

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

RÉGIS WILLYAN DA SILVA ANDRADE

**A LEGITIMIDADE DA DELIMITAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA
ADMINISTRATIVA EM FACE DA TEORIA DA
DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

POUSO ALEGRE-MG

2012

RÉGIS WILLYAN DA SILVA ANDRADE

**A LEGITIMIDADE DA DELIMITAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA
ADMINISTRATIVA EM FACE DA TEORIA DA
DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

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

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes
Figueiredo.

FDSM – MG

2012

RÉGIS WILLYAN DA SILVA ANDRADE

A LEGITIMIDADE DA DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA
ADMINISTRATIVA EM FACE DA TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Elias Kallas Filho

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Centro Universitário Euripedes – Marília/SP

Pouso Alegre - MG

2012

Aos meus Pais que me deram a oportunidade de continuar a sonhar e a tornar estes sonhos realidade, aos meus avôs, principalmente ao meu avô Vicente que embora ausente, vive em meu coração.

Ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, orientador e incentivador do meu trabalho de Pós-Graduação na Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Aos Profs.(a) Drs.(a) Alexandre Gustavo Franco Melo Bahia, Dierle José Coelho Nunes, Elias Kallas Filho, Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, Irene Patrícia Nohara, José Luiz Quadros de Magalhães, Liliana Lyra Jubilut e Renato Maia pelo estímulo e importantes sugestões.

Aos Srs.(as) mestrandos da 1ª turma de mestrado da FDSM: Ana Silvia Marcatto Begalli, Angela Limongi Alvarenga Alves, Gabriela Soares Balestero, Ludmila Ferreira Teixeira, Marco Aurélio de Oliveira Silvestre, Maria Rosilene dos Santos, Rosyenne Silveira da Mata Furtado, Vitor Ribeiro Romeiro e Wellington Clair de Castro, indistintamente, pela atenção, auxílio e amizade.

À Gilmara Gonçalves por tudo que representa em minha vida e principalmente por estar ao meu lado mostrando-me o verdadeiro sentido do amor.

Aos amigos agradeço especialmente a Maria Rosilene, grande amiga e companheira que mesmo nos momentos mais difíceis sempre esteve ao meu lado, não me deixando desanimar nunca. A minha amiga Anna Carolina, que desde a graduação sempre foi muito prestativa, e dedicada ao projeto. Agradeço também, minhas amigas e companheiras de trabalho, Lilia e também ao Sérgio Ribeiro que sempre se sacrificaram para que eu pudesse ter tempo para concluir os projetos. E por fim aos amigos e colegas de docência em especial o Dr. Hamilton da Cunha Iribure Junior por toda ajuda e incentivo.

A todos manifesto minha gratidão.

“Onde reina o direito, mantém-se um certo grau de poderio. Opomo-nos a seu crescimento e à sua diminuição. O direito dos outros é uma concessão feita por nosso sentimento de poderio ao sentimento de poderio dos outros. Caso nosso poderio se mostre profundamente abalado e quebrantado, nossos direitos cessam: em compensação, se nos tornamos muito mais poderosos, os direitos que havíamos reconhecido para os outros até então cessam de existir para nós”.

([Nietzsche](#))

RESUMO

ANDRADE, Régis Willyan da Silva. A legitimidade da delimitação dos Direitos Fundamentais na esfera administrativa em face da Teoria da Democracia Deliberativa. 2012. 107f. **Dissertação** – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012.

O conceito de legitimidade que vem sendo formado desde a *Política* de Aristóteles ao questionar a virtude em obedecer aos comandos conduzindo à alma, introduz no cenário jurídico-político a legitimidade como cerne de sustentação do regime democrático, do sistema jurídico bem como da atuação da Administração Pública. Para isso, ocorreram grandes transformações tanto no Estado constitucional desde sua concepção liberal até a atual conjuntura democrático deliberativa quanto na conquista dos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, por meio da cooperação entre os cidadãos, poderá se verificar como o Poder Judiciário e a Administração Pública atuam como fiscais da aplicação do texto constitucional bem como da solução de conflitos de interesses público *versus* interesses privado, sem que haja *a priori* a prevalência de quaisquer deles, utilizando-se como critério a ponderação no caso concreto sempre que houver necessidade de restrição de um em face do outro, com a aplicação desta cooperação dos cidadãos que serão diretamente afetados por meio da teoria da democracia deliberativa.

Palavras-chave: Legitimidade, Legalidade, Administração Pública, Direitos Fundamentais, Democracia Deliberativa.

ABSTRACT

ANDRADE, Régis Willyan da Silva. A legitimidade da delimitação dos Direitos Fundamentais na esfera administrativa em face da Teoria da Democracia Deliberativa. 2012. 107f. **Dissertação** – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012.

The concept of legitimacy that has been formed from Aristotle's Politics by questioning the virtue to obey the commands leading to the soul, the scene introduces legal and political legitimacy as the core support of the democratic regime, the legal system and the performance of Directors public. For this, major changes occurred in both the constitutional state since its inception to the current economic liberal democratic deliberative and the conquest of the fundamental rights and guarantees. Thus, through cooperation between citizens, can be verified as the judiciary and public administration act as fiscal application of the constitutional text and the solution of conflicts of public interests versus private interests, without a priori prevalence of any of them, using as criteria the assessment on a case where there is need for a restriction in the face of another, with the implementation of this cooperation of citizens who will be directly affected by the theory of deliberative democracy.

Keywords: Legitimacy, Legality, Public Administration, Fundamental Rights e Deliberative Democracy.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	09
PARTE 1 – LEGITIMIDADE POLÍTICA E CONSTITUIÇÃO.....	18
1.1 – A Legitimidade democrática.....	27
1.2 A Legitimidade jurídica.....	30
1.3 A legitimidade da administração pública.....	34
PARTE 2 – ESTADO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO E LEGITIMIDADE.....	41
2.1 – A determinação do Direito Administrativo como disciplina das atividades Estatais.....	48
2.2 – Legitimidade política e ação administrativa.....	55
2.3 – Ações administrativas no Direito brasileiro: a eficácia das políticas públicas e o postulado da proporcionalidade.....	61
PARTE 3 – DEMOCRACIA DELIBERATIVA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DELIMITAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.....	68
3.1 – A igualdade material e a teoria constitucional de democracia deliberativa.....	74
3.2 – A fundamentalidade material e a eficácia dos Direitos Fundamentais.....	79
3.3 – A Teoria da Constituição da democracia deliberativa como fator delimitador da esfera administrativa.....	86
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS.....	102

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como aporte teórico a problemática distinção entre legalidade e autoridade, que em Roma era entendida entre poder e autoridade. Ao tempo que a autoridade era a verdade socialmente reconhecida, o poder era a força.

Até o início do século XIX atribuiu-se a legitimidade a fatores transcendentais, dando assim poderes divinos aos reis, calcada na transmissão hereditária do poder via patriarcado bíblico e assim permaneceu como justificação das ordens jurídico políticas, quando sua influência residual se esvaiu com o advento das primeiras codificações.

Parte-se para a análise do movimento denominado de legitimidade política, formada por um sistema de Direitos Fundamentais, por meio de pessoas autônomas, interessadas na pretensão de validade do outro e que estejam prontas para contestá-las, usando da razão e da vontade tanto para contestar quanto para aquiescer, sendo assim suficiente para fundar o tipo de Direito ou poder político, que consideramos legítimo.

Do movimento denominado “constitucionalismo”, que surgiu como consequência das crescentes transformações do Estado, bem como da evolução da legitimidade como fonte de legalidade das normas e reflexo da soberania popular, será analisado como esta legitimidade também está inserida no contexto democrático.

A dicotomia entre legalidade e legitimidade reproduz o antigo conflito entre as duas colunas mestras de sustentação do direito, segurança *versus* justiça. Ora a configuração histórica assumida pelo direito parece pendular para um lado, ora para outro; em cada caso, um aspecto tende na medida em que se auto-afirma a desqualificar ou desvalorizar outro.

A partir da Teoria Contemporânea da democracia de Norberto Bobbio, será analisado a sua concepção liberal, com a participação do poder político, que sempre foi considerada como o elemento caracterizante do regime democrático, resolvida por meio de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o regime monárquico.

O problema da legitimidade está associado a múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, podendo-se afirmar que os diferentes grupos sociais encaram a legitimidade ou a ilegitimidade dos sistemas políticos e seus respectivos ordenamentos jurídicos de maneira como seus valores particulares ajustam-se aos deles.

Consequentemente, o grau de aceitação desses regimes não depende de uma mera fidelidade a retórica democrática, mas em grande parte, da forma como seus ordenamentos jurídicos permitem a resolução dos principais problemas que costumam dividir a sociedade. A formação do pensamento e construção do modelo político tem seus aportes teóricos em Immanuel Kant, passando pelo construtivismo político de John Rawls até o pensamento de Habermas por meio de um processo de formação dialógica.

A expansão da jurisdição constitucional permitiu a consolidação da ideia de que a Constituição, apesar de suas características singulares, é norma jurídica, dotada de “eficácia” e aplicabilidade direta e que com o Iluminismo passaram a versar não somente sobre direitos prestamistas bem como sobre assuntos de ordem econômica, relações familiares, cultura, direitos fundamentais.

Com este novo paradigma democrático constitucional, verifica-se uma valorização ao extremo do papel dos princípios constitucionais, na medida em que estes deixam de ser vistos apenas como formas de solução de lacunas, convertendo-se em autênticas normas, incrustadas no âmago do anseio constitucional contemporâneo.

Esses pensamentos formam o sentido da legitimidade democrática, uma vez que na concepção liberal de democracia, a participação do poder político, sempre foi considerada como o elemento caracterizante do regime democrático, resolvida por meio de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o regime monárquico.

A legitimidade é efetivamente uma crise de mudança que encontra suas raízes no período de formação das modernas sociedades, destacando-se a superação do modelo aristocrático e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante a extensão da cidadania às classes de menor poder aquisitivo.

Será abordado como as normas jurídicas expressam uma estrutura discursiva dialógica, cuja regra básica é o dever de prova, por meio da persuasão, onde a norma jurídica pode ser entendida como o enunciado de um comando ou de uma diretriz de conduta, tornando obrigatória certas formas de coexistência social, a cuja observância ou descumprimento estão ligadas determinadas conseqüências previamente estabelecidas.

Passará, então, a análise da formação do Estado de Direito, e sua legitimação política por meio da Constituição, fundamentam a estrutura da Administração Pública, dando a esta legitimidade.

Partindo desta premissa se poderá entender tanto as concepções antigas quanto as modernas, bem como a ideia da existência de um interesse público inconfundível com os interesses particulares integrantes de uma sociedade política e cada vez mais atrelados ao movimento constitucional e à consagração dos Direitos Fundamentais e da democracia como fundamentos da legitimidade no Estado democrático de direito.

Culminará, desta forma, a um dos problemas teóricos que surgem quanto à prevalência da supremacia do interesse público dentro da dicotomia público/privado ou coletivo/individual está em estabelecer qual a justa medida de restrição dos direitos individuais em face da coletividade em um Estado democrático de direito.

As relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo Direitos Fundamentais e metas coletivas da sociedade.

Passará então a identificação dos problemas surgidos com a modernidade no que tange a Administração Pública, principalmente quanto ao desprestígio do legislador e a crise da lei formal. Esta crise está relacionada especificamente sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como uma vinculação positiva à lei, bem como de suas transformações sob a égide do Estado.

A afirmação de que há uma crise no tocante a lei formal, no sentido liberal Iluminista, tomou força após a Segunda Grande Guerra Mundial, fortalecendo o constitucionalismo, que passou a se tornar a mais importante fonte do direito, onde

serão analisadas cinco razões básicas da crise da lei em geral e da legalidade administrativa.

A legitimidade baseada nos conceitos de Estado de direito, discricionariedade administrativa, poder de polícia e legalidade culminaram na construção da atual estrutura do direito administrativo e de sua forma, extensão e importância para serem restringidas à dimensão constitucional e democrática.

Será demonstrado ainda que, o instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo dos ideais burgueses da Revolução Francesa, e que é necessário elevá-lo ao nível das instituições constitucionais, a fim de propiciar a realização efetiva dos Direitos Fundamentais e valores ali consagrados.

Foi a partir das experiências trágicas dos regimes totalitários, em especial o alemão, o italiano e o soviético, vividos ao longo do século XX, que conduziram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem respeito à soberania popular e aos Direitos Fundamentais.

A supremacia da Constituição propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras nela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

O agir administrativo pode encontrar limites diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de atuação do legislador, ações ou omissões da administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, atuando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal.

As crises da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, trouxe a atualidade, tamanha importância que já tem sido considerada uma forma de democratizar as democracias representativas

Após a análise da formação do Estado Constitucional, que deixou o absolutismo para engendrar o Estado de Direito, e que mesmo após as revoluções introduzidas pelos

movimentos constitucionais, poderá se perceber que o ranço do sistema monárquico não deixou as atividades da Administração Pública, o que resultou numa crise da democracia representativa e que deságua no estudo do direito administrativo como fonte disciplinadora das atividades estatais.

Com a ruptura e esfacelamento dos signos que marcam a especificidade do público, e que também marcou a constituição simbólica do Estado, passa-se a entender que o mito do “interesse geral”, sobre o qual o Estado construiu a sua legitimidade, perdeu a sua força.

Essa crise do interesse geral no que tange à Administração Pública extrai o referencial teórico clássico do interesse geral, que era reputado como fundamento de sua legitimidade, deixando de ser suficiente, o que traz a aquela um tratamento semelhante ao particular, tornando-a “eficaz” como sinônimo de boa gestão.

O postulado segundo o qual a Administração Pública colocada a serviço do interesse geral não podia ser medida em termos de eficácia, deu lugar à ideia de que administração é obrigada, como em todas as empresas privadas, a aperfeiçoar as suas missões nas melhores condições possíveis, valendo-se pela qualidade de suas prestações e utilizando do melhor modo possível os meios à sua disposição, onde a diferença com a empresa privada tende a desaparecer.

O interesse público deixa, então, de ser confundido com o interesse do Estado, na medida em que não se pode definir o interesse público a partir da identidade de seu agente sob pena de inversão lógica e axiológica. Não é possível atribuir ao Estado um interesse qualquer, não vinculado à satisfação dos Direitos Fundamentais ou necessidades comuns, marcando assim uma transformação do gerenciamento público.

Esta transformação, relativamente à concepção de eficácia, faz com que a Administração Pública, assim como as empresas privadas, deverá gerir do melhor modo os meios que lhe são afetados, apreciando-se fundamentalmente o grau de realização dos objetivos fixados e não apenas sua rentabilidade financeira.

Além das transformações do Estado, bem como a evolução da gestão pública são reflexos de um movimento de constitucionalização do direito administrativo, que inviabiliza a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os

interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como um fator de legitimação do Estado democrático de direito e como princípio fundamental da nova gestão pública.

Tais direitos, tem como pressuposto, os ideais de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal. A evolução e a importância dos Direitos Fundamentais difundidos pela Constituição inviabilizam a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual.

Procurar-se-á demonstrar que o interesse público comporta, a partir de sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, sem estabelecer *a priori* a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros.

O postulado da proporcionalidade é constituído pelo instrumento da ponderação em sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, onde está última guiará o administrador para dentro dos novos paradigmas da gestão pública alcançar a máxima realização dos interesses em jogo com o menor sacrifício possível para cada um deles.

A conquista dos Direitos Fundamentais bem como da democracia insurgem como as duas maiores conquistas da moralidade política, onde os ideais que tiveram maior repercussão e destaque como valores basilares da civilização ocidental foram a liberdade, igualdade, Direitos Fundamentais e democracia que se apresentam, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.

A democracia, desta forma, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado.

Os Direitos Fundamentais, neste sentido, podem ser entendidos como “*condições democráticas*”, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo

político deliberativo. Os Direitos Fundamentais, portanto, são uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.

Na perspectiva de Jurgen Habermas os Direitos Fundamentais não são produto de uma revelação transcendente, como na corrente jusnaturalista, nem tampouco de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos, como propõe kantianamente John Rawls e Ronald Dworkin, mas consequência da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais, que podem legitimamente regular suas vidas por intermédio do direito positivo.

A democracia deliberativa surge como forma de oposição as teorias de liberdade positiva e negativa, como forma de conciliar essas duas tradições em que está baseado o pensamento político moderno, e o faz de modo a sustentar a sua cooriginalidade.

Verifica-se que o núcleo da democracia deliberativa consiste na aferição de igualdade material, não só econômica, mas também a capacidade de atuar publicamente e a inclusão de todos por meio do reconhecimento das diferenças o que gerou uma transformação da teoria constitucional, exigindo para sua legitimação uma reconstrução democrática, discursiva e coerente, a fim de se garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

A fundamentalidade formal decorre do fato de a constituição positivar determinada norma como direito fundamental. Já a fundamentalidade material se deriva do conteúdo da norma, seja ou não ela caracterizada pelo texto constitucional como fundamental.

O recurso a fundamentalidade material justifica-se diante da insuficiência de critérios formais fornecidos pelo texto constitucional para definir quais são os Direitos Fundamentais que tem lugar no sistema brasileiro. A partir desta delimitação pode-se verificar no sistema brasileiro a abrangência dos Direitos Fundamentais, a fim de proporcionar a sua proteção adequada, bem como sua efetivação.

De fato, pode-se perceber um tratamento diferenciado para o que a Constituição denomina “direitos individuais” e para o que denomina “direitos sociais”, devido, entre outros fatores, pela própria imprecisão do texto constitucional no estabelecimento de critérios para a definição da fundamentalidade formal.

Alega-se que não cabe ao Poder Judiciário realizar a concretização de tais direitos, visto que esta depende de opções de caráter orçamentário, a serem tomadas em cenários de escassez de recursos. A atuação social do Estado estaria condicionada à “reserva do possível”, razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

O grande desafio para a teoria constitucional não é discutir se os direitos sociais são ou não fundamentais, mas delimitar a esfera da fundamentalidade material, para o que é necessário ingressar na seara da justificação do conteúdo normativo.

O conceito de mínimo existencial exhibe, assim, o *status positivus libertatis*, segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade, elevada a critério precípua para a legitimação da organização social.

Poderá se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

Será analisado o modo como a teoria democrático-deliberativa atua nas Constituições, em especial a Constituição da República de 1988, definindo Direitos Fundamentais e normas estruturantes, bem como programas de ação, fornecendo resultados mais convincentes do que as versões procedimentalista e substancialista.

A maior divergência entre a teoria da constituição dirigente e a teoria da constituição da democracia deliberativa, concerne ao tema da predefinição dos resultados da deliberação democrática.

