro irradia para todo o ordenamento jurídico seus mandamentos, os princípios constitucionais, alçados à categoria de norma jurídica, moldam a interpretação e as decisões jurídicas servindo de seus fundamentos²⁰⁸. Com efeito, com diferenças de tom e de enfoque, a ideia do neoconstitucionalismo, considerando também as críticas a ela, traz de fato um plano consensual, não se discute a ideia de que a Constituição é o centro do sistema, a interpretação deve se dar acorde com seus mandamentos e que seus elementos fundamentais são a garantia e a realização de direitos fundamentais e do método democrático. Eis os elementos fundantes de um constitucionalismo em tempos de pós-positivismo.

²⁰⁸Parte da doutrina rompe com a ideia inicial do neoconstitucionalismo, que tem em Alexy e Dworkin, dois de seus principais teóricos, com críticas ao excessivo recurso aos princípios e valores constitucionais nas decisões dando causa ao decisionismo e ao ativismo judicial. Lênio Streck propõe um Constitucionalismo Contemporâneo e Luigi Ferrajoli um constitucionalismo garantista.

Feitas as considerações iniciais, expondo o pano de fundo em que se desenvolveu o presente trabalho, pode-se dizer que, em decorrência das mudanças vivenciadas no mundo e na sociedade, o direito administrativo não poderia ter saído ileso destas transformações. A constitucionalização do direito impacta sobremaneira no direito administrativo, inclusive e principalmente, porque ele trata de uma área muito sensível à Constituição e ao Estado que é a maneira pela qual o próprio Estado vai agir visando à realização dos preceitos constitucionais.

O direito administrativo, foi visto, surge como instrumento de legitimação e limitação do poder estatal. Por muito tempo o direito administrativo manteve-se sobre as bases conceituais de seu surgimento por volta do século XIX. Em aproximadamente dois séculos pouco se mudou na estrutura e no estudo do direito administrativo. Nesse período, preocupou-se o estudioso do direito administrativo basicamente com o ato administrativo. Nessa perspectiva os interesses do Estado e da sociedade eram vistos de maneira contraposta. O direito administrativo, muito em função da ideia de legalidade, assumia um viés extremamente positivista no sentido de submissão incondicional à lei.

Com o advento do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do direito, o direito administrativo sente os ventos da evolução. E é dessa evolução que se tratou no presente trabalho, chegando às seguintes conclusões:

1. A constitucionalização do direito conduz a um novo modelo de interpretação, onde o intérprete deve atuar de sorte a explicitar o significado dos dispositivos legais conforme os fins estabelecidos pela Constituição. Essa é a função essencial do intérprete, a promoção de uma releitura do direito posto adequando ao previsto pela Constituição. Em grande parte das vezes a interpretação de determinado conceito ou instituto, ou até mesmo, todo um ramo do direito, sofrerá considerável modificação.

2. Ante a constitucionalização do direito, o direito administrativo sofre mutações. Uma releitura do direito administrativo conforme o texto constitucional é necessária. Essa releitura proporciona uma reconstrução do direito administrativo baseado nos princípios que irradiam da Constituição, especialmente no tocante aos direitos fundamentais e ao método democrático. Vislumbra-se a emergência de um novo direito administrativo. Um direito administrativo democrático ou um direito administrativo pós-moderno ou, ainda, um direito administrativo pós-positivista, como queiram. O que se verifica, contudo, é a latente reconstrução do direito

administrativo sob um novo paradigma, superando um modelo que remonta a dois séculos.

3. Essas mudanças levam o direito administrativo a livrar-se de resquícios absolutistas, sobretudo no aspecto da vontade da autoridade; à absorção de princípios constitucionais; a uma nova relação Estado-sociedade refletindo o cenário contemporâneo.

4. Nessa perspectiva, ganha notoriedade a importância dos direitos fundamentais, tanto em relação à sua garantia como no sentido de promoção de meios para sua realização. O direito administrativo sempre esteve voltado ao Estado, à noção de interesse público; a sua constitucionalização indica a limitação da utilização arbitrária de seus mecanismos e a superação da ideia da supremacia do interesse público focada em si mesma, interpretada de forma abstrata. A noção de supremacia de interesse público deve ser reinterpretada de acordo com os direitos fundamentais.