As expressões “norma programática”, “norma de eficácia limitada”, “princípio programático” acabaram por se constituir em verdadeiros índices da não efetivação da Constituição. Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, por diversas vezes, bastou-se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador a tarefa que, sob o prisma formal, era mesmo do Poder Judiciário.

Será sustentado que a partir disto que são materialmente fundamentais não apenas os direitos que configurem de forma imediata as condições para a participação no processo democrático, mas também aquelas cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum.

Verificar-se-á que o problema se torna ainda mais grave quando se atribui ao Poder Judiciário a função de implementar os direitos sociais ou de controlar a sua implementação.

A democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política, de uma hegemonia do Poder Judiciário, considerando que este deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular. Situa-se, pois, na esfera da “neutralidade política”, ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas.

Poderá se constatar que a teoria da constituição da democracia deliberativa mantém como ideal de efetivação constitucional duas relações diferentes. Incrementa a efetividade no âmbito do núcleo substantivo da Constituição e deixa a deliberação majoritária a realização do que, tanto formal quanto materialmente, pode ser caracterizado como projeto constitucional.

Como aspecto fundamental a democracia deliberativa afirma acerca do Estado apenas que este deve ser democrático, e que essa democracia deve se organizar em moldes deliberativos, considerando que o núcleo material da Constituição, enquanto parâmetro fundamental para a limitação da vontade majoritária, deve se circunscrever à esfera da neutralidade política.

PARTE 1 – LEGITIMIDADE POLÍTICA E CONSTITUIÇÃO

A ideia de legitimidade que vem desde a *Política* de Aristóteles ao questionar a virtude em obedecer aos comandos conduzindo à alma. Contudo surge de forma mais acentuada, como o resultado de uma convergência de preocupações dos juristas romanos sobre as fontes últimas da noção de autoridade.

De acordo com José Eduardo Faria¹, “*A herança do pensamento clássico parece ter sido a consciência da necessidade, em termos de legitimidade do sistema político, de uma correspondência com as necessidades públicas, de um lado, e com os preceitos éticos do humanismo, de outro*”.

Surge a problemática da distinção entre legalidade e autoridade, que em Roma, entendia-se entre poder e autoridade. Enquanto a autoridade era a verdade socialmente reconhecida, o poder era a força socialmente reconhecida. A autoridade era entendida não como uma espécie de poder, mas como uma qualidade relativa à experiência dos mais velhos, os fundadores de Roma.

Nos séculos seguintes, atribuiu-se a legitimidade a fatores transcendentais, dando assim poderes divinos aos reis, calcada na transmissão hereditária do poder via patriarcado bíblico, e assim permaneceu como justificação das ordens jurídico políticas vigentes até princípios do século XIX, quando sua influência residual se esvaiu com o advento das primeiras codificações.

Foi a partir do contratualismo de Locke e Rosseau que se desenvolveu uma ideia de que a autoridade é uma delegação popular, exprimindo a vontade geral em conformidade com a qual deve ser exercida, apresentando-se assim como fonte do Liberalismo que sustenta a necessidade de divisão de poderes.

Conforme a clássica noção de equilíbrio mediante um sistema de freios e contrapesos proposto por Montesquieu, e que envolve a constituição norte-americana, expressa por um federalismo onde o governo central é produto de várias instituições que

¹ FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. Rev: Angelica Dogo Pretel e Vera Lúcia Bolognani. Produção: Plínio Martins Filho. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 59.

compartilham da máquina estatal, onde o domínio constitucional é que definiu o domínio político e não o contrário.

Importante frisar, a principal característica no marco do direito positivo moderno ocorreu por meio da conversão da legitimidade em legalidade. Por outro lado, somente por meio do Iluminismo é que emerge a dicotomia existente entre estes, onde deve haver um nexó fundamental entre a noção de liberdade e o princípio da legalidade.

Enquanto princípio, a legalidade é entendida como um dos pilares do Estado moderno Constitucional, denominado de Estado de Direito, ligando-se ao ideal grego da isonomia, considerado como essência do bom Governo.

Na linguagem política, segundo Norberto Bobbio², entende-se por Legalidade *“um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com as leis estabelecidas ou pelo menos aceitas”*.

Desde a Antiguidade até os dias atuais, um pensamento político recorrente é o da contraposição entre Governo das leis e Governo dos homens, acompanhada sempre por um juízo de valor constante, que considera o primeiro um Governo bom e o segundo um Governo mal.

Utilizando-se dos ideais fundamentais da teoria política, segundo Norberto Bobbio³, pode-se dividir o princípio da legalidade em três níveis de significação: o primeiro caracterizado pela relação entre si e a pessoa do Estado, por meio do qual existe um pacto ou um mandato que delega poderes de governo, a serem exercidos de uma forma humana e no interesse público.

O segundo nível diz respeito à relação do príncipe com os súditos no qual os governantes devem exercer o seu próprio poder unicamente pela promulgação de leis que tenham por objetivo o bem comum e não o interesse particular desta ou daquela categoria de indivíduos.

² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília, 13. ed., 2010, p. 674.

³ *Ibidem*, p. 675.

O terceiro nível, este sim relacionado diretamente com a proposta dessa investigação, diz respeito à aplicação das leis em casos particulares, onde as controvérsias submetidas aos juízes devem ser analisadas e julgadas com base em prescrições definidas na forma de normas legislativas.

Chega-se então ao conceito de legitimidade em seu sentido estrito entendido como o grau de aceitação dos sistemas políticos e dos ordenamentos jurídicos que tem origem na complexidade das sociedades de massas a partir da Revolução Industrial, e que segundo Norberto Bobbio⁴, “*a crença na legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado*”.

De fato, a ideia de legitimidade, que entreabre a dimensão axiológica dos sistemas políticos e de suas regras jurídicas constitucionais, surge de uma crise de posições doutrinárias acerca da dignidade humana, e em razão de tais transformações sociais e históricas que a noção de legitimidade está inter-relacionada à ideia de crise.

Segundo José Eduardo Faria,

A legitimidade é efetivamente uma crise de mudança, suas raízes estão no período de formação das modernas sociedades, das quais é possível destacar o processo de superação das monarquias aristocráticas (o que abala o prestígio das instituições conservadoras) e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante à extensão da *cidadania* às classes de menor poder aquisitivo. Assim o problema da legitimidade aparece de forma mais concreta à medida que as comunidades vão perdendo as possibilidades de governos diretos e imediatos, da mesma forma que a escolha dos governantes vai deixando de ser determinada por papéis sociais preponderantes. É isso o que explica, por exemplo, o inevitável processo de competição – manifestado pelas eleições, que são a essência dos regimes constitucionais-pluralistas – uma vez que não há mais condições para a designação de governantes por critérios de direito divino ou por tradição⁵.

O problema da legitimidade está associado a múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, podendo-se afirmar que os diferentes grupos sociais encaram a legitimidade ou a ilegitimidade dos sistemas políticos e seus respectivos ordenamentos jurídicos de maneira como seus valores particulares ajustam-se aos deles.

⁴ BOBBIO, 2010, p. 675.

⁵ FARIA, 1978, p. 63.

Conseqüentemente, o grau de aceitação desses regimes não depende de uma mera fidelidade à retórica democrática, mas em grande parte, da forma como seus ordenamentos jurídicos permitem a resolução dos principais problemas que costumam dividir a sociedade.

A existência de um poder político, como o de qualquer poder social, é uma questão de fato que se funda em uma convicção daquele que é mandado, surgida de qualquer ponderação⁶. A capacidade de análise e julgamento de cada ser humano é a manifestação política da crença central de toda a modernidade, onde a pessoa é capaz de afirmar algo com alguma certeza a partir do uso crítico da racionalidade.

Pode-se então avaliar a função social do direito como uma forma de controle da previsão de resultados, da garantia de estabilidade institucional e de pacificação dos conflitos de interesses.

Tais dogmas enfrentaram ao longo dos anos um movimento de forças sociais que nos dizeres de Antonio Carlos de Almeida Diniz⁷ “*desafiam reiteradamente a dogmática jurídica tradicional e induzem uma profunda reflexão sobre o fato social à luz das novas exigências e tendências derivadas de sociedades crescentemente complexas*”.

Afirma-se com isto que o homem por meio do direito racional-legal vigente pode por meio de suas convicções e ponderações tomar decisões que influenciarão não apenas na vida em sociedade, mas diretamente em seus propósitos e anseios, como expressão clara de sociedades democráticas que depositam em seus governantes a legitimidade como expressão de legalidade.

A dicotomia entre legalidade e legitimidade reproduz o antigo conflito entre as duas colunas mestras de sustentação do direito, segurança *versus* justiça. Ora a configuração histórica assumida pelo direito parece pendular para um lado, ora para outro; em cada caso, um aspecto tende na medida em que se auto-afirma a desqualificar ou desvalorizar outro.

⁶ BOBBIO, 2010, p. 933.

⁷ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006, p. 179.

Entende Leonardo Tricot Saldanha⁸ como poder político legítimo

aquele capaz de ser exercido com um aceitável nível de adesão da sociedade destinatária. É um poder cujo exercício não está baseado no uso contínuo da violência – um poder que goza aos olhos do povo, de uma certa presunção de correção em seus atos, ainda que esses possam ser contrários a interesses comuns ou individuais. Os motivos pelos quais um poder político é considerado legítimo variam historicamente – tradição, virtude, procedimento, representação entre outros.

Partindo de um aporte teórico fundamentado em Immanuel Kant, constrói-se a ideia de autonomia do poder político. Contudo, a formação desta autonomia parte de um desenvolvimento contínuo da razão do indivíduo no entorno da sociedade em que está inserido. Com efeito, segundo Leonardo Tricot Saldanha⁹ “*a grande maioria dos objetos de conhecimento dependem da discussão pública feita por um público leitor composto de pessoas livres, iguais e autônomas*”.

A construção da razão e a função do homem exigem uma determinada ordem, onde Kant¹⁰ divide este pensamento em características desejáveis a uma ordem política: a primeira refere-se à liberdade de pensamento e de expressão, dessa forma

há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode nos ser tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quando e com que correção pensaríamos nós se, por assim dizer, não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos nossos pensamentos e eles nos comunicam os seus! Por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior, que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, lhes rouba a liberdade de pensar.

A segunda característica diz respeito à tolerância, onde qualquer um pode expor ao público as suas aflições sem ser considerado, por isso um criminoso¹¹. Kant¹² afirma ainda que “*o Direito é um modo de limitar a liberdade daquele que prejudica a liberdade externa alheia, estando a coação, portanto, à serviço da liberdade, não*

⁸ SALDANHA, Leonardo Tricot. *Legitimação política democrática e autonomia*. Porto Alegre: UniRitter, 2008, p. 21.

⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 54.

¹¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão Pura*. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e de Alexandre Fradique Mourão. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. b780. A esse respeito, Kant assevera que essa liberdade pertence também a de submeter ao juízo público os pensamentos e as dúvidas, que ninguém pode por si mesmo resolver, sem por isso ser reputado um cidadão turbulento e perigoso. Isso resulta do direito originário da razão humana de não conhecer outro juiz senão a própria razão humana universal, onde cada um tem sua voz; e porque desta deve vir todo o aperfeiçoamento de que o nosso Estado é suscetível, tal direito é sagrado e não é permitido atentar contra ele.

¹² *Ibidem*, p. 60.

contra ela, porém só há liberdade se o cidadão participa do processo de elaboração da lei jurídica". Em virtude de sua liberdade o homem exige um Estado em que o povo legisle.

A universal possibilidade do uso da razão é utilizada como força motriz do processo de legitimação do poder político. Se, por um lado, o poder político é um fato e que alguma dominação surgirá desse poder independentemente de legitimação, por outro, sempre vamos buscar a legitimação na expressão livre da vontade dos destinatários do ordenamento jurídico. Isso porque é de se inferir no surgimento da legitimidade a partir do consenso negociado de cidadãos livres e iguais.

O construtivismo político apresentado por Rawls fundamenta-se numa discussão feita passo a passo pelos cidadãos ou por seus representantes, buscando os princípios da Justiça Política que se possam universalizar. Os seres humanos apesar de professarem doutrinas abrangentes diversas, seriam capazes de rendição às razões *políticas objetivas*¹³.

Ensina John Rawls¹⁴ que "*a legitimação da decisão política funda-se na manifestação da livre vontade, seja ela movida por motivos racionais ou razoáveis*". Desta forma, a legitimidade da decisão está ligada a vários fatores: ser a pessoa inteligente e conscienciosa; ter conhecimentos dos fatos relevantes; ter tido acesso suficientes argumentos e poder analisá-los em condições favoráveis de reflexão.

Em corrente contrária, Jurgen Habermas¹⁵ "*destaca no fenômeno jurídico a possibilidade de negociação e de conseqüente aceitação livre das normas postas, em um processo de formação dialógica do que haverá de ser obrigatório*". A norma jurídica deve ser o reflexo de um pacto comum acerca ou do correto ou do mais apropriado para o momento.

¹³ RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 119. As convicções políticas são objetivas quando pessoas razoáveis e racionais, suficientemente inteligentes e conscienciosas no exercício da faculdade da razão prática e cujo raciocínio não exhibe nenhum dos defeitos comuns do raciocínio, acabam por endossá-las, ou por reduzir significativamente suas diferenças em relação a elas, desde que essas pessoas conheçam os fatos relevantes e tenham examinado suficientemente os argumentos relacionados à questão em condições favoráveis à cuidadosa reflexão.

¹⁴ *Ibidem*, p. 111.

¹⁵ HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 115.

Portanto, o direito retira sua eficácia de um processo de entendimento, em que se confrontam as pretensões de normatividade diversas pessoas e grupos sociais. Habermas¹⁶ pontua ainda que “*ao cidadão deve ser dada a liberdade de agir na exata e mesma extensão da que possuem os demais cidadãos – a autonomia privada só deve ser limitada se for realizada de modo igualitário e razoável*”.

Ao cidadão deve ser assegurado o *status* de membro de uma associação voluntária de parceiros do Direito, o que vale dizer que o membro vencido na discussão poderá, ao menos idealmente, retirar-se da comunidade jurídica. Por fim, ao cidadão deve ser dado um meio de obrigar o cumprimento do Direito, e isso se faz, sobretudo, pela acessibilidade ao poder judiciário.

Nota-se desta maneira que a legitimidade do Direito depende da existência e do respeito a um sistema de Direitos Fundamentais, bem como do cumprimento de um processo legislativo. Entretanto não é o resultado de um processo legislativo qualquer e sim conforme pontua Habermas, de um processo legislativo em que argumentem e assintam os destinatários da norma, sendo assim legítimo o direito, criado por cidadãos autônomos dotados de liberdade comunicativa.

Partindo de um debate público onde os interlocutores tenham plenas possibilidades de expressar suas posições a respeito das propostas de regramento (pretensões de validade) é que advém a maximização das liberdades individuais.

Atinge-se o cerne da questão, qual seja, a de que a legitimidade do poder político depende de pessoas autônomas, interessadas na pretensão de validade do outro e que estejam prontas para contestá-las, usando da razão e da vontade tanto para contestar quanto para aquiescer, sendo assim suficiente para fundar o tipo de direito ou poder político, que consideramos legítimo.

A jurisdição constitucional ampliou-se e fortaleceu ao longo do século XX, após a traumática experiência do nazi-facismo, no que pontua Gustavo Binembojm¹⁷ que, tendo como base “*a barbárie perpretada pelas potências do Eixo com o beneplácito do*

¹⁶ HABERMAS, 1997, p. 159/161.

¹⁷ BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62.

legislador revelou, com eloqüência, a imperiosa necessidade de fixação de limites para todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos”.

A expansão da jurisdição constitucional permitiu a consolidação do entendimento de que a Constituição, apesar de suas características singulares, é norma jurídica, dotada de “eficácia” e aplicabilidade direta e que com o Iluminismo passaram a versar não somente sobre direitos prestamistas bem como sobre assuntos de ordem econômica, relações familiares, cultura, Direitos Fundamentais.

Leciona Daniel Sarmiento¹⁸ que *“as Constituições deixam de ser vistas como as leis básicas do Estado, circunscritas à temática do Direito Público, convertendo-se no estatuto fundamental do Estado e da sociedade”.*

Com o novo paradigma democrático constitucional, verifica-se uma valorização ao extremo do papel dos princípios constitucionais, na medida em que estes deixam de ser vistos apenas como formas de solução de lacunas, convertendo-se em autênticas normas, incrustadas no âmago do anseio constitucional contemporâneo.

Ensina Robert Alexy¹⁹ que

ao promover a incorporação ao ordenamento jurídico de princípios como dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade, solidariedade, entre outros, os princípios constitucionais possibilitaram uma reaproximação do direito e da moral, sepultando assim, definitivamente a possibilidade de emprego de uma metodologia jurídica estritamente mecanicista, asséptica em relação a valores e baseada exclusivamente na subsunção e no silogismo, reforçando a importância da argumentação e da racionalidade prática no domínio do Direito.

Em visão semelhante, Cristina Queiroz²⁰ acerca do constitucionalismo vislumbrado como uma “ideologia” ou “regime político”, diz que *“deve incluir além do rol elencado dos Direitos Fundamentais, uma forma de proteção e controle constitucional desses mesmos direitos e liberdades fundamentais e, ainda, formas cada vez mais aperfeiçoadas de controle da Administração Pública”.*

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 70/78.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*, 1992; NETO, Claudio Souza Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56.

²⁰ QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2009, p. 401.

Luiz Roberto Barroso²¹, em visão coincidente, atesta que a

ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação do três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988 intensifica-se o processo de constitucionalização, pautado pela preocupação com os Direitos Fundamentais e com a efetividade das normas consagradas em seu texto. Desse novo paradigma verifica-se uma maior aplicabilidade da Carta Maior tanto das partes quanto dos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos ou privados.

Verifica-se, desse modo, que um dos mecanismos propiciadores da constitucionalização do direito é a chamada interpretação conforme a Constituição, que deriva da presunção da constitucionalidade das leis, evitando sempre que possível expulsar da ordem jurídica uma norma posta pelo legislador. Portanto, tratando-se de uma técnica de preservação do próprio ordenamento.

Leciona Cristina de Queiroz²² que “*uma constituição deve compreender, para além dos órgãos de ação, órgãos permanentes de controle*”. O próprio conceito de constitucionalismo, desde os seus primórdios, sempre incorporou uma “teoria dos limites”, jurídicos e políticos, ao exercício do poder, como uma teoria do controle do poder.

Ensina Luís Roberto Barroso²³, acerca das hipóteses de interpretação constitucional que,

esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

²¹ BARROSSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista do Direito Administrativo nº 240, 2005, p. 12/13.

²² *Ibidem*, p. 404.

²³ *Idem*, p. 22/23.

- a) Reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) A declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) A declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador;
- d) A interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
 - a. A leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
 - b. A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a confirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.

Assim, ao analisar o movimento constitucional como consequência das crescentes transformações do Estado, bem como, da evolução da legitimidade como fonte de legalidade das normas e reflexo da soberania popular, será dada ênfase de como esta legitimidade também está inserida no contexto democrático que culminará na administração pública.

1.1 – A legitimidade democrática

Segundo Leonardo Tricot Saldanha²⁴ “*a democracia é o regime político ao qual importa a legitimação popular das normas jurídicas*”. É regime político resultante de evolução histórica e filosófica ampla, que confia nas condições da razão individual de cada cidadão e na possibilidade de reflexão da negociação de interesses, desde que constituído e mantido um espaço público.

Em parecer semelhante, Norberto Bobbio²⁵, entende que

na teoria contemporânea da Democracia, convergem três grandes tradições do pensamento político: a primeira denominada de teoria clássica ou aristotélica que entende a democracia como governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, diferenciando-se da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos.

²⁴ SALDANHA, 2008, p. 51.

²⁵ BOBBIO, 2010, p. 319.

A segunda, chamada de Teoria Medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior ao inferior.

E a terceira, denominada de Teoria Moderna ou Teoria de Maquiavel, nascida com o Estado Moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a Monarquia e a República, onde o governo genuinamente popular é chamado de República.

Com base nessas teorias verifica-se que a discussão sobre o modelo de Governo de representação popular denominado de democracia, tem suas origens desde os regimes monárquicos Persas passando pela democracia ateniense até atingir o século XIX, onde se intensificaram as discussões em torno das doutrinas políticas dominantes no tempo, tendo o liberalismo de um lado e o socialismo de outro.

Na concepção liberal de democracia, a participação do poder político, sempre foi considerada como o elemento caracterizante do regime democrático, resolvida por meio de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o regime monárquico.

Para Norberto Bobbio²⁶ a participação é também redefinida como “*manifestação daquela liberdade particular que vai além do direito de exprimir a própria opinião, de reunir-se ou de associar-se para influir na política do país, compreende ainda o direito de eleger representantes para o Parlamento e de ser eleito*”.

Assevera ainda que, o desenvolvimento da democracia nos Estados, denominado de processo de democratização, que hoje são chamados de Democracia liberal, consiste numa transformação mais quantitativa do que qualitativa do regime representativo. Onde se pode entender que democracia seja um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas, mais do que uma determinada ideologia²⁷.

²⁶ BOBBIO, 2010, p. 324.

²⁷ *Ibidem*, p. 326.

Para Anacleto de Oliveira Faria²⁸, “*o problema da legitimidade está associado à noção de democracia no mundo moderno, pois, esta resulta de um lado, da lógica do pensamento político ocidental e, de outro, da consolidação da sociedade burguesa*”.

Em consonância com a visão de José Eduardo Faria²⁹,

a democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio do poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível.

Foi a partir da Revolução Industrial que a ideia de legitimidade surgiu como dimensão axiológica dos sistemas políticos e de suas regras jurídicas constitucionais, responsável pela sociedade de massas e por uma crise de posições doutrinárias sobre a dignidade humana.

A legitimidade é efetivamente uma crise de mudança, onde podemos encontrar suas raízes no período de formação das modernas sociedades, destacando-se a superação do modelo aristocrático e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante a extensão da cidadania às classes de menor poder aquisitivo.

Ensina José Eduardo Faria³⁰ que “*o problema da legitimidade aparece de forma mais concreta à medida que as comunidades vão perdendo as possibilidades de governos diretos e imediatos, da mesma forma que a escolha de governantes vai deixando de ser determinada por papéis sociais preponderantes*”.

Pode-se, então, destacar a importância do papel desempenhado pela participação política nos regimes democráticos, o que torna as eleições instrumentos básicos de obtenção de consenso e da conquista da estabilidade dos sistemas políticos e seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Assim, passa-se a analisar de que forma a política construída por meio de um sistema de governo democrático alcança seu suporte de legitimidade no âmbito da norma jurídica.

²⁸ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Democracia Humana*, Rio de Janeiro: José Olympio, 1958, pág. 22/76.

²⁹ FARIA, *op. cit.* 1978, p. 62.

³⁰ *Ibidem*, p. 63.

1. 2 – A legitimidade jurídica

Lecionar Miguel Reale³¹ que,

a identificação entre a legitimidade jurídica e a legitimidade política no âmbito constitucional, não se concentra exclusivamente sobre a escolha como ocorre no regime democrático, pelo fato de que tal procedimento exige a obtenção do consenso para que as decisões político-jurídicas não sejam atos isolados, nem destacados do conjunto das circunstâncias sociais e das pressões axiológicas que cercam aqueles que devem decidir, onde o discurso normativo tem como pressuposto, não o convencer, mas sim o persuadir.

Na visão de Norberto Bobbio³² o *“melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta, partindo da afirmação geral do gênero: a experiência jurídica é uma experiência normativa”*.

A norma jurídica pode ser entendida como o enunciado de um comando ou de uma diretriz de conduta, tornando obrigatória certas formas de coexistência social, a cuja observância ou descumprimento estão ligadas determinadas conseqüências previamente estabelecidas.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr.³³ a *“realidade participa da norma na medida em que a lógica jurídica dominante a concebe não propriamente como texto, mas sim como contexto, onde os elementos fáticos estão abstratamente representados em termos de média uniforme”*.

Se o texto da norma ao ser interpretado não se confunde com a própria norma jurídica, a sua aplicação ao caso concreto é visto mais como um processo de adaptação valorativa do que uma operação meramente silogística.

³¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 489.

³² BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2. ed. revista, 2003, p. 23.

³³ FARIA, 1978, p. 42, *Apud* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Noção e Norma Jurídica na Obra de Miguel Reale*, Revista Ciência e Cultura, São Paulo, 1974, p. 1011.

O professor Miguel Reale³⁴ vislumbra que,

As normas jurídicas, desta forma, contêm em si um sentido de valor permanentemente em conflito com as demais valorações dos grupos sociais, pois no processo legislativo há sempre um complexo de fins e valores, uma série de motivos ideológicos condicionando a decisão do legislador, cuja opção final assinala o momento em que uma das possíveis proposições normativas se converte em norma jurídica.

É por isso que as normas jurídicas expressam uma estrutura discursiva dialógica, cuja regra básica é o dever de prova, por meio da persuasão. Como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁵ à “*fundamentação persuasiva se dá quando a reação do ouvinte não tem um sentido cooperacional, porém contestatório, não em termos de negar-se ao diálogo, mas sim de orientá-lo partidariamente*”.

Pode-se entender que o problema da fundamentação está na formação do consenso, que atue não apenas como um conversor de preferências individuais em coletivas bem como delimita a validade da norma jurídica a uma decisão. Neste sentido, Norberto Bobbio³⁶ assevera que,

a história pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”. Há indubitavelmente, um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criaram estão contidas. A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida em cada indivíduo.

A necessidade de tal estabilização e as tentativas de eliminação das contingências é que explicam o aparecimento e o desenvolvimento da noção de *Estado de Direito* pelo liberalismo político do século XVIII, no sentido de um estado detentor de um poder exercido de forma institucionalizada, em conformidade com as regras impessoais.

³⁴ REALE, 1999, p. 485.

³⁵ FARIA, 1978, p. 42.

³⁶ BOBBIO, 2003, p. 25.

As normas jurídicas tornam-se válidas na medida em que representam o momento culminante de um processo que é inseparável dos fatos que estão em sua origem e dos valores que constituem sua razão de ser, bem como dos motivos mediante os quais os fins se atualizam.

O direito positivado tem em sua estrutura uma instabilidade intrínseca, resultante da tensão permanente dos valores sociais com a própria realidade social, motivo pelo qual, o discurso jurídico tem como pressuposto o persuadir e não o convencer.

José Eduardo Faria³⁷ em visão semelhante atesta que “*toda norma jurídica pressupõe um conflito de valores e uma necessária interferência decisória do poder, sempre sujeita aos perigos da arbitrariedade no momento da decisão*”.

Leciona Miguel Reale³⁸ que,

graças a estrutura hierarquizada da ordem jurídica, essas normas de valor superior nada mais são do que macromodelos em função dos quais se distribuem outros centros de projeção normativa, dotados de competência derivada, de tal forma que, no processo de objetivação do direito há sempre uma gradação de positividade jurídica.

Esses macromodelos são as normas constitucionais, cuja função é delimitar a estrutura da organização política e administrativa do país, bem como definir as linhas básicas do sistema jurídico a ser imposto.

As regras positivadas do direito, somente valerão a partir do reconhecimento da comunidade política dentro da qual estão inseridas, ou seja, os princípios fundamentais de garantias e liberdades individuais dependem de um reconhecimento efetivo dos órgãos do Poder Público.

Uma dada conduta é descrita como legal quando conforme ou não contrária a lei, compreendendo não apenas a norma singular, mas por iguais conjuntos de normas positivas e válidas pertencentes a um ordenamento jurídico.

No Estado liberal, a legalidade é definida em termos de liberdade negativa, ou seja, é permitido tudo aquilo que não está proibido, onde se esbarra na principal função

³⁷ FARIA, 1978, p. 45.

³⁸ REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 170-171.

da legalidade, qual seja a de atuar como garantidora das liberdades formais dos indivíduos frente aos abusos do Poder Público.

Conforme entendimento de Antonio Carlos de Almeida Diniz³⁹, “*a legitimidade identificada como mera legalidade é tida por auto-suficiente*”. Contudo, as barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, nos trazem a lição de que mesmo admitindo-se a enorme variabilidade e mutabilidade de valores, ainda assim é preferível possuir algum critério de verificabilidade moral das normas jurídicas do que nenhum.

Tendo em vista que dentro do contexto de uma ordem política existem diversos valores, interesses e costumes, do mesmo modo como possuem uma infinidade de objetivos, e uma multiplicidade de propósitos e metas, poderão ocorrer problemas quanto à prioridade nos casos de uma aplicação efetiva.

Tem-se, desta forma, a razão de ser, como forma de procedimento destinada a tornar possível uma decisão pela qual os conflitos de valores sejam resolvidos, e, por conseguinte, certa estrutura jurídica, uma ordem política e uma organização administrativa sejam conquistadas.

Nos ensinamentos de José Eduardo de Faria⁴⁰ a “*formação de um dos papéis da constituição, qual seja, o de ser o mecanismo selecionador de alternativas, por meio do qual procura conciliar os interesses antagônicos e evitar que as divergências se transformem em conflitos insolúveis*”.

O desenvolvimento jurídico conduz ao fortalecimento das instituições, ainda que inicialmente o ato de poder do qual emana um comando político ou obrigação jurídica seja sustentado pela força, o que leva a afirmação de José Eduardo Faria⁴¹ que “*entre as panelas de ferro (a coerção) e as de barro (os valores reclamados pelos diversos grupos sociais), quebram sempre as mais fracas*”.

Se de um lado a violência é de fato o critério instrumental que diferencia os sistemas políticos dos demais sistemas, de outro se torna necessário uma análise custo/benefício que consiste no problema da legitimidade, ou seja, quanto menos as

³⁹ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006, p. 143.

⁴⁰ FARIA, 1978, p. 47.

⁴¹ *Ibidem*, p. 52.

constituições se fazem cumprir pelos valores inseridos em suas prescrições, mais elas se tornam dependentes do emprego de força, o que gerará o sentimento de medo, terror e mais violência.

Afirma Hannah Arendt⁴² que, “*o caráter instrumental da violência apenas multiplica a força, sem criar aquele tipo de poder resultante do agir em conjunto*”. Desta forma, a validade das normas jurídicas depende do consenso alcançado na fundamentação decisória, onde além do caráter normativo existe uma decisão política.

Em visão semelhante, Schmitt⁴³ afirma que,

A constituição como uma decisão política fundamental ou como uma decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política, válida somente em razão do poder que a estabelece. Em outras palavras, a constituição não se dá a si mesma, mas é dada por uma unidade política concreta, anteriormente existente.

Assim, passa-se a analisar como a formação do Estado de Direito, e sua legitimação política por meio da Constituição, como norma fundamental, estruturam a Administração Pública, dando a esta legitimidade.

1.3 – A legitimidade da administração pública

A legitimidade acerca da Administração Pública tem como pressuposto o princípio da supremacia do interesse público, que na literatura administrativa brasileira adotou a definição de Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁴ para o dito princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares,

trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todas e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

⁴² “A violência pode destruir o poder, mas é totalmente incapaz de criá-lo (poder, nesse caso, entendido como aquele qualificado pela adesão a uma mesma lei por um grupo numeroso)”. ARENDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 130/131.

⁴³ *Ibidem*, p. 54, *Apud* SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. México: Nacional, 1970, p. 23/24.

⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

Segundo a concepção de Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁵, o interesse público seria o “*interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade*”. Verifica-se, desta forma, uma concepção unitária de interesse público, que abarcaria, em seu bojo, tanto uma dimensão individual como coletiva, numa aproximação com a própria noção de bem comum.

Em visão semelhante assevera Hely Lopes Meirelles⁴⁶ que “*a proclamação de sua supremacia apriorística sobre interesses meramente particulares e a sua função central no regime jurídico administrativo, como fundamento das prerrogativas formais e materiais da sua Administração Pública em relação aos administrados*”.

Entende-se, desta forma, que tanto as concepções antigas quanto as modernas, quanto à ideia da existência de um interesse público inconfundível com os interesses particulares integrantes de uma sociedade política e cada vez mais atrelada ao movimento constitucional e à consagração dos Direitos Fundamentais e da democracia como fundamentos da legitimidade no Estado democrático de direito.

Pontua Humberto Bergmann Ávila⁴⁷ que,

a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividades sobre os interesses individuais revela-se absolutamente inconfundível com a ideia de Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, necessariamente contextualizada, que demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Acerca dos princípios, Robert Alexy⁴⁸ ensina que os princípios jurídicos “*são mandados de otimização, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas*”.

⁴⁵ MELLO, 2003, p. 53.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 43.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p.93.

Por outro lado, as regras são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”⁴⁹, enquanto que os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados, tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações matérias a sua concretização.

Um dos problemas teóricos que surgem quanto à prevalência da supremacia do interesse público dentro da dicotomia público/privado ou coletivo/individual está em estabelecer qual a justa medida de restrição dos direitos individuais em face da coletividade.

Para responder a esta questão, afirma Eros Roberto Grau⁵⁰ que,

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

Verifica-se, então, que a ponderação empregada na Administração Pública é mais do que uma mera técnica de decisão judicial, mas sim um princípio formal do direito e de legitimação dos princípios que estruturam o Estado democrático de direito.

Em visão coincidente Gustavo Binembojm⁵¹ atenta que, “*a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública*”.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23/24.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.25.

⁵¹ BINEMBOJM, 2008, p. 33.

As relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo Direitos Fundamentais e metas coletivas da sociedade.

A necessidade de utilização de um modelo de ponderação, como critério de racionalidade do direito, servirá de instrumento para demonstrar a inconsistência da ideia de um princípio jurídico que preconiza a supremacia abstrata e *a priori* do coletivo sobre o individual ou do público sobre o coletivo, apresentando ainda a crise da legitimidade deste modelo principiológico.

Passa-se então a identificar os problemas surgidos com a Modernidade no que tange a Administração Pública, principalmente quanto ao desprestígio do legislador e a crise da lei formal. Ensina Paulo Bonavides⁵² que,

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

A crise a qual se refere o autor atua especificamente sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como uma vinculação positiva à lei, bem como de suas transformações sob a égide do Estado Democrático de Direito.

A afirmação de que há uma crise no tocante a lei formal⁵³, no sentido liberal Iluminista, tomou força após a Segunda Grande Guerra Mundial, fortalecendo o constitucionalismo, que passou a se tornar a mais importante fonte do direito. Assim,

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 362.

⁵³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm, 2005, p. 22/25. Lei Formal é o ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa. É o ato do Parlamento por excelência, no sentido liberal clássico. Já a lei em sentido material é o ato jurídico emanado do Estado com caráter de norma geral abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva. Como destacado acima a crise atual é fundamentalmente a da lei em sentido formal, porquanto há outras fontes do direito que vão ganhando o espaço deixado pela lei.

podem-se elaborar cinco razões básicas da crise da lei em geral e da legalidade administrativa.

A primeira dessas razões, de ordem fática, está relacionada com o excesso de leis, principalmente nos países de origem romano-germânica. O mito positivista de completude do ordenamento jurídico⁵⁴, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou o legislativo a acreditar que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. Com esta banalização, a lei, como era tratada no Iluminismo, deixa de ter seu caráter magistral.

Ensina Eros Roberto Grau⁵⁵ que a inflação normativa “*coloca os ideais de segurança e certeza jurídica sob comprometimento*”, o que faz naufragar, a esperança de estabilidade das relações sociais prometidas pelo discurso Iluminista legalista.

Uma segunda razão que contribuiu significativamente para a perda da importância da lei, segundo Patricia Ferreira⁵⁶ foi “*à constatação histórica de que esta pode muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie*”.

Numa concepção rousseauiana, toda lei é válida independentemente de seu conteúdo, desde que em conformidade com uma lei hierarquicamente superior, num escalonamento que termina numa norma fundamental, acima da Constituição, de caráter abstrato.

Ao verificar-se que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade, está perdeu sua áurea sagrada incorporada com a Revolução Francesa, haja vista que os acontecimentos históricos comprovaram que ela pode ser o veículo da injustiça e da falta de liberdade.

Uma terceira razão que contribuiu para a crise da legalidade está relacionada ao fato de que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade do povo, dando assim impulso e fortalecendo o movimento constitucional, que

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 207. A doutrina positivista da completude tem como premissa a existência de lacunas do ordenamento jurídico, o que, pode-se dizer, gera o impulso legislativo de sobre tudo dispor, num esforço infrutífero de que não haja matéria não regulada. Sobre a completude do ordenamento jurídico na doutrina positivista.

⁵⁵ GRAU, 2002, p. 187.

⁵⁶ BAPTISTA, Patricia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99.

a partir do segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo.

Ensina Luiz Roberto Barroso⁵⁷ que, “*a Constituição, enquanto sistema de princípios, ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico que apenas poderá ser compreendido a partir da própria norma constitucional, passando-se a denominar de constitucionalismo do direito*”.

A superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produziram modificações significativas no direito administrativo, haja vista a substituição da lei pela Constituição como principal fonte de disciplina jurídica.

Ensina J.J. Canotilho⁵⁸ que, “*a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição*”. Desta forma, a Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo uma verdadeira osmose entre a Constituição e a lei. O autor pontua ainda que desta maneira abre-se caminho para “*uma legalidade sem lei*”.

Conforme lição de Paulo Otero⁵⁹ a,

opção administrativa está vinculada diretamente à concretização prioritária e prevalecente dos interesses definidos pelo texto constitucional, pois os mesmos são tarefas fundamentais do Estado, servindo a Constituição de referencial normativo imediato da actuação administrativa e critério aferidor de validade. É nesse contexto que ganham significativo destaque os Direitos Fundamentais, que pautarão a Administração Pública, existindo ou não lei.

A quarta razão da crise da lei formal decorre do fato de ocorrer atualmente à criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa. Assim, como a Constituição tomou o espaço da lei, outros atos normativos, diversos da lei, servem de fundamento para a administração pública.

⁵⁷ BINEMBOJM, 2008, p. 130 *Apud* V. Luiz Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito*, Revista de Direito Administrativo nº 240, 2005, p. 1/42. Sobre o tema, v. Capítulo II, *supra*.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 834.

⁵⁹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 740.

Eros Roberto Grau⁶⁰ em visão semelhante atesta que a “*legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo*”. Com isto, a lei deixa de ser o instrumento que legitima toda a atuação administrativa, fazendo surgir o movimento, tanto da Constituição quanto do poder legislativo, no sentido de estabelecer novas esferas de normatização dotadas da devida celeridade, afim de uma efetiva atuação regulatória do Estado.

E a quinta razão da crise da legalidade está relacionada ao fato de o Poder Executivo não ter a atribuição normativa de que necessita, não restando assim espaço de atuação independente do Poder Legislativo.

Ensina Patricia Ferreira⁶¹ que,

tal controle ocorre de três maneiras, fundamentalmente: (i) por meio de reservas de iniciativa legalista de matérias relevantes, com a vedação inclusive, de emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa (art. 61, §1º, e art. 63 CR); (ii) a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional por ato da chefia do Poder Executivo (art. 64, §§ 1º e 2º, CR); e (iii) por meio da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projeto de interesse governamental.

Todos esses expedientes acabam por limitar sensivelmente a importância do Poder Legislativo enquanto órgão normatizador por excelência, esvaziando-se deveres no sentido da lei formal, como ato essencialmente criado para limitar a atuação administrativa.

Assim, após analisar a legalidade em suas esferas jurídica, constitucional e administrativa, passa-se ao estudo dos Direitos Fundamentais como elementos de sustentação da legalidade e a determinação do direito administrativo como disciplina das atividades estatais.

⁶⁰ GRAU, 2002, p. 179.

⁶¹ BAPTISTA, 2003, p. 99.

PARTE 2 – ESTADO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO E LEGITIMIDADE

A formação do instrumental teórico do direito administrativo desenvolveu-se durante o século XX, sendo estruturada por meio dos conceitos de Estado de direito, legalidade, discricionariedade administrativa, poder de polícia e legitimidade.

Segundo Marçal Justen Filho⁶² a “*fundamentação filosófica deste ramo do direito se relaciona com as concepções aguerridas de Léon Duguit e Maurice Hauriou*”, onde a organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar.

Analisa-se, desta forma, a legitimidade baseada nos conceitos de Estado de direito, discricionariedade administrativa, poder de polícia e legalidade que culminaram na construção da atual estrutura do direito administrativo e de que forma a sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática.

Demonstra-se ainda que o instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo dos ideais burgueses da Revolução Francesa, e que é necessário elevá-lo ao nível das instituições constitucionais, a fim de propiciar a realização efetiva dos Direitos Fundamentais e valores ali consagrados.

Ensina Marçal Justen Filho⁶³ que,

a transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas, cujo enfoque constitucional preconizado consiste em submeter a interpretação jurídica de todas as instituições do direito administrativo a uma compreensão fundada concreta e pragmática dos valores constitucionais.

Entende-se assim que, a supremacia da Constituição não é mero elemento do discurso político, mas deve-se constituí-la como o núcleo concreto e real da atividade administrativa, transformando o ultrapassado controle das atividades administrativas

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.74.

⁶³ *Ibidem*, p.74.

que se utilizavam de soluções opacas e destituídas de transparência como “discrecionalidade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”.

Para isto, destaca-se a formação do Estado de direito, que segundo Paulo Bonavides⁶⁴ surgiu “*da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant*”.

Em visão coincidente Marçal Justen Filho⁶⁵ atesta que,

a ideia de Estado de direito resultou da doutrina alemã do século XIX, com a forte conotação formalista, e se traduziu, originalmente, na conjugação de três postulados fundamentais, a saber: a tripartição de poderes, de Locke e Montesquieu, a generalização do princípio da legalidade e a universalidade da jurisdição.

Antes do Estado de direito, a atividade administrativa do Estado era pouco acessível ao direito e ao controle jurisdicional, de modo que, os atos do governante não comportavam controle, sob o fundamento de que o rei não podia errar ou que o conteúdo do direito se identificava com a vontade do príncipe.

Destaca-se ainda que, a evolução histórica conduziu à agregação de outros dois elementos ao conceito de Estado de direito, que são a superioridade da Constituição e a supremacia dos Direitos Fundamentais.

Conforme entendimento de Jacques Chevallier⁶⁶ o,

Estado de direito é tanto o Estado que age por meio do direito, como o Estado que se subordina ao direito, como ainda o Estado cujo direito comporta certos atributos intrínsecos; essas três versões (instrumental, formal, substancial) desenham várias figuras possíveis, vários tipos de configurações do Estado de direito, que não são isentos de implicações políticas.

Esta concepção formal prevaleceu tanto na França quanto na Alemanha, conduzindo o Estado de direito a um tipo particular de Estado, submetido a um “regime de direito”, cuja ação é inteiramente enquadrada e regida pelo direito, onde os seus

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, 2011, p.70.

⁶⁶ CHEVALLIER, Jaques. *O Estado Pós-Moderno*. Prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 202.

diversos órgãos apenas podem agir em virtude de uma habilitação jurídica e fazer uso somente dos meios autorizados por este.

Foi a partir das experiências trágicas dos regimes totalitários, em especial o alemão, o italiano e o soviético, vividos ao longo do século XX, que conduziram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem respeito à soberania popular e aos Direitos Fundamentais.

Essa é a visão de Marçal Justen Filho⁶⁷ ao pontuar que o *“Estado democrático de direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos Direitos Fundamentais e à soberania popular”*.

As bases que fundamentam este estudo partem da premissa da liberdade do indivíduo e a construção da sociedade por meio dos movimentos constitucionais que reconheceram a condição do cidadão como sujeito de direito, de onde decorre o compromisso com a realização da dignidade humana e dos Direitos Fundamentais, inclusive por meio de uma atuação estatal ativa e interventiva.

Passa-se então a destacar a promoção do tema “Direitos Fundamentais” que contribuiu para dar ao modelo de Estado de direito um novo alcance, permitindo articular os seus elementos constitutivos de maneira coerente. A hierarquia formal das normas passa a ser concebida como um reflexo de exigências mais profundas, constituído por direitos, concebidos como essenciais, ainda que com níveis de proteção variáveis.

Em visão semelhante Jacques Chevallier⁶⁸ pontua que,

a teoria do Estado de direito implica assim que um conjunto de direitos julgados “fundamentais” sejam colocados fora do alcance dos poderes políticos. A inscrição desses direitos nos textos de valor jurídico superior (textos constitucionais e textos internacionais) permite-lhes não apenas se beneficiar de uma consagração jurídica explícita, mas também ser providos de garantias apropriadas: a integração ao “bloco de constitucionalidade” os coloca sob a proteção das jurisdições constitucionais e os subtrai ao poder do legislador; quanto à sua inscrição em textos internacionais (Pactos de 1966, convenções internacionais), prolongados por instrumentos regionais, ela cria uma série de limitações para os Estados. Pelo jogo desse duplo

⁶⁷ JUSTEN FILHO, 2011, p.73.

⁶⁸ CHEVALLIER, 2009, p. 203/204.

processo de constitucionalização e de internacionalização, os Direitos Fundamentais tornam-se sagrados.

A difusão do tema Estado de direito decorreu do fracasso do sistema Socialista e dos impasses do desenvolvimento, conduzindo à adesão ao modelo Liberal burguês de organização política, fundada sobre a democracia e o novo paradigma de Estado de direito.

Ensina Jaques Chevallier⁶⁹ sobre a condicionalidade democrática que “*as transformações ocorridas estão diretamente relacionadas com as pressões feitas pelos países do Leste e do Sul e por instituições financeiras, por meio da implantação de políticas ditas democráticas, desvirtuando todo o sistema proposto pelo modelo de Estado de Direito*”.

As novas Constituições adotadas pelos países da Europa central e oriental derivados da ex-URSS no decorrer dos anos 1990 proclamaram solenemente sua adesão ao modelo de Estado de Direito: o artigo 1º da Constituição da Rússia, aprovada por referendo de 12 de dezembro de 1993, declara que a federação da Rússia é “*um Estado democrático, federal, um Estado de direito, tendo uma forma republicana de governo*”.

70

Esse Estado de direito é concebido, em conformidade com a visão liberal, no seu duplo aspecto formal e material: o Estado de direito é, por um lado, a hierarquia das normas, com o princípio de supremacia constitucional (art. 15 da Constituição russa) e a instituição de uma jurisdição constitucional encarregada de assegurar o seu respeito; é também, e, sobretudo, a adesão ao corpo dos direitos fundamentais, na versão dada pelas instâncias européias.

⁶⁹ CHEVALLIER, 2009, p. 205. A imposição deste modelo é o produto de pressões mais explícitas exercidas sobre os países do Leste e do Sul: as instituições européias e as instituições financeiras favoreceram fortemente, pelo viés da “condicionalidade democrática”, a importação dos princípios e mecanismos do Estado de direito; a admissão dos países da Europa central e oriental ao Conselho da Europa e, em seguida, ao seio da União Europeia foi subordinado à introdução dos mecanismos do Estado de Direito (entre os critérios fixados pelo Conselho Europeu de Copenhague em julho de 1993, figura a existência de instituições estáveis, garantindo a democracia, o primado do direito, os direitos do homem e o respeito das minorias). Uma nova etapa será superada no decorrer da década seguinte, com o recurso à força militar para tentar impor o Estado de direito ao Oriente Médio – sem que os Estados Unidos conseguisse atingir o objetivo fixado.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 205.

Conforme ressaltado anteriormente, as transformações ocorridas com a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representam a força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade.

A supremacia da Constituição propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras nela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

Gustavo Binembojm⁷¹ em parecer semelhante atesta que “*a constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição*”.

Acompanha o pensamento Juarez Freitas⁷² ao registrar que,

esta parece ser a melhor postura, em vez de absolutizações incompatíveis com o pluralismo nuclearmente caracterizador dos Estados verdadeiramente democráticos, nos quais os princípios absolutos são usurpadores da soberania da Constituição como sistema. Com efeito, a soberania da Constituição, de que fala Gustavo Zagrebelski, deve ser vista, antes de tudo, como soberania de princípios à procura da síntese no intérprete constitucional.

O agir administrativo pode encontrar limites diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de atuação do legislador, ações ou omissões da administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, atuando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal.

A normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição.

⁷¹ BINEMBOJM, 2008, p. 71.

⁷² FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

Ensina Gustavo Binembojm⁷³ que,

a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da administração a Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. O antigo mérito do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais.

Por outro lado, o sistema de Direitos Fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem também influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. À centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional deve corresponder igual centralidade na organização e funcionamento da administração pública.

Acentuando a importância dos Direitos Fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana⁷⁴ em face do Estado, Clèmerson Merlin Clève⁷⁵ afirma que,

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

No tocante ao direito administrativo, pautado nos direitos fundamentais, Marçal Justen Filho⁷⁶ atesta que,

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.

Partindo das concepções clássicas dos Direitos Fundamentais, sejam como direitos de defesa ou como prestações positivas, recentemente, a doutrina, segundo

⁷³ BINEMBOJM, 2008, p. 71.

⁷⁴ O objetivo do direito administrativo não se esgota na temática dos direitos fundamentais. Cabendo a outro pilar constitutivo do Estado democrático de direito – a democracia – complementar tal objeto mediante fixação de metas coletivas que, dentro dos limites constitucionais, poderão restringir determinados direitos individuais em prol do conjunto difuso de toda a sociedade. Assim, v.g., o art. 173 da Constituição da República de 1988 autoriza o legislador a restringir a liberdade de iniciativa, por meio de intervenção do Estado na economia, em proveito da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O controle da constitucionalidade e a efetividade dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 57.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, 2011, p.1.

Marçal Justen Filho tem aludido aos Direitos Fundamentais como direitos a organização e procedimento.

Para designar todos àqueles que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação dos órgãos (organização), como de outras de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias constitucional-processuais.

De outro lado, há que se reconhecer certa margem de livre conformação de legisladores e administradores, na definição das medidas de proteção e promoção dos Direitos Fundamentais, onde o dever de agir do Estado não se configura como um dever de agir específico, o qual será definido por lei ou pela própria administração. Conforme ensina Ingo Sarlet⁷⁷, *“uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido à zero”*.

Importante referendar o influxo do princípio democrático sobre a conformação tanto das estruturas como da própria atividade administrativa. Com efeito, de acordo com Gustavo Binembojm⁷⁸ a lei democrática, *“produzida em observância aos lindes constitucionais, opera de forma complementar ao sistema de Direitos Fundamentais, concretizando, ampliando ou restringindo tais direitos, seja em prol de outros Direitos Fundamentais, seja em proveito de interesses difusos da comunidade”*.

Um dos traços marcantes dessa tendência à democratização é o fenômeno que se convencionou chamar de processualização da atividade administrativa, designando a preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formadores da vontade administrativa, e não apenas do ato administrativo.

As crises da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, trouxe a

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.193

⁷⁸ BINEMBOJM, 2008, p. 76.

atualidade, tamanha importância que já tem sido considerada uma forma de democratizar as democracias representativas.⁷⁹

Assim, após a análise da formação do Estado Constitucional, que deixou o absolutismo para engendrar o Estado de Direito, e que mesmo após as revoluções introduzidas pelos movimentos constitucionais, pode-se perceber que o ranço do sistema monárquico não deixou as atividades da Administração Pública, o que resultou numa crise da democracia representativa e que deságua no estudo do direito administrativo como fonte disciplinadora das atividades estatais.

2.1 – A determinação do direito administrativo como disciplina das atividades estatais

Com a ruptura e esfacelamento dos signos que marcam a especificidade do público, e que também marcou a constituição simbólica do Estado, passa-se a entender que o mito do “interesse geral”, sobre o qual o Estado construiu a sua legitimidade, perdeu a sua força.

Segundo Jaques Chevallier⁸⁰ isto se deve,

sob o efeito de dois movimentos convergentes: o interesse geral não aparece mais como sendo de monopólio do Estado, tal como dele não é o signo distintivo. Por um lado, [...] o interesse geral não é mais considerado como o produto de uma geração espontânea: à base de sua formação, encontram-se necessariamente os interesses particulares dos indivíduos e dos grupos; em decorrência, interesse geral e interesses particulares não aparecem mais como sendo de natureza radicalmente diferente e sua oposição tende a desaparecer. Por outra parte, a própria ideia segundo a qual a esfera pública é inteiramente dominada pelo culto do interesse geral é questionada.

Essa crise do interesse geral no que tange à Administração Pública extrai o referencial teórico clássico do interesse geral, que era reputado como fundamento de sua legitimidade, deixando de ser suficiente, o que traz a aquela um tratamento semelhante ao particular, tornando-a “eficaz” como sinônimo de boa gestão.

⁷⁹ Neste sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p.365: “*Democratizar a democracia por meio da participação significa, em termos gerais, intensificar a otimização das participações dos homens no processo de decisão*”.

⁸⁰ CHEVALLIER, 2009, p. 82/83.

Há uma corrente de doutrinadores liderada por Celso Antonio Bandeira de Mello que entendem a supremacia do interesse público como fundamental à Administração Pública, e que tem neste a base para sua sobrevivência e garantia de uma ordem social estável.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁸¹ entende que o interesse geral ou interesse público é “*uma projeção dos interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social*”.

Na medida em que este autor procura enfatizar a existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), rejeita a dissociação completa dos conceitos. Ao adotar uma concepção orgânica da relação entre indivíduo e coletividade, presente como inerente aos conceitos de sociedade e de Estado de direito, conclui o autor com a ideia de que interesse público e interesse coletivo são sinônimos.⁸²

O autor⁸³ demonstra ainda que, ao proceder com sua análise acerca do conceito e da aplicação do princípio da supremacia do interesse público, que é fundamental que haja a prevalência do interesse público sobre o particular, sob pena de se comprometer uma ordem social estável, conforme se pode verificar em sua obra:

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

Acerca do conceito e aplicação do princípio da supremacia do interesse público, Gustavo Binenbojm⁸⁴, entende que esse está na “*adoção de uma concepção unitária de*

⁸¹ MELLO, 2003, p. 53.

⁸² *Ibidem*, p. 51. Na sequência, o citado autor somente pincela alguns comentários no sentido de destacar a posição superior dos interesses públicos, polarizando, assim, a discussão em torno das noções de interesse público primário e secundário. Neste ponto, visa, com afinco, apartar interesses próprios do Estado, como pessoa jurídica, e o interesse a ele incumbido pela população, o interesse público “original”. Na passagem seguinte, em que discorre sobre esta relação entre as dimensões do público e do privado, Celso Antonio Bandeira de Mello deixa clara sua posição sobre a relação de hierarquia entre os interesses em questão: Uma pista importante para perceber-se que o chamado interesse público – em despeito de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um – não é senão uma dimensão dos interesses individuais [...].

⁸³ *Idem*, p. 60.

⁸⁴ BINEMBOJM, 2008, p. 88.

interesse público, como premissa, e na afirmação, logo em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual)”.