5. Com a ideia de democracia como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, o direito administrativo deve democratizar-se, ou seja, a releitura de seus institutos deve ser realizada visando à realização do método democrático. Desloca-se o fundamento de legitimidade do direito administrativo da legalidade para uma ideia de participação democrática dialógica na formação da vontade estatal. Abre-se o direito administrativo à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de seus direitos individuais como em nome de interesses gerais da coletividade.

6. Nota-se, acima, uma mudança substancial no direito administrativo. Antes focado no ato administrativo: unilateral, autoritário, legalista; emerge um novo cenário, um direito administrativo centrado na ideia da procedimentalização administrativa. A processualidade administrativa decorre da crescente preocupação com a disciplina e democratização dos processos de formação da vontade administrativa que passa a buscar respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; incrementar o nível de informação da administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se pretenda implementar, sob a ótica dos interessados, antes de sua implementação; e alcançar um patamar de maior consensualidade e legitimação das decisões administrativas.

7. A edição dos atos administrativos, num prisma de procedimentalização, torna-os permeável aos interesses dos administrados permitindo que grande parte

dos conflitos, contraposições decorrentes deste ato possam ser conhecidos e considerados tanto por parte da administração como dos administrados, por qualquer ângulo que se veja. Isso quer dizer, permite-se à administração e aos próprios administrados maiores informações na busca de um ato administrativo mais condizente com os anseios de todas as partes envolvidas, com menores chances de surgimento de novos conflitos dele decorrentes.

8. A ação administrativa, dentro de uma ideia procedimental, deixa de se basear apenas na previsão anterior da lei. Há um sentimento prospectivo quando se analisa a edição de determinado ato considerando as diversas possibilidades de impacto, a comparação de alternativas, gerando um ato administrativo num ambiente de maior responsividade.

9. Nesse ambiente, perde força o pressuposto da unilateralidade do ato administrativo. Não se trata da superação da ideia de unilateralidade transformando-o em negócio jurídico, mas de uma concepção em que a formação do ato administrativo não pode deixar de considerar os interesses e posições conflitantes no momento de produção do ato administrativo. A ação administrativa deixa de lado seu caráter autoritário, permeando as suas decisões com fundamentos extraídos da ponderação dos interesses envolvidos.

10. Seguindo essa trilha, com a constitucionalização do Direito Administrativo, buscando a realização do método democrático, a administração pública passa a buscar o consenso como forma de obtenção de maior efetividade no exercício de suas funções. A administração pública percebe que sua atuação pode ser mais efetiva e proveitosa se construir espaços de consensualidade com os segmentos envolvidos. Nesse sentido, a legitimidade do ato é produzida e reconhecida pelos envolvidos durante o processo de formação de consenso. Esse ato será representação do interesse público, a vontade administrativa legitimada.

11. O consenso deve se construir num espaço público de debate, assegurando-se iguais condições a todos os interessados de participação na construção do consenso. A noção de legitimidade deixa a ideia da lei ou do ato administrativo e passa para o processo de discussão e formação do referido ato. Isso quer dizer: o ato, o agir administrativo, será legítimo se realizado de acordo com um processo dialógico com participação dos envolvidos visando à obtenção de um consenso que deverá ao menos servir de fundamento para a tomada de decisão

pela administração. Dessa forma, o interesse público, que deve orientar a administração pública, é construído consensualmente.

12. A processualidade administrativa inaugura um mecanismo dialógico institucionalizado impondo à administração um ônus argumentativo obrigando-a a justificar e demonstrar a formação da vontade administrativa de forma racional e pragmática. Essa processualidade permite o estabelecimento de controles dentro da administração durante o processo de formação/construção da vontade, possibilitando aos cidadãos serem ouvidos antes da decisão que possa afetá-los, abrindo o Direito Administrativo à perspectiva democrática de participação dos cidadãos, grupos de interesse e opinião pública em claro exemplo de interpretação e construção do direito numa sociedade aberta.