Em visão semelhante a Celso Antonio Bandeira de Mello, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁵ que, *“mesmo diante de uma relativização desse posicionamento, trazida pelos novos tempos, há determinados axiomas que não podem ser ignorados. Dentre eles ressalta a função específica das normas de direito público, qual seja, atender os interesses públicos, o bem-estar coletivo”.*

Ao reiterar a relevância do dito princípio para o exercício das atividades administrativas, Maria Sylvia Di Pietro⁸⁶, lança o seguinte pensamento: *“Se a lei da administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender o interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual”.*

Apesar de todo o seu discurso caminhar no sentido de confirmar a existência do princípio em análise, e nele identificar a sede principal do direito constitucional e do direito administrativo, a noção por ela apresentada para interesse público, fundamenta-se em outros princípios, desvirtuando assim a supremacia e autonomia defendidas.

Hely Lopes Meirelles⁸⁷ afirma que o direito privado e o direito público,

encontrariam na relação entre os seus sujeitos de direito a sua principal distinção, visto que o primeiro estaria baseado na paridade entre referidos sujeitos, ao passo que o segundo pautaria dita relação no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ou seja, na supremacia do Poder Público em face do cidadão”.

Assim como os outros juristas, em sua teoria Hely Lopes Meirelles⁸⁸ entra em contradição, como podemos demonstrar por meio de passagens de sua obra, ao afirmar que o princípio da supremacia do interesse público, poderia ser utilizado como regra de solução de conflitos sempre que,

entrarem em conflito o direito do individuo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial

⁸⁵ DI PIETRO, 2002, p. 69.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁸⁷ MEIRELLES, 2001, p. 43. Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 43

da administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da administração.

Entretanto, Hely Lopes Meirelles⁸⁹ se contradiz ao lançar ideia inversa na mesma obra ao “*aplicador da Lei compete interpretá-la de modo a estabelecer equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia*”.

Fábio Medina Osório⁹⁰ é talvez o autor que tenha a mais ampla e completa defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, admitindo que tal princípio seja implícito constitucionalmente, por meio de diversos dispositivos que protegem o interesse público na Constituição Federal. Defende que,

são múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, com direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na sequência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguidas pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam a proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado.

Todos esses dispositivos evidenciam peculiares manifestações do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado, dado que o conjunto de muitas dessas regras emerge um elemento comum: a superioridade do interesse público sobre o privado. Há muitas outras normas constitucionais que evidenciam o princípio em exame, na medida em que protegem bens coletivos.

Na sequência, Fábio Medina Osório⁹¹ procura demonstrar a existência do princípio em tela, indicando sua influência no ordenamento jurídico sob três vertentes:

⁸⁹ MEIRELLES, 2001, p. 43

⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?* Revista de Direito Administrativo nº 220. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 87/98.

⁹¹ *Ibidem*, p. 87/98.

“(a) como direção finalística da Administração Pública; (b) como fundamento constitucional de normas que outorgam privilégios à administração; e (c) como fundamento para ações administrativas restritivas de direitos individuais”.

Para Gustavo Binembojm⁹², a crítica a esta teoria é semelhante à apresentada na teoria de Maria Sylvia Di Pietro, qual seja “a direção finalística dada pela Constituição e pelas leis à Administração Pública – necessariamente apartada de quaisquer privilégios ou favorecimentos odiosos a particulares – nada demonstra em relação à dicotomia público-privado”.

A ideia de supremacia como norma jurídica não se coaduna com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que preconizam a cedência recíproca entre interesses em conflito.

Manifesta-se ainda Fabio Medina Osório⁹³ sobre o princípio em questão, acerca da sua função justificadora de restrições aos direitos individuais,

A ordem jurídica infraconstitucional, vinculada aos ditames da CF, especialmente por meio do Direito Público, consagra ou reflete, em inúmeras ocasiões, o princípio da superioridade do interesse público sobre o privado como justificativa para importantes restrições aos direitos individuais. É passível de crítica a circularidade no raciocínio ao estabelecer a Constituição como fundamento para restrição dos direitos individuais e prol dos interesses da coletividade, uma vez que o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio.

Enquanto que, a medida da restrição, será permitida pela Constituição conforme norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito, e não de prevalência *a priori* do coletivo (estatal) sobre o individual (privado).

Marçal Justen Filho⁹⁴ afirma que “essas concepções são relevantes, mas propiciam problemas insuperáveis, relacionados com a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público. Isso dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais”.

Feitas essas considerações acerca da corrente doutrinária que entende pela prevalência e supremacia do interesse público sobre o particular, seja por meio da busca

⁹² BINEMBOJM, 2008, p. 93.

⁹³ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, 2011, p.115.

de uma ordem social, seja por meio de uma direção finalística dada pela Constituição e pelas leis à Administração Pública, passa-se a analisar a desconstrução de tal princípio.

O primeiro a demonstrar de forma cabal o vazio conceitual do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, foi Humberto Bergmann Ávila⁹⁵ ao discorrer que “o referido “princípio” não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja do ponto de vista normativo, nem tampouco pode ser compreendido como um postulado normativo”.

O referido princípio embora determine a preferência ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações.

Humberto Bergmann Ávila⁹⁶ em sua obra Teoria dos Princípios leciona que “no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de direito)”.

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o “princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito proposto pelo “princípio”; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.

A Constituição da República de 1988 é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁷, do que deflui a necessidade de estabelecer-se a proteção

⁹⁵ AVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in O Direito Público em Tempos de Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99/127.

⁹⁶ AVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.40.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28. A opção da Constituição de 1988 pela dignidade da pessoa humana é robustecida ainda pelo exame sistemático da própria Carta [...]. É que o constituinte, além de fixar a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto por meio de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos.

ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado.

Daniel Sarmiento⁹⁸, em pensamento análogo leciona que,

em uma de suas dimensões – talvez a mais importante –, o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção de seus Direitos Fundamentais. Assim, somente onde a própria Constituição abre uma senda (de forma expressa ou implícita na lógica de seu sistema) é que se pode cogitar, por via de ponderações proporcionais, de matizar os Direitos Fundamentais com interesses coletivos.

O conteúdo constitucional descrito serve também como fundamento para rejeitar a tese de colisão entre interesses públicos e privados, haja vista que ambos encontram como fundamento a Carta Maior, de sorte a haver uma “conexão estrutural” entre eles e não uma efetiva contradição.

Segundo Humberto Bergmann Ávila⁹⁹, “*o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p.ex. preâmbulo e Direitos Fundamentais)*”.

Fica evidente, desta forma, o esvaziamento do referido princípio como fundamento de validade para qualquer intervenção estatal que, pelo princípio da legalidade, pressupõe previsão normativa.

Marçal Justen Filho¹⁰⁰ ensina que “*não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida em favor de algum titular de posição jurídica. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica absolutamente privilegiada em face de outrem*”.

Em vez de uma regra de prevalência, impõe-se ao intérprete e aplicador do direito um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade de interesses jurídicos

⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.

⁹⁹ AVILA, 1999, p.111.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, 2011, p.117.

em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los em sua plenitude. Segundo Humberto Bergmann Ávila¹⁰¹ é “*essa ponderação para atribuir a máxima realização dos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa*”.

2.2 – Legitimidade política e ação administrativa

O postulado segundo o qual a Administração Pública colocada a serviço do interesse geral não podia ser medida em termos de eficácia, deu lugar à ideia de que administração é obrigada, como em todas as empresas privadas, a aperfeiçoar as suas missões nas melhores condições possíveis, valendo-se pela qualidade de suas prestações e utilizando do melhor modo possível os meios à sua disposição, onde a diferença com a empresa privada tende a desaparecer.

Jaques Chevallier¹⁰² ensina que,

Na concepção tradicional da gestão pública, a administração é investida de uma legitimidade de princípio, que lhe é atribuída de pleno direito e que deriva de seu estatuto, porque ela é colocada do lado do público, porque ela é instrumento de ação do Estado, reputa-se que ela age necessariamente no sentido do “interesse geral”.

Esse mecanismo de legitimação entrou em crise, a partir do momento em que a mera invocação do interesse geral não era mais suficiente para que se pudesse verificar a necessidade da Administração Pública comprovar a sua eficácia.

Jaques Chevallier¹⁰³ ensina ainda que o interesse geral encontra-se substituído pelo tema eficácia, passando de uma

legitimidade extrínseca, decorrente de sua pertinência ao Estado, a uma legitimação intrínseca, fundada sobre a análise concreta de sua ação: será ele julgada pelos resultados que for capaz de obter, tal como sobre a sua aptidão para gerir melhor os meios que ela dispõe, visando a obter a melhor eficácia.

Deixa de ser investida, desta forma, de pleno direito da legitimidade, não sendo mais adquirida antecipadamente, mas conquistada, dependendo da demonstração

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, 2011, p.127.

¹⁰² CHEVALLIER, 2009, p. 82/84.

¹⁰³ *Ibidem* 2009, p. 82/84.

permanentemente reiterada da conveniência das ações praticadas e da qualidade dos métodos de gestão utilizados.

O interesse público deixa, então, de ser confundido com o interesse do Estado, na medida em que não se pode definir o interesse público a partir da identidade de seu agente sob pena de inversão lógica e axiológica.

Para Marçal Justen Filho¹⁰⁴ o equívoco, “*está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado*”.

Não é possível atribuir ao Estado um interesse qualquer, não vinculado à satisfação dos Direitos Fundamentais ou necessidades comuns, marcando assim uma transformação do gerenciamento público.

Conforme ensina Sabino Cassese¹⁰⁵ o “*legislador, tem dificuldades para estabelecer a prioridade dos interesses públicos, delega aos poderes públicos a tarefa de estabelecer a hierarquia entre eles*”.

Em visão coincidente Jaques Chevallier¹⁰⁶ ensina que,

como na França, a distinção entre público e privado era fortemente marcada, a construção de um “gerenciamento público” constituirá um compromisso entre a nova exigência de eficácia e a vinculação às particularidades da gestão pública. O grau de especificidade desse gerenciamento é contestado: para alguns, os instrumentos seriam essencialmente idênticos, apenas as escolhas estratégicas divergindo em razão da diferença de finalidades; para outros, o gerenciamento público deveria forjar os seus próprios modelos e os seus próprios instrumentos de gestão, evitando imitar a empresa privada.

Esta transformação, relativamente à concepção de eficácia, faz com que a Administração Pública, assim como as empresas privadas, deverá gerir do melhor modo os meios que lhe são afetados, apreciando-se fundamentalmente o grau de realização dos objetivos fixados e não apenas sua rentabilidade financeira.

Tal gerenciamento público visa melhorar o desempenho público, permitindo a administração atingir os objetivos que lhe são traçados pelas autoridades políticas a um

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, 2011, p.20.

¹⁰⁵ CASSESSE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad.: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010, p. 108.

¹⁰⁶ CHEVALLIER, 2009, p. 85.

custo mínimo, de forma a repensar as suas estruturas, os modos de organização e gestão do trabalho.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁷, assevera que outros conceitos que também sofreram importantes transformações são os de ato vinculado e ato discricionário, onde se afirmava *“haver uma vinculação quando o relato normativo predeterminava, de modo completo e exaustivo, o único comportamento possível a ser adotado pela administração perante determinados casos concretos”*.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁸ ainda que *“haveria discricionariedade quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regular a atuação administrativa, resultaria para o administrador uma margem de apreciação quanto à maneira de proceder nos casos concretos”*.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰⁹ sobre o desvio de poder¹¹⁰, assevera que, *“a primeira evolução do controle meramente formal dos atos ditos discricionários surgiu sob a influência da teoria do desvio de poder, ou desvio de finalidade, resultante da formação profícua do Conselho de Estado Francês”*.

A doutrina passa a sustentar que a discricionariedade deveria ser concebida não mais como um poder, mas como um dever de atender à finalidade estampada na lei. Afirma Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹¹ que *“justificava-se a sua outorga para que o administrador pudesse eleger a medida mais apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal”*.

Fundado na Teoria do Desvio de Poder, desenvolveu-se a chamada Teoria dos Motivos Determinantes, segundo a qual a administração deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo.

¹⁰⁷ DI PIETRO, 1991, p.25.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.33.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56.

¹¹⁰ *Idem*. A história nos dá conta que foi, em fevereiro de 1864, no *arrêt Lesbats*, que o Conselho de Estado da França, pela primeira vez, admitiu o “desvio de poder”, verificado “quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência, mas em vista de fim diverso daquele para o qual ato poderia legalmente ser cumprido.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 15/32.

Gustavo Binembojm¹¹² leciona que,

diz-se haver uma vinculação administrativa tanto à realidade como à juridicidade das razões de fato apresentadas pelo administrador na motivação do ato. Desse modo, ainda quando se esteja diante de ato cujo motivo não seja previsto em lei (motivo legal discricionário), a validade do ato estará condicionada à existência dos fatos apontados pela administração como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como à juridicidade de tal escolha.

Ao lado da Teoria do Desvio de Poder e da Teoria dos Motivos Determinantes, a teoria do excesso de poder (desdobramento dos lindes de competência fixados na lei) e à exigência de motivação (exposição dos fatos e descrição de como tais fatos ensejam ou justificam a consequência jurídica produzida) são tidas como técnicas de controle judicial dos elementos vinculados dos atos discricionários.

Especificamente em relação à exigência de motivação expressa e clara, veja-se a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça¹¹³:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NULIDADE.

1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática dos atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrador deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei n.º 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato. (...)

3. Segurança Parcialmente conhecida, para declarar a nulidade do ato administrativo.

Ensina Gustavo Binembojm¹¹⁴ sobre o “*avanço representado pelo controle judicial dos elementos vinculados do ato administrativo, tanto em aspectos formais (ligados à competência e à forma, incluindo nesta última a motivação), como em aspectos materiais (ligados à finalidade e ao motivo)*”, fato é que tal evolução se revelou insuficiente para dar conta da significativa gama de arbitrariedades perpetradas sob o manto do mérito administrativo.

¹¹² BINEMBOJM, 2008, p. 200.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, MS nº 9.944/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.06.2005.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 207.

A Teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais ou legais) representa a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹⁵ leciona que,

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

A discricionariedade não é, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Pontua o autor¹¹⁶ ainda que “*ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos*”.

Os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, elencados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão.

Para Gustavo Binembojm¹¹⁷,

o mérito – núcleo do ato -, antes intocável, passa a sofrer incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais, (ato vinculado v. ato discricionário) já superadas, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa:

- a) Atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);
- b) Atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);
- c) Atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

¹¹⁵ MELLO, 2001, p. 18.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹¹⁷ *op. cit.* 2008, p. 210.

Gustavo Binembojm¹¹⁸ pontua ainda que “*o resultado do estreitamento do mérito administrativo poderá ser a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro da juridicidade ou a redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme a juridicidade*”.

A conquista dos Direitos Fundamentais bem como a principialização do direito brasileiro e a nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o ato administrativo discricionário e o ato administrativo vinculado, sendo a diferença o grau de vinculação.

Se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios. Nesses termos, Germana de Oliveira Moraes¹¹⁹ ensina que,

A margem da liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder à concretização do interesse público indicado no caso concreto, para, à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.

A transformação do gerenciamento público ocorreu no final dos anos 80, com o chamado *New Public Management*, inspirado pela gestão thatcheriana, visando a reduzir de todos os modos o peso do Estado e a transformar os métodos de gestão pública.

Leciona Jaques Chevallier¹²⁰ que, “*tal como foi concebido e implementado nos países anglo-saxões, o New Public Management repousa sobre a convicção de que a administração pública é obrigada a se inspirar no modelo de gestão da empresa privada, modelo julgado como mais produtor*”.

¹¹⁸ BINEMBOJM, 2008, p. 210.

¹¹⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 199/200.

¹²⁰ CHEVALLIER, 2009, p. 86.

Discorre Jaques Chevallier¹²¹ ainda que,

as particularidades da Administração Pública, relacionados com a limitação política, o modo de financiamento, o estatuto do pessoal, não seriam efetivamente tais que implicassem o recurso a princípios de gestão radicalmente diferente: a administração deve procurar “fazer o melhor possível”, sempre contendo melhor os seus custos, então os preceitos de gerenciamento lhe são aplicáveis. Setor público e setor privado são constituídos por organizações que são idênticas, no essencial daquilo que os caracteriza: tal como a empresa privada deve assumir a dimensão social de sua ação, a administração deve interiorizar as ideias de eficácia e de produtividade. Os modelos de organização e os princípios de gestão são assim transferíveis: a partir do instante em que a administração decide aperfeiçoar o seu desempenho, é ela chamada a se inspirar nos métodos do setor privado.

A crítica a teoria gerencialista tem como fundamento a contradição que existiria entre o direito administrativo e o imperativo da eficácia, ao qual a administração deveria submeter-se a um quadro rígido, que poderia ser entendido como um entrave para a ação, um obstáculo para a mudança, desta forma não haveria eficácia administrativa sem afrouxamento dessas limitações.

Pode-se, desta forma, verificar a crise da legalidade baseada única e exclusivamente na prevalência do interesse público, o que justificava atos vinculados e discricionários, teses superadas, pelas também demonstradas eficácia das ações administrativas assim como ocorre nas empresas privadas, partindo da premissa de um maior número de ações por um custo mínimo.

Passa-se então a análise, dentro deste novo paradigma administrativo, o Estado reformado por meio das políticas públicas que dão a essas transformações administrativas fundamento para aplicação efetiva dos preceitos constitucionais, por meio do postulado da proporcionalidade que é o instrumento da ponderação.

2.3 – Ações administrativas no direito brasileiro: a eficácia das Políticas Públicas e o postulado da proporcionalidade

As políticas de reforma administrativa implementadas na França como em outros países ocidentais, confirmam o aumento de procedimentos avaliativos para

¹²¹ CHEVALLIER, 2009, p. 86.

demonstrar a legitimidade da gestão pública, bem como novos instrumentos de gestão a serem implantados, cuja essência, deriva do direito privado.

Leciona Carlos Ari Sundfeld¹²², “*generalizou-se a convicção de que o Estado tornou-se grande demais e é notória sua incapacidade; alarmante a ineficiência econômica do setor público [...]*”.

Carlos Ari Sundfeld¹²³ pontua ainda que “[...] criou-se a consciência generalizada de que deve haver um enxugamento da máquina estatal e a devolução de atividades à iniciativa social, ou seja, deve-se devolver ao cidadão e à sociedade seu protagonismo, sua iniciativa e, no fundo, sua liberdade de escolha do prestador de serviço”.

Junto a essa profunda mudança no modelo de Estado, há uma circunstância que provocou a revisão do conceito de serviço público: o Direito Comunitário, a partir das técnicas de reversão do estatismo, reduzindo a categoria de serviço público.

Afirma o professor Carlos Ari Sundfeld¹²⁴ que,

os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘Direito da Concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.

Nascem as agências reguladoras independentes, encarregadas de disciplinar setores econômicos por inteiro. Aí estão as recentes Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP. O que têm elas de novo ou de característico? De uma parte, o exercício de um largo poder normativo, cumulando com o fiscalizatório, o sancionatório, o de solução de conflitos etc.; de outra, o fato de desenvolverem uma tripla regulação: a ‘regulação dos monopólios’, a ‘regulação para a competição’ e a ‘regulação social’, esta última visando à universalização dos serviços; por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a ‘independência’).

¹²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43.

¹²³ *Ibidem*, p. 43/44.

¹²⁴ *Idem*, p. 45.

O tema avaliação iniciou seu desenvolvimento em 1975 pela iniciativa do Congresso dos Estados Unidos que constatou o fracasso do esforço de racionalização a montante, bem como ganhou rapidamente os outros países liberais, onde na França, pela tradicional sacralização do Estado, o relativo enfraquecimento do Parlamento, o fraco peso da opinião pública e o monopólio da administração sobre a informação econômica e social constituíram obstáculos sedimentados pela aclimatação de 1998.¹²⁵

Sobre a teoria concepção avaliacional Jaques Chevallier¹²⁶ apresenta:

A concepção avaliacional nasceu do reencontro de dois movimentos sucessivos: de um lado, a racionalização das escolhas orçamentárias, cuja avaliação era uma etapa essencial, pois permitia cerrar o processo decisório sobre ele mesmo; por outro lado, a crise do Estado providência, que levou a passar sobre o crivo as políticas adotadas pelo Estado, notadamente no domínio social, durante os Trinta Gloriosos.

A revisão geral das políticas públicas, lançada em julho de 2007, demonstra uma concepção mais ambiciosa e pontual, cujo objetivo é a reforma do Estado, por meio de equipes de auditoria, composta por funcionários e consultores privados, encarregados de passar sob o crivo das políticas públicas, as reformas consecutivas.

A Teoria da Avaliação configura uma sensível inflexão relativamente às modalidades tradicionais de controle da ação pública, sustentadas por uma preocupação de regularidade, medindo os resultados das políticas seguidas, de analisar os efeitos das ações, tanto em relação aos meios utilizados como das suas conseqüências sociais.

Para Jaques Chevallier¹²⁷, os avaliadores são “*encarregados de proceder às investigações concretas, com o emprego de métodos ‘científicos’, essa avaliação persegue uma função prática, visando a implantar mecanismos de ajuste e correção*”.

As políticas de modernização administrativa, que se desenvolveram nos países ocidentais são sustentadas por uma transformação dos princípios de organização do Estado caracterizadas pela redução do custo do funcionamento dos serviços administrativos, privilegiando o desempenho público.

¹²⁵ CHEVALLIER, 2009, p. 94/95.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 94.

¹²⁷ *Idem*, p. 95.

Leciona Jaques Chevallier¹²⁸ ainda que a “*nova gestão pública tende à importação para a esfera pública dos métodos de gestão do privado: a transformação do estilo de direção, o esforço de responsabilização dos gestores e a melhoria das relações com os administrados*”.

Conforme demonstrado, além das transformações do Estado, bem como a evolução da gestão pública são reflexos de um movimento de constitucionalização do direito administrativo, que inviabiliza a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como um fator de legitimação do Estado democrático de direito e como princípio fundamental da nova gestão pública.

Gustavo Binembojm¹²⁹ em visão semelhante atesta que “*a grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico [...], a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais*”.

Tais direitos, tem como pressuposto, os ideais de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal. A evolução e a importância dos Direitos Fundamentais difundidos pela Constituição inviabilizam a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual.

Para Paulo Ricardo Schier¹³⁰ a,

fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada a natural dificuldade de sopesar quando o atendimento ao interesse público reside na própria preservação dos Direitos Fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Como lecionado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³¹, não se nega a existência de um interesse público, como “*conjunto de interesses gerais que a*

¹²⁸ CHEVALLIER, 2009, p. 95.

¹²⁹ BINEMBOJM, 2008, p. 103.

¹³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: < [HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 27 abr.2012.

sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça por meio de ação política juridicamente embasada (a dicção do direito) e por meio de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do direito)”.

Procura-se demonstrar que o interesse público comporta, a partir de sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, sem estabelecer *a priori* a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros.

Odete Medauar¹³² ensina que sempre que a “*Constituição ou a lei não houverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização*”.

De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *Standards* de decisão.¹³³

Para Gustavo Binembojm¹³⁴, tal raciocínio ponderativo funciona como “*verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressas no documento constitucional*”.

O postulado da proporcionalidade é constituído pelo instrumento da ponderação em sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, onde está última guiará o administrador para dentro dos novos paradigmas da gestão pública alcançar a máxima realização dos interesses em jogo com o menor sacrifício possível para cada um deles.

¹³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade – Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13.

¹³² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 183.

¹³³ GALLIGAN, Denis J. *Discretionary Powers: a legal study of official discretion*, 1986, p. 284, *apud* BINEMBOJM, 2008, p. 105. Tais *Standards* permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação.

¹³⁴ BINEMBOJM, 2008, p. 106.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, aplicou a técnica da ponderação instrumentalizada pelo postulado da proporcionalidade, como se pode verificar do trecho de decisão do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/São Paulo:

[...] o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...], há de perquerir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Nesse sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude, realizados pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública.

Podemos verificar ainda, conforme leciona Gustavo Binembojm¹³⁵ as “*relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação a priori e em caráter abstrato, [...] dentro do jogo das ponderações proporcionais envolvendo Direitos Fundamentais e metas coletivas da sociedade*”.

A ponderação pode ser compreendida como um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos, pelo sistema jurídico. Ponderam-se, assim,

¹³⁵ BINEMBOJM, 2008, p. 109.

bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme os elementos que se encontrem em jogo numa dada situação.

Para Marçal Justen Filho¹³⁶ a atividade administrativa “*envolve a necessidade de selecionar e compor diferentes interesses públicos e privados, com observância de um procedimento democrático e do princípio da proporcionalidade*”.

O resultado poderá ser o sacrifício a interesses e a direitos, o que apenas será possível quando tal for à única ou a menos nociva alternativa para realização conjunta dos diversos valores protegidos pelo direito.

Nessa linha, a incidência do princípio da proporcionalidade no exercício das competências administrativas foi objeto de explícita consagração por parte do art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo), que exigiu “*adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*”.

Assim, após analisar os efeitos das transformações do Estado sobre a gestão pública, bem como a utilização da ponderação como ferramenta de equilíbrio na ocorrência de interesses contrapostos entre público e privado, passa-se por fim a análise dos aspectos que levaram a denominada Teoria da Democracia Deliberativa como forma de efetivação e definição da abrangência dos Direitos Fundamentais.

¹³⁶JUSTEN FILHO, 2011, p. 138.

PARTE 3 – DEMOCRACIA DELIBERATIVA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DELIMITAÇÃO NA ESFERA DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL

A conquista dos Direitos Fundamentais bem como da democracia insurgem como as duas maiores conquistas da moralidade política, onde os ideais que tiveram maior repercussão e destaque como valores basilares da civilização ocidental foram a liberdade, igualdade, Direitos Fundamentais e democracia que se apresentam, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.

A partir da denominada *virada kantiana*¹³⁷ verifica-se uma reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos Direitos Fundamentais e do debate sobre a Teoria da Justiça fundado em um imperativo categórico jurídico.

Fundamenta-se tal imperativo por meio da aplicação do movimento denominado neo-positivista, como seu principal precursor Hans Kelsen, e mais recentemente a partir da denominada virada lingüística proposta por Wittgenstein e com os pós-positivistas, cujo intuito é reatribuir valores morais as decisões jurídicas.

Ensina Gustavo Binbenbojm¹³⁸ que, “*a ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais*”.

Insurge com o movimento constitucionalista um desejo cada vez maior de aproximar o direito positivado aos valores e garantias fundamentais conquistadas ao longo dos anos, de forma a alcançar o ideal denominado democracia.

A democracia, desta forma, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado.

¹³⁷ A expressão é normalmente atribuída a Otfried Hoffe. Sobre o tema, v. TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, in Teoria dos Direitos Fundamentais (obra coletiva), Editora Renovar, 1999, p. 248/249.

¹³⁸ BINENBOJIM, 2008, p. 50.

Leciona Gustavo Binbenbojm¹³⁹ que, “*a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais*”.

Verifica-se que a própria regra da maioria apenas é moralmente justificável em um contexto na qual todos os membros são capacitados ativa e passivamente, sendo tratados com igual respeito e consideração, tendo como pressuposto o direito fundamental a igualdade, transubstanciado juridicamente no princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.

A partir desta análise pode-se verificar a estreita relação existente entre Direitos Fundamentais e democracia, podendo-se dizer que há uma relação de interdependência e reciprocidade.

Conjugando-se esses dois elementos é que, segundo Gustavo Binbenbojm¹⁴⁰ surge “*o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*”.

Na corrente dita liberal destaca-se a obra de John Rawls¹⁴¹ que iniciou o debate pós-positivista no campo da filosofia política e do direito. Desta forma, a noção kantiana de uso público da razão – que pressupõe uma comunidade de sujeitos livres e iguais foi utilizada para definir aquilo que denominava “*elementos constitucionais essenciais*”, classificando-os em dois tipos,

- (i) Os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria;
- (ii) Os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.

¹³⁹ BINENBOJIM, 2008, p. 50.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 50/51.

¹⁴¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 277.

Ensina John Rawls¹⁴² que, “os direitos e liberdades fundamentais tem caráter inalienável e um status especial em relação aos demais valores políticos”. Sustenta ainda que tais liberdades fundamentais “não são absolutas e que apenas podem ser limitadas ou negadas em favor de outras liberdades fundamentais, de modo a formar um sistema coerente garantido igualmente a todos os cidadãos”.

Verifica-se, desta forma, que a Constituição assume a feição liberal de uma Constituição-garantia, que especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições que protegem as liberdades fundamentais, ao mesmo tempo em que asseguram a sua prioridade.

Em visão coincidente afirma John Rawls¹⁴³ que “o resto fica a cargo do estágio legislativo. Uma constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para a instituição da revisão judicial”.

Ronald Dworkin¹⁴⁴, no mesmo sentido, ensina que “procura demonstrar que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe a salvaguarda de posições contra majoritárias (os Direitos Fundamentais), cuja força advém de princípios exigidos pela moralidade política”.

Acredita Ronald Dworkin¹⁴⁵ na aplicação de princípios como uma “separação entre direito e moral, cristalizado pelo positivismo jurídico. Assim, os membros de uma comunidade, atuam como agente morais, aceitando que são governados por princípios comuns e não por regras forjadas em um compromisso político”.

Verifica-se que os Direitos Fundamentais são direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política (comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração, desta forma aplicando-se o conceito de democracia como característica fundamental do Estado democrático de direito.

¹⁴² RAWLS, p. 348/349.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 396.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the people in court*, in *Alberta Law Review*, 28, 1990, p. 324/346.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.211.

Neste sentido, pontua Gisele Cittadino¹⁴⁶ que,

esta igualdade, que pressupõe os indivíduos como agentes morais independentes, exige que Direitos Fundamentais lhes sejam atribuídos para que tenham a oportunidade de influenciar a vida política, realizar os seus projetos pessoais e assumir as responsabilidades pelas decisões que sua autonomia lhes assegura.

Deste modo, uma democracia apenas pode ser verdadeiramente considerada como um ente governamental, se os cidadãos forem tratados de forma equânime, com igual respeito e consideração.

Os Direitos Fundamentais, neste sentido, podem ser entendidos como “*condições democráticas*”, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os Direitos Fundamentais, portanto, são uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.

Em visão semelhante Gustavo Binbenbojm¹⁴⁷ ensina que,

o ideal democrático de autogoverno (governo pelo povo) é satisfeito quando o princípio da maioria é respeitado; nada obstante, o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos e igualmente respeitados como agentes morais independentes.

Outra importante vertente jusfilosófica de fundamentação dos Direitos Fundamentais e da democracia, pós-positivista, é fundada na teoria do discurso e no procedimentalismo ético de Jurgen Habermas, que acredita na possibilidade de consensos morais materiais acerca de qual deve ser o conteúdo justo do direito.

Para Jurgen Habermas¹⁴⁸, ao contrário de Ronald Dworkin, a formação democrática da vontade “*não tira sua força legitimadora da convergência preliminar em relação a convicções éticas consuetudinárias, mas sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos*”.

¹⁴⁶ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999, p. 156.

¹⁴⁷ BINENBOJIM, 2008, p. 55.

¹⁴⁸ HABERMAS, 2010, p. 345.

Na perspectiva habermasiana os Direitos Fundamentais não são produto de uma revelação transcendente, como na corrente jusnaturalista, nem tampouco de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos, como propõe kantianamente John Rawls e Ronald Dworkin, mas conseqüência da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais, que podem legitimamente regular suas vidas por intermédio do direito positivo.

Das relações existentes entre Teoria do Discurso, a democracia e os Direitos Fundamentais, Jurgen Habermas¹⁴⁹ explica que,

a ideia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia se constituem de modo co-originário.”

A pretensão de Jurgen Habermas é substituir os fundamentos moral e transcendental dos direitos do homem, próprios da tradição liberal, por um fundamento procedimental, extraído de sua teoria democrática. O princípio do discurso, elevado à condição de ideia-força da democracia, pressupõe uma igualdade entre os cidadãos, como pedra angular de um novo contrato social.

Para Paulo Ferreira da Cunha¹⁵⁰, “*a razão adquire o seu máximo expoente na comunicação plena, no pleno diálogo, logo, para tal há que ter sujeitos iguais, que para isso darão as mãos numa sociedade com Direitos Fundamentais*”.

¹⁴⁹ HABERMAS, 2010, p. 158.

¹⁵⁰ CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia - Do Jurídico-constitucional nas Utopias Políticas*, 1996, p. 433.

Jurgen Habermas¹⁵¹ apresenta a democracia como,

núcleo de um sistema de Direitos Fundamentais. Seu esquema de Direitos Fundamentais é todo ele deduzido logicamente do princípio discursivo, institucionalizado sob a forma do princípio democrático. Desta forma, os Direitos Fundamentais podem ser agrupados da seguinte forma: (1) Direitos Fundamentais que resultam da configuração política autônoma de direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; esses direitos exigem como correlatos necessários; (2) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos Fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (4) Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por meio dos quais eles criam direito legítimo; (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 mencionados de (1) até (4).

Mantém o raciocínio Jurgen Habermas¹⁵² e procura 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*”.

Independente de qual aporte teórico se fundamente, verifica-se certo consenso na atualidade sobre o papel das noções de Direitos Fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas.

Assim, passa-se a análise dessa evolução da Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo sob o enfoque da teoria da democracia deliberativa, bem como seus limites junto ao poder constituinte derivado.

¹⁵¹ HABERMAS, 2010, p. 159.

¹⁵² *Ibidem*, p. 165.

3.1 – A igualdade material e a teoria constitucional de democracia deliberativa

As transformações do Estado, bem como a evolução dos Direitos Fundamentais e da democracia deliberativa, destaca-se que esta tem como uma de suas características mais importante buscar conciliar as duas principais matrizes da Teoria política moderna: a matriz político-liberal e a matriz democrática.

Ensina Claudio Pereira Souza Neto¹⁵³ que, “*essa compreensão, de que o liberalismo político pode ser conciliado com a democracia, não é uma constante nas reflexões sobre a política e o direito. [...] tanto no mundo dos fatos quanto no plano teórico, a soberania popular foi vista como uma ameaça a liberdade individual*”.

A matriz político-liberal tem como objetivo precípua garantir a liberdade individual contra os eventuais abusos das autoridades estatais, onde destacamos o liberalismo político como a garantia de direitos e liberdades fundamentais.

Leciona Norberto Bobbio¹⁵⁴ que,

o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo. Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, a respeito da esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia).

O liberalismo político surge em um contexto em que se passa a propugnar pela limitação do Estado absolutista, caracterizado, fundamentalmente, pela centralização do poder político e pela monopolização da produção normativa.

A democracia, por sua vez, preocupa-se não com a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais, como ocorre no liberalismo, mas com a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas.

¹⁵³ NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17.

Para Hans Kelsen¹⁵⁵ a vontade geral,

formada segundo o princípio da maioria, não é manifesta sob a forma de uma *diktat* imposto pela maioria a minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultado do embate de orientações políticas de suas vontades [...] De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio da maioria na democracia real.

A democracia deliberativa surge como forma de oposição às teorias de liberdade positiva e negativa, como forma de conciliar essas duas tradições em que está baseado o pensamento político moderno, e o faz de modo a sustentar a sua cooriginalidade.

Ensina Claudio Pereira de Souza Neto¹⁵⁶ que “*o estado de direito é entendido como condição de possibilidade da democracia. Sem liberdade de expressão, sem liberdade de pensamento, sem garantia do pluralismo político, não há democracia*”. Estes são Direitos Fundamentais que exercem uma função imediata no processo deliberativo democrático.

A noção de Estado de direito que se vale a democracia deliberativa não se restringe a concepção liberal clássica, mas incorpora também as expectativas igualitárias que tradicionalmente tem sido vinculada ao Estado social, onde esta igualdade material razoável é uma condição fundamental para a efetivação do Estado democrático de direito.

A democracia deliberativa pressupõe a igualdade de “possibilidades” de participação política, em que sob o prisma formal já foi consolidado como elemento inquestionável da estrutura institucional das democracias constitucionais.

Cláudio Pereira Souza Neto¹⁵⁷ assevera que,

o que há muito tem sido objeto de crítica é o fato da democracia liberal se restringir a aspectos formais. Alega-se que a democracia tem se limitado ao reconhecimento legal de determinadas regras do jogo democrático (tais quais o pluralismo partidário; o voto direto, secreto, universal e periódico; a liberdade de imprensa, entre outros) sem que

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69-70.

¹⁵⁶ NETO, 2006, p. 57.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 168.

tal reconhecimento legal tenha resultado na conformação de sociedades verdadeiramente democráticas.

A igualdade requerida pela democracia deliberativa, tal qual ocorre com a liberdade, também deve ser entendida como aquela necessária a instauração de um contexto propício para a interação cooperativa, com a distribuição justa dos recursos sociais.

Só há deliberação sobre o bem comum se os participantes do processo político perceberem, que para além das diferenças, existe também um “nós”, porque todos tem interesse na manutenção da estabilidade democrática.