13. Como citado anteriormente, a processualidade não convola o ato administrativo em negócio jurídico, pelo contrário, a ideia de processualidade tem o condão de proporcionar à administração pública, detentora do poder, poder exercê-lo de forma mais informada, mais consentânea com o interesse dos administrados, mais democrática e conseqüentemente mais legítima. Pode-se dizer que o Direito Administrativo se vê reinterpretado à luz do pensamento de Jürgen Habermas em sua Teoria Discursiva do Direito, a formação da vontade se dá através de procedimentos que permitam que o cidadão participe democraticamente na busca de consensos, e tomada a decisão, ele se sentirá também coautor dessa vontade.

14. Uma distinção necessária é a que se faz entre procedimento e processo, onde procedimento pode ser considerado gênero, do qual processo é espécie. O procedimento relaciona-se com a função administrativa, e processo tem sentido quando se estabelece a participação em contraditório.

15. Ressalta-se que a Constituição da República de 1988 alçou a processualidade administrativa a garantia fundamental, prevendo-a no art. 5º, incisos LIV e LV, tornando a ideia de participação não apenas um ideal em busca de legitimidade do agir estatal, mas um direito do cidadão em face da administração pública.

16. A possibilidade de participação na formação da vontade administrativa por parte dos cidadãos ainda tem o condão de (e o tema foi tratado *en passant* nesse trabalho) ampliar o controle da administração pública pelos administrados, permitindo uma administração cujas ações sejam mais efetivas e eficientes.

17. Eis, portanto, lançadas as bases para um direito administrativo pós-positivista, com inspiração em Habermas, cujo tema central reside na procedimentalização da atividade administrativa em busca do agir administrativo legitimado pelo consenso obtido do diálogo entre administração e administrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1999

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular”. Revista Brasileira de Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 27 de julho de 2015. ISSN 1981-1888.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 345-373.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: uma contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. _____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2002

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3^a.ed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. In: Revista Sequência, nº. 57, p. 131-152, dez. 2008

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000..

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Ciência Política**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. **Distinção entre “Controle Social do Poder” e “Participação popular”**. In: Revista Trimestral de Direito Público, v. 2, 1993.

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. V. 1. São Paulo: Freitas Bastos, 1958

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1997

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CAPELLETTI, **Mauro. Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O cidadão, a administração pública e a nova Constituição**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 27, n. 106, p. 81-98, abr/jun. 1990

_____. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo, Acadêmica, 1993.

_____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais**, in Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais (org. LEITE SAMPAIO, José Adércio). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Processo constitucional e efetividade dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 202-203.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação popular na administração pública**. In: Revista Trimestral de Direito Público. V.1. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. **Direito administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Os direitos levados a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007,

GALLUPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica constitucional e pluralismo**. In: SAMPAIO; CRUZ (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I, 1998

HABÉRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2012

_____. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2011

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”**. In: Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 57. jan./abr./2006.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Administração pública: do ato ao processo**. Fórum Administrativo - Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, nº. 100, p. 167-174, jun. 2009.

_____. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Ato administrativo: origem, concepções e abrangência**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-36

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo IV.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Legitimidade e discricionariade– novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariade.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Mutações do direito administrativo**, 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

_____. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-56, jan./mar. 2003.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição dirigente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145-162, p. 148, jul./set. 2005.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **O Procedimento Administrativo: entre o poder e a legitimidade.** 2006.Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2003.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günter.** Belo Horizonte: Editora Clube de Autores, 2013.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, jun/set. 1997. Rio de Janeiro, 209: 189-222.

ROSA, Alexandre Morais da [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. In: Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.) *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 228.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional**. Revista de Direito Administrativo, nº. 215, 1999, p. 19/34.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 48

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

_____. **Contra o Neoconstitucionalismo^{1/2}**. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun, p 9-27.

_____. **O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo**. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014, p. 28.