A igualdade econômica razoável é requisito fundamental para que, em um contexto de pluralismo, todos (grupos e indivíduos) se vejam motivados a cooperar no processo político democrático, compreendendo o outro com quem se dialoga como um parceiro na empreitada democrática e não como um inimigo que se busca eliminar

Esse ponto de vista é compartilhado por Herman Heller¹⁵⁸ que pontua como o estado democrático *“se caracteriza por uma unidade na multiplicidade de opiniões, um certo grau de homogeneidade econômica deve ser garantido justamente para possibilitar essa unidade, já que é capaz de gerar uma consciência d sentimento do ‘nós’, uma vontade comunitária que se atualiza”*.

De acordo com Herman Heller¹⁵⁹, o que caracteriza a democracia *“não é exatamente a discussão pública como tal, mas a existência de um fundamento comum para a discussão. Este possibilita um fair play em face do adversário político interior à comunidade”*.

O modelo deliberativo implica não só igualdade quanto ao acesso ao procedimento democrático, mas também igualdade quanto à capacidade de exercer real influência na vida política, estando diretamente ligado a idéia de capacidade igual de funcionar publicamente.

¹⁵⁸ HELLER, Herman. *Démocratie politique et homogénéité sociale*. Revue Cités, n. 6, maio, 2001, p. 205 *apud Ibidem*, p. 168.

¹⁵⁹ *Idem*.

Para Nancy Fraser¹⁶⁰ a inclusão exige “*além da dimensão econômica, também uma dimensão cultural. Por isso as políticas inclusivas englobam não só redistribuição de recursos, mas também reconhecimento das diferenças*”.

O reconhecimento em conjunto com a redistribuição é fundamental para instaurar um contexto de igualdade de capacidades para atuar em público. Em geral, enquanto a redistribuição é a solução adequada para as diferenças econômicas, o reconhecimento o é para as desigualdades de gênero e etnia.

A teoria constitucional de democracia deliberativa pretende “reconstruir” a normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe “coerência” e “integridade”. Desta forma, esta teoria é ao mesmo tempo descritiva e racionalizadora.

Esta teoria é descritiva por entender que não é mais possível, em face do fato do pluralismo, sustentar metafisicamente um sistema de princípios. É racional ao buscar reconstruir as tradições políticas que, de fato, informam ao núcleo material da Constituição, consubstanciado em princípios que são objeto de um “consenso” entre as diversas doutrinas abrangentes razoáveis.

Como leciona José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶¹, “*a compreensão da constituição só ganha sentido teórico-prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país*”, i. e., “*uma teoria da constituição, se quiser ser de alguma utilidade para a metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se como uma teoria da constituição constitucionalmente adequada*”.

A formação dos elementos nucleares da democracia deliberativa surgem do processo evolutivo de seus principais ideais, a começar pela “racional-normativa” que preponderou durante o constitucionalismo clássico, que tinha como preocupação principal estabelecer limites a atividade estatal, cuja formulação mais conhecida está presente na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

¹⁶⁰ FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça pós-socialista*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001, p. 245.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra ed., 1994, p. 79 e 154.

A crise deste modelo clássico surge da relativização histórica do conteúdo constitucional e da elisão da justificação normativa, o que fez surgir inúmeras teorias da constituição, tanto de cunho formal-normativo quanto político-sociológico. Considera-se, por exemplo, a teoria formal-normativa proposta por Hans Kelsen¹⁶², como corolário de sua cruzada para “*purificar a ciência do direito de qualquer reflexão de caráter sociológico, psicológico ou político*”.

O “reconstrutivismo” é a via seguida pela democracia deliberativa para superar o conflito entre a perspectiva descritiva e a prescritiva, cuja função é fornecer coerência ao sistema constitucional, e não de uma tentativa de identificar os princípios intrinsecamente válidos, como ocorria na antiga teoria racional-normativa, e nem, tampouco, de uma descrição acrítica do direito constitucional positivo, como se dava na teoria positivista da constituição.

Em visão semelhante ensina Ricardo Lobo Torres¹⁶³ que “*a constituição da democracia deliberativa pode ser entendida como uma constituição complexa, resultante da interação entre a constituição ideal e a constituição histórica*”.

Para a democracia deliberativa, a teoria constitucional não pode servir de álibi para que o intérprete deixe de aplicar a constituição em seu todo, sua função é apenas a de nortear a atividade interpretativa, a qual deve se dar a partir e nos limites do texto constitucional.

É com base nessa evolução que Claudio Pereira de Souza Neto¹⁶⁴ conceitua a democracia deliberativa como

um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática.

¹⁶² KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1/5.

¹⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. *A constituição ideal dos direitos: o liberalismo igualitário na obra de Santiago Nino*. In: MACEDO, Ubiratan Borges de. (org.). *Avaliação crítica da proposta da democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Círculo de Estudos do Liberalismo; Londrina: Edições Humanidades, 2002, p. 23/25.

¹⁶⁴ NETO, 2006, p. 224.

Assim, verifica-se que o núcleo da democracia deliberativa consiste na aferição de igualdade material, não só econômica, mas também a capacidade de atuar publicamente e a inclusão de todos por meio do reconhecimento das diferenças o que gerou uma transformação da teoria constitucional, exigindo para sua legitimação uma reconstrução democrática, discursiva e coerente, a fim de se garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

3.2 – A esfera da fundamentalidade material e a eficácia dos Direitos Fundamentais

A fundamentalidade formal decorre do fato de a Constituição positivizar determinada norma como Direito Fundamental. Já a fundamentalidade material se deriva do conteúdo da norma, seja ou não ela caracterizada pelo texto constitucional como fundamental.

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁵ em sua definição de direitos de fundamentalidade, como

Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se a Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

O recurso a fundamentalidade material justifica-se diante da insuficiência de critérios formais fornecidos pelo texto constitucional para definir quais são os Direitos Fundamentais que tem lugar no sistema brasileiro.

Essa definição é crucial, a fim de que se possa demonstrar quais direitos podem ser caracterizados como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88) e quais direitos gozam de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF/88).

¹⁶⁵ SARLET, 2001, p. 80/85.

A partir desta delimitação pode-se verificar no sistema brasileiro a abrangência dos Direitos Fundamentais, a fim de proporcionar a sua proteção adequada, bem como sua efetivação.

A primeira referência inscrita na Constituição da República de 1988 atinente a fundamentalidade formal está disposta no Título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Pode-se deduzir com base nisso que todos os dispositivos elencados nesse Título (art. 5º a 17 da CF/88) instituem direitos fundamentais e garantias, onde segundo o texto expresso, compreenderia os “direitos e deveres individuais e coletivos”, os “direitos sociais”, os “direitos à nacionalidade” e os “direitos políticos” e poderia se concluir que todos esses direitos deveriam gozar do mesmo tratamento.

Contudo, a jurisprudência não tem entendido dessa maneira, quando reconhece a unidade do sistema, não extrai dela conseqüências iguais em face das diferentes categorias de direitos fundamentais.

De fato, pode-se perceber um tratamento diferenciado para o que a Constituição denomina “direitos individuais” e para o que denomina “direitos sociais”, devido, entre outros fatores, pela própria imprecisão do texto constitucional no estabelecimento de critérios para a definição da fundamentalidade formal.

Em visão semelhante leciona Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁶⁶ que tudo se complica quando “*outros dispositivos constitucionais passam a ser levados em consideração. O § 1º do artigo 5º estabelece que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”*”.

Essa expressão leva a uma dupla interpretação, onde na primeira todos os direitos arrolados no Título II da Constituição podem ser compreendidos à luz de conceitos como os de “norma auto-aplicável” ou “norma de eficácia plena”. A segunda interpretação, onde o § 1º do artigo 5º seria aplicada somente ao próprio artigo 5º.

¹⁶⁶ NETO, 2006, p. 228.

Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁶⁷ pontua ainda que “*as duas conclusões tornam-se problemáticas quando se passa a examinar cada um dos dispositivos que instituem Direitos Fundamentais de acordo com outro critério formal: o modo de positivação*”.

A Constituição da República em seu artigo 6º arrola, como Direito Fundamental social, o direito a saúde, não apresentando problemas quanto ao seu modo de positivação. De acordo com as características formais desse dispositivo, poder-se-ia atribuir ao direito à saúde a possibilidade de ser aplicado imediatamente.

No entanto, quando a Constituição da República trata do direito à saúde com mais profundidade, em seu art. 196, passa a dar espaço para dúvidas, onde segundo esse dispositivo, “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

O texto constitucional determina que a saúde seja garantida por “políticas sociais e econômicas”, não pela ação do Poder Judiciário, ao qual descabe a implementação de “políticas”.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁸ ensina que o sistema de Direitos Fundamentais é “*não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante*”.

Consideram-se materialmente fundamentais aqueles preceitos que configuram condições para a cooperação na deliberação democrática. Tais condições instituem padrões de convivência social cujo respeito garante que todos os cidadãos se sintam efetivos participantes da comunidade política.

Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁶⁹ leciona que como condições para a cooperação na deliberação democrática, “*os Direitos Fundamentais não só possibilitam que seja proferida uma decisão majoritária justa, mas também lhe impõe limites, podendo até mesmo obstar os desideratos reformadores do poder constituinte derivado*”.

¹⁶⁷ NETO, 2006, p. 229.

¹⁶⁸ SARLET, 2001, p. 64.

¹⁶⁹ NETO, 2006, p. 236.

Ressalta-se que tais limites representam não uma violação da soberania popular, mas uma garantia das precondições indispensáveis para a sua efetiva manifestação. A expressão “direitos e garantias individuais”, presente no art. 60, § 4º, IV, deve, portanto, ser interpretada como “direitos e garantias fundamentais”, e essa fundamentalidade deve ser perquirida observando-se o conteúdo material da norma.

Em visão semelhante Dimitri Dimoulis¹⁷⁰ ensina que Direitos Fundamentais são “*direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual*”.

Alega-se que não cabe ao Poder Judiciário realizar a concretização de tais direitos, visto que esta depende de opções de caráter orçamentário, a serem tomadas em cenários de escassez de recursos.

A atuação social do Estado estaria condicionada à “reserva do possível”, razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

J.J. Canotilho¹⁷¹ glosando a doutrina alemã de W. Martens esclarece que,

o conceito tradicional de reserva do possível: 1 – a total *desvinculação jurídica* do legislador quanto a dinamização dos direitos sociais constitucionais consagrados; 2 – a ‘*tendência zero*’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais; 3 – *gradualidade* como dimensão lógica necessária da concretização dos direitos sociais, tendo em conta, sobretudo, os limites financeiros; 4 – *insindicabilidade* de controle jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras dos direitos sociais. Após essas referências, Canotilho busca relativizá-las, mas considera inequívoco que os direitos econômicos, culturais e sociais se caracterizam: 1 – pela gradualidade de sua realização; 2 – pela dependência financeira dos recursos do Estado; 3 – pela tendencial liberdade conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; 4 – pela insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, a não ser quando estes se manifestem em clara

¹⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

¹⁷¹ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Metodologia ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 6, fev., 1998, p.44 apud NETO, Claudio Pereira de Souza. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245/246.

contradição com as normas constitucionais ou quando, manifestamente, suportem dimensões pouco razoáveis.

Contudo, adotando-se, como critério para a definição da fundamentalidade material dos direitos sociais, a noção de condições para cooperação na deliberação democrática, o argumento democrático-orçamentário fica superado.

Leciona Claudio Pereira de Souza Neto¹⁷² que,

o que importa, sob o prisma da legitimidade, é observar que a objeção democrático-orçamentária à atribuição de fundamentalidade aos direitos sociais incide em uma falácia, ao vincular duas questões distintas: uma é a de fundamentalidade material, que decorre do conteúdo da norma; outra é dos meios necessário para concretizá-la.

O grande desafio para a teoria constitucional não é discutir se os direitos sociais são ou não fundamentais, mas delimitar a esfera da fundamentalidade material, para o que é necessário ingressar na seara da justificação do conteúdo normativo.

Em visão semelhante Ricardo Lobo Torres¹⁷³ defende a “*teoria do mínimo existencial que serve a finalidade de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da liberdade*”.

O conceito de mínimo existencial exhibe, assim, o *status positivus libertatis*, segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade, elevada a critério precípua para a legitimação da organização social.

De qualquer forma, seja como fundamento na liberdade, seja como fulcro em uma versão minimalista da dignidade humana, dessa importante construção resulta a prerrogativa de o Poder Judiciário concretizar a esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das Políticas Públicas implementadas pelo Poder Executivo e Pelo Poder Legislativo.

¹⁷² NETO, 2006, p. 246.

¹⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, p.356; *Id.* A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1/5.

Como esclarece Ricardo Lobo Torres¹⁷⁴ à retórica do mínimo existencial “*não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até mesmo os maximiza na região periférica, em que valem sob reserva de lei*”.

O debate sobre quais são os limites máximos de realização da justiça social pelo Estado, por meio de Políticas Públicas, diz respeito ao conceito de máximo social, que não reflete sobre os limites da ação do Poder Judiciário, mas da ação dos demais poderes do Estado.

Para além do mínimo, os direitos sociais também podem ser implementados, mas “sob reserva de lei”, que permite ao legislador comum introduzir limitações, restringindo a área de proteção do direito, no que ensina Dimitri Dimoulis¹⁷⁵ que,

a reserva de lei pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) quando a Constituição indica que o exercício do direito será feito ‘na forma da lei’ ou nos ‘termos da lei’ (exemplos art. 5º, XV, XVIII, da CF). Tem-se uma reserva legal qualificada (também denominada de limitada ou relativa) quando a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizado, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do Direito Fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada (exemplos: art. 5º, XII, da CF).

Assim como a Teoria do Mínimo, a democracia deliberativa também atribui fundamentalidade material aos direitos sociais que figuram como condições de liberdade, concebendo-os como condições necessárias, além de enfatizar o sentido positivo da liberdade e de buscar harmonizá-lo com a igualdade.

Claudio Pereira de Souza Neto¹⁷⁶ leciona que “*a fundamentalidade material dos direitos sociais pode também ser concebida, sob o prisma democrático como uma manifestação da “eficácia horizontal” dos direitos ‘civis’ e ‘políticos’*”.

Os direitos sociais são garantias que permitem aos indivíduos viver a sua vida privada e cooperar na empreitada democrática livres de qualquer dominação social e

¹⁷⁴ TORRES, 1999, p. 264.

¹⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo., 2011, p. 146/147.

¹⁷⁶ NETO, 2006, p. 252.

econômica figurando como artifícios para a moderação do absolutismo dos poderes econômicos e sociais.

A igualdade material sustentada pela democracia não é uma igualdade absoluta, mas relativa o suficiente para que se possam deliberar quais são as diferenças consideradas justas.

A teoria democrático deliberativa conforme ensina Claudio Pereira de Souza Neto¹⁷⁷ “*leva à restrição da atividade judicial ao campo da neutralidade política, deixando aberta à deliberação majoritária a definição de conteúdos. O que não pode ocorrer é o Estado violar os Direitos Fundamentais ou deixar de implementá-los*”. Essa formulação, embora possa apresentar alguns problemas de executoriedade em nossa realidade periférica, preenche todos os requisitos da legitimação democrática.

Conforme destacado, uma das principais objeções à atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais prestacionais implica a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos, implementando Políticas Públicas que caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo, refletem, em suas deliberações a vontade da maioria.

A questão central esta relacionada ao fato que se considerarmos certos direitos sociais como condições para a cooperação democrática, então o Poder Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa.

Assim, pode-se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 256.

3.3 – A Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa como fator delimitador da Fundamentalidade Material

Chega-se, então, a análise do modo como a teoria democrático-deliberativa atua nas Constituições, em especial a Constituição da República de 1988, definindo Direitos Fundamentais e normas estruturantes, bem como programas de ação, fornecendo resultados mais convincentes do que as versões procedimentalista e substancialista.

No Brasil, tem predominado, há cerca de duas décadas, uma “teoria normativa da Constituição dirigente”, cujo aspecto central é a afirmação de que os dispositivos constitucionais instituidores de programas de ação são normas e, como tais devem ser aplicados.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷⁸ ensina que *“sob esse prisma, a teoria constitucional deve se preocupar com a ‘justeza’ das decisões, com a ‘identidade material’ de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político”*.

Essa afirmação da normatividade do “bloco dirigente” é uma das principais conseqüências da guinada por que passou a teoria constitucional progressista a partir da reabertura democrática, e principalmente da entrada em vigor da Constituição da República de 1988.

Em visão semelhante Claudio Pereira de Souza Neto¹⁷⁹ pontua que,

instaurado o ambiente democrático, passou a compreender que seu papel não mais seria o de criticar o caráter ideológico da Constituição, mas precisamente o de desenvolver mecanismos dogmáticos e processuais capazes de garantir a efetivação de seus “potenciais emancipatórios”.

A Constituição Federal de 1988 representa, ao mesmo tempo, a garantia da liberdade e da democracia política, e a projeção de uma utopia social igualitária, fornecendo ao pensamento jurídico progressista simultaneamente uma “trincheira de resistência” e uma “carta programática”.

¹⁷⁸ CANOTILHO, 1994, p. 108.

¹⁷⁹ NETO, 2006, p. 260.

Dado esse conteúdo constitucional, uma das tônicas da teoria brasileira passa a ser incrementar a força normativa da Constituição pela via do desenvolvimento de uma dogmática da efetividade.

Norberto Bobbio¹⁸⁰ ensina que “*o problema fundamental em relação aos Direitos do Homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”. Chegou-se, pela ausência da valorização da reflexão sobre a justificação normativa, a questionar a conveniência de a Constituição ter consagrado princípios como o da dignidade da pessoa humana.

Leciona Lênio Streck¹⁸¹ que,

a adequação da teoria da constituição dirigente a compreensão da Constituição Federal de 1988 também tem sido, por vezes, sustentada sob o prisma material, figurando como uma decorrência do não cumprimento das promessas da modernidade, plasmadas no Texto Constitucional, e do funcionamento distorcido de nossa democracia representativa – ambas características da “realidade periférica” de nosso País.

Esse compromisso com a efetividade e com o dirigismo se revela, sobretudo, no âmbito da teoria da norma constitucional, formulado por José Afonso da Silva¹⁸² onde “*todos os dispositivos constitucionais possuiriam algum grau de normatividade e deveriam, por isso, surtir efeito*”.

As antigas normas não auto-aplicáveis se convertem em normas de eficácia limitada, e a elas se passa a atribuir uma série de efeitos, embora, continuem não sendo passíveis de aplicação integral autônoma pelo Poder Judiciário, sem a intermediação legislativa.

A maior divergência entre a teoria da constituição dirigente e a teoria da constituição da democracia deliberativa, concerne ao tema da predefinição dos resultados da deliberação democrática.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

¹⁸¹ 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 constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 191.

¹⁸² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

Leciona Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁸³ que “*a teoria da constituição da democracia deliberativa entende que o papel da Constituição é estabelecer apenas as condições para o funcionamento adequado da vida democrática*”. Pontua ainda que,

no tocante à teoria da norma, se a proposta da dogmática da efetividade era tendente ao incremento da normatividade da Constituição e pode, justamente por isso, ser incorporada pelo pensamento jurídico progressista, com o tempo, passou a servir paradoxalmente ao propósito contrário, sobretudo por conta da interpretação que fez dela o Poder Judiciário brasileiro, especialmente sua mais Alta Corte.

As expressões “norma programática”, “norma de eficácia limitada”, “princípio programático” acabaram por se constituir em verdadeiros índices da não efetivação da Constituição. Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, por diversas vezes, bastou-se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador a tarefa que, sob o prisma formal, era mesmo do Poder Judiciário.

Na concepção habermasiana¹⁸⁴ de legitimidade procedimental, “*justas são as decisões tomadas em um contexto em que estejam presentes determinadas condições procedimentais, a saber, aquelas que permitem que a deliberação pública se dê de maneira livre, aberta e igualitária*”.

Não há cabimento, portanto, em estabelecer previamente à deliberação, princípios informadores do seu resultado, onde a deliberação pública apenas estaria impedida de chegar a resultados que violassem as suas próprias condições procedimentais.

Jurgen Habermas¹⁸⁵ parece conceber o núcleo material da constituição democrático-deliberativa em termos mais cooperativos, especialmente, quando extrai de sua ética do discurso, destacando que a deliberação pública deve se pautar por “ações comunicativas”, não “estratégicas”.

Sustenta-se, a partir disto que são materialmente fundamentais não apenas os direitos que configurem de forma imediata as condições para a participação no processo

¹⁸³ NETO, 2006, p. 268/269.

¹⁸⁴ HABERMAS, 2010, p. 152.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 253.

democrático, mas também aquelas cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum.

Verifica-se, desta forma, que o problema se torna ainda mais grave quando se atribui ao Poder Judiciário a função de implementar os direitos sociais ou de controlar a sua implementação.

J.J. Canotilho¹⁸⁶ ensina que *“em sede de Constituição dirigente, não tem grande sentido nem alcance prático falar-se dos tribunais ou de um tribunal constitucional como defensor da Constituição [...] quer pela especificidade de suas funções, quer pelos problemas de legitimação democrática, o alargamento das funções do juiz a tarefas de conformação social positiva é justamente questionável”*.

Leciona Canotilho¹⁸⁷ que,

a dissolução do potencial da ação político-democrática numa ‘curta’ mentalidade de pretensões subjetivas, individualmente acionáveis. A ‘perda da justiciabilidade’ e a colocação dos direitos a prestações dentro da ‘reserva do possível’ devem ser compensadas por uma intensificação da participação democrática na política dos direitos fundamentais.

Em visão semelhante Andréas J. Krell¹⁸⁸ leciona que no Brasil, predominou a compreensão de que, *“por ser ‘menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil’, deveria ser aumentada a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica”*.

A democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política, de uma hegemonia do Poder Judiciário, considerando que este deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular. Situa-se, pois, na esfera da “neutralidade política”, ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas.

¹⁸⁶ CANOTILHO, 1994, p. 350.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 377.

¹⁸⁸ KRELL, Andréas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos Fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 46-47.

Segundo Claudio Pereira de Souza Neto¹⁸⁹ a, “*teoria da Constituição democrático deliberativa apresentada dá suporte apenas a judicialização da política dos direitos fundamentais, das reivindicações pela efetiva observância das condições para a cooperação na deliberação democrática*”.

Os argumentos aqui aduzidos procuram inferir que a concretização judicial contramajoritária de Direitos Fundamentais, se adequadamente realizada, não implica uma usurpação das prerrogativas do Poder Legislativo, nem, tampouco, uma violação da legitimação democrática que o caracteriza, podendo resultar em um incremento da democracia.

Leciona Heinrich Scholler¹⁹⁰ que a democracia deliberativa dá “*sustentação apenas a um princípio da ‘proibição relativa do retrocesso social’, sob um prisma democrático-deliberativo, o retrocesso social pode ser judicialmente fulminante tão-só quando afetar a esfera da fundamentalidade material*”.

Pode-se constatar, portanto, que a teoria da constituição da democracia deliberativa mantém como ideal de efetivação constitucional duas relações diferentes. Incrementa a efetividade no âmbito do núcleo substantivo da Constituição e deixa à deliberação majoritária a realização do que, tanto formal quanto materialmente, pode ser caracterizado como projeto constitucional.

Em visão semelhante, Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁹¹ afirma que a “*democracia deliberativa pode justamente significar um incremento da eficácia do núcleo normativo do estado social, ao afirmar a fundamentalidade material dos direitos sociais*”.

Como aspecto fundamental a democracia deliberativa afirma acerca do Estado apenas que este deve ser democrático, e que essa democracia deve se organizar em moldes deliberativos, considerando que o núcleo material da Constituição, enquanto parâmetro fundamental para a limitação da vontade majoritária, deve se circunscrever à esfera da neutralidade política.

¹⁸⁹ NETO, 2006, p. 276.

¹⁹⁰ SCHOLLER, Heinrich. *Constituição e direito no processo da globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de mercado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

¹⁹¹ *Op. cit.*, p. 276.

Assim, pode-se concluir que a teoria constitucional da democracia deliberativa, tem sua legitimidade democrática, jurídica e administrativa sempre que interesses públicos e privados se contrapuserem e em razão disto haja necessidade de se limitar a vontade de um em face do outro, utilizando-se desta forma deste modelo cooperativo e da ponderação como forma de se solucionar tais conflitos.

CONCLUSÃO

A ideia de legitimidade surge com a *Política* de Aristóteles ao questionar a virtude em obedecer aos comandos conduzindo à alma, acentuando-se como resultado de uma convergência de preocupações dos juristas romanos sobre as fontes últimas da noção de autoridade.

A problemática distinção entre legalidade e autoridade, que em Roma era entendida como a verdade socialmente reconhecida e o poder a força socialmente reconhecida.

Tais ideais foram superados nos séculos seguintes por fatores transcendentais, e a partir do contratualismo de Locke e Rousseau desenvolveram a ideia de autoridade como uma delegação popular, apresentando-se assim como fonte do Liberalismo.

Contudo, somente a partir do Iluminismo é que emerge a dicotomia entre estes, onde deve haver um nexos fundamental entre a noção de liberdade e o princípio da legalidade. Verificou-se segundo a teoria dos ideais fundamentais da teoria política de Norberto Bobbio, dividiu o princípio da legalidade em três níveis.

O que levou ao conceito de legitimidade em seu sentido estrito como sendo o grau de aceitação dos sistemas políticos e dos ordenamentos jurídicos que tem origem na complexidade das sociedades de massa a partir da Revolução Industrial.

Constatou-se que as divergências acerca da legitimidade se devem as múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, onde o grau de aceitação desses regimes não depende de uma mera fidelidade a retórica democrática, mas em grande parte, da forma como seus ordenamentos jurídicos permitem a resolução dos principais problemas que costumam dividir a sociedade.

Fundamentado na teoria de Kant, construiu-se a ideia de autonomia do poder político, partindo do desenvolvimento contínuo da razão do indivíduo no entorno da sociedade em que está inserido, sob dois aspectos: o primeiro sobre a liberdade de pensar e o segundo sobre a tolerância.

Por meio das concepções de John Rawls e Jürgen Habermas, verificou-se que o direito retira sua eficácia de um procedimento de entendimento, em que se confrontam as pretensões de normatividade de diversas pessoas e grupos sociais.

Pode-se, desta maneira, constatar que a legitimidade do Direito depende da existência e do respeito a um sistema de Direitos Fundamentais, bem como do cumprimento de um processo legislativo.

Entretanto não é o resultado de um processo legislativo qualquer e sim conforme pontua Habermas, de um processo legislativo em que argumentem e assintam os destinatários da norma, sendo assim legítimo o direito, criado por cidadãos autônomos dotados de liberdade comunicativa.

Constatou-se assim que a legitimidade do poder político depende de pessoas autônomas, interessadas na pretensão de validade de outro e que estejam prontas para contestá-las, usando da razão e da vontade tanto para contestar quanto para aquiescer, sendo assim suficientemente para fundar o tipo de direito ou poder político que se considera legítimo.

A expansão da jurisdição constitucional permitiu a consolidação do entendimento de que a Constituição, apesar de suas características singulares, é norma jurídica, dotada de “eficácia” e aplicabilidade direta e que com o Iluminismo passaram a versar não somente sobre direitos prestamistas bem como sobre assuntos de ordem econômica, relações familiares, cultura, Direitos Fundamentais.

Com o novo paradigma democrático constitucional, verifica-se uma valorização ao extremo do papel dos princípios constitucionais, na medida em que estes deixam de ser vistos apenas como formas de solução de lacunas, convertendo-se em autênticas normas, incrustadas no âmago do anseio constitucional contemporâneo.

A legitimidade democrática pode ser verificada pela participação política nos regimes democráticos, onde se pode entender como democracia um método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas.

Somente alcançaremos uma verdadeira legitimidade jurídica a partir do reconhecimento efetivo dos órgãos do Poder Público, onde uma determinada conduta é descrita como legal quando conforme ou não contrária à lei.

Já a legitimidade da Administração pública tem como pressuposto o princípio da supremacia do interesse público. Contudo, pode-se verificar que os interesses públicos não devem prevalecer *a priori* sobre os interesses particulares, devendo-se verificar a aplicar o modelo da ponderação para solucionar tais conflitos.

Isto se deve aos problemas surgidos com a Modernidade no que tange a Administração Pública, principalmente quanto ao desprestígio do legislador e a crise da lei formal que segundo Norberto Bobbio ocorreu por cinco razões básicas.

A formação do instrumental teórico do direito administrativo desenvolveu-se durante o século XX, sendo estruturado por meio dos conceitos de Estado de direito, legalidade, discricionariedade administrativa, poder de polícia e legitimidade.

Antes do Estado de direito, a atividade administrativa do Estado era pouco acessível ao direito e ao controle jurisdicional, de modo que, os atos do governante não comportavam controle, sob o fundamento de que o rei não podia errar ou que o conteúdo do direito se identificava com a vontade do príncipe.

Destacou-se ainda que, a evolução histórica conduziu à agregação de outros dois elementos ao conceito de Estado de direito, que são a superioridade da Constituição e a supremacia dos Direitos Fundamentais.

Foi a partir das experiências trágicas dos regimes totalitários, em especial o alemão, o italiano e o soviético, vividos ao longo do século XX, que conduziram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem respeito à soberania popular e aos Direitos Fundamentais.

A difusão do tema Estado de direito decorreu do fracasso do sistema Socialista e dos impasses do desenvolvimento, conduzindo à adesão ao modelo Liberal burguês de organização política, fundada sobre a democracia e o novo paradigma de Estado de direito.

As transformações ocorridas com a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representaram a força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade.

A supremacia da Constituição propiciou a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras nela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

O sistema de Direitos Fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem também influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa. À centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional corresponde igual centralidade na organização e funcionamento da administração pública.

Constatou-se por ensinamento de Canotilho que as crises da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, trouxe a atualidade, tamanha importância que já tem sido considerada uma forma de democratizar as democracias representativas.

Com a ruptura e esfacelamento dos signos que marcam a especificidade do público, e que também marcou a constituição simbólica do Estado, passou-se a entender que o mito do “interesse geral”, sobre o qual o Estado construiu a sua legitimidade, perdeu a sua força.

Essa crise do interesse geral no que tange à Administração Pública extraiu o referencial teórico clássico do interesse geral, que era reputado como fundamento de sua legitimidade, deixando de ser suficiente, o que traz a aquela um tratamento semelhante ao particular, tornando-a “eficaz” como sinônimo de boa gestão.

Foram analisadas as duas correntes acerca do interesse público, a primeira liderada por Celso Antonio Bandeira de Mello entende a supremacia do interesse público como fundamental à Administração Pública, e que tem neste a base para sua sobrevivência e garantia de uma ordem social estável.

A segunda corrente, e também adotada neste estudo, liderada por Humberto Ávila entende que o princípio da supremacia do interesse público não encontra respaldo

normativo, por três razões: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito proposto pelo “princípio”; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.

Em vez de uma regra de prevalência, impõe-se ao intérprete e aplicador do direito um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade de interesses jurídicos em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los em sua plenitude.

Tal gerenciamento público visa melhorar o desempenho público, permitindo a administração atingir os objetivos que lhe são traçados pelas autoridades políticas a um custo mínimo, de forma a repensar as suas estruturas, os modos de organização e gestão do trabalho.

A conquista dos Direitos Fundamentais bem como a principalização do direito brasileiro e a nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o ato administrativo discricionário e o ato administrativo vinculado, sendo a diferença o grau de vinculação.

As políticas de modernização administrativa, que se desenvolveram nos países ocidentais são sustentadas por uma transformação dos princípios de organização do Estado caracterizadas pela redução do custo do funcionamento dos serviços administrativos, privilegiando o desempenho público.

Demonstrou-se que além das transformações do Estado, bem como a evolução da gestão pública são reflexos de um movimento de constitucionalização do direito administrativo, que inviabiliza a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como um fator de legitimação do Estado democrático de direito e como princípio fundamental da nova gestão pública.

O postulado da proporcionalidade é constituído pelo instrumento da ponderação em sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, onde está última guiará o administrador para dentro dos novos paradigmas da

gestão pública alcançar a máxima realização dos interesses em jogo com o menor sacrifício possível para cada um deles.

A ponderação pode ser compreendida como um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos, pelo sistema jurídico. O resultado poderá ser o sacrifício a interesses e a direitos, o que apenas será possível quando tal for a única ou a menos nociva alternativa para realização conjunta dos diversos valores protegidos pelo direito.

A conquista dos Direitos Fundamentais bem como da democracia insurgem como as duas maiores conquistas da moralidade política, onde os ideais que tiveram maior repercussão e destaque como valores basilares da civilização ocidental foram a liberdade, igualdade, Direitos Fundamentais e democracia que se apresentam, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.

Verificou-se que com o movimento constitucionalista surgiu o desejo de aproximar o direito positivado aos valores e garantias fundamentais conquistadas ao longo dos anos, de forma a alcançar o ideal denominado democracia.

A democracia, desta forma, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado.

Os Direitos Fundamentais, neste sentido, podem ser entendidos como “*condições democráticas*”, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os Direitos Fundamentais, portanto, são uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.

Outra importante vertente jusfilosófica de fundamentação dos Direitos Fundamentais e da democracia, pós-positivista, é fundada na teoria do discurso e no procedimentalismo ético de Jurgen Habermas, que acredita na possibilidade de consensos morais materiais acerca de qual deve ser o conteúdo justo do direito.

A pretensão de Jurgen Habermas é substituir os fundamentos moral e transcendental dos direitos do homem, próprios da tradição liberal, por um fundamento procedimental, extraído de sua teoria democrática. O princípio do discurso, elevado à condição de ideia-força da democracia, pressupõe uma igualdade entre os cidadãos, como pedra angular de um novo contrato social.

Verificou-se certo consenso na atualidade sobre o papel das noções de Direitos Fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas.

Nesse contexto, surge a democracia deliberativa como forma de oposição as teorias de liberdade positiva e negativa, e de conciliar essas duas tradições em que está baseado o pensamento político moderno, e sustentando a sua cooriginalidade.

A noção de Estado de direito que se vale a democracia deliberativa não se restringe a concepção liberal clássica, mas incorpora também as expectativas igualitárias que tradicionalmente tem sido vinculada ao Estado social, onde esta igualdade material razoável é uma condição fundamental para a efetivação do Estado democrático de direito.

A igualdade requerida pela democracia deliberativa, tal qual ocorre com a liberdade, também deve ser entendida como aquela necessária a instauração de um contexto propício para a interação cooperativa, com a distribuição justa dos recursos sociais, incluindo-se assim não só a igualdade econômica como também a capacidade de exercer influência na vida política.

A teoria constitucional de democracia deliberativa apresenta tem como escopo “reconstruir” a normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe “coerência” e “integridade”. Desta forma, esta teoria foi destacada como sendo, ao mesmo tempo, descritiva e racionalizadora.

O “reconstrutivismo” é a via seguida pela democracia deliberativa para superar o conflito entre a perspectiva descritiva e a prescritiva, cuja função é fornecer coerência ao sistema constitucional, e não de uma tentativa de identificar os princípios intrinsecamente válidos, como ocorria na antiga teoria racional-normativa, e nem,

tampouco, de uma descrição acrítica do direito constitucional positivo, como se dava na teoria positivista da constituição.

A fundamentalidade material se deriva do conteúdo da norma, justificando-se diante da insuficiência de critérios formais fornecidos pelo texto constitucional para definir quais são os Direitos Fundamentais que tem lugar no sistema brasileiro.

Pode-se deduzir com base nisso que todos os dispositivos elencados no Título II da CR/88 (art. 5º a 17) instituem direitos fundamentais e garantias, onde segundo o texto expresso, compreenderia os “direitos e deveres individuais e coletivos”, os “direitos sociais”, os “direitos à nacionalidade” e os “direitos políticos” e poderia se concluir que todos esses direitos deveriam gozar do mesmo tratamento.

Verificou-se que a jurisprudência tem entendido de forma diversa por se perceber um tratamento diferenciado para o que a Constituição denomina “direitos individuais” e para o que denomina “direitos sociais”, devido, entre outros fatores, pela própria imprecisão do texto constitucional no estabelecimento de critérios para a definição da fundamentalidade formal.

Conforme foi aludido no ensinamento de Claudio Pereira de Souza Neto os Direitos Fundamentais não só possibilitam que seja proferida uma decisão majoritária justa, mas também impõe limites, podendo até mesmo obstar os desideratos reformadores do poder constituinte derivado.

Ressaltou-se que tais limites representam não uma violação da soberania popular, mas uma garantia das condições indispensáveis para a sua efetiva manifestação. A expressão “direitos e garantias individuais”, presente no art. 60, § 4º, IV, deve, portanto, ser interpretada como “direitos e garantias fundamentais”, e essa fundamentalidade deve ser perquirida observando-se o conteúdo material da norma.

A atuação social do Estado estaria condicionada à “reserva do possível”, razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

Estabeleceu-se como grande desafio para a teoria constitucional não a discussão sobre a fundamentalidade dos direitos, mas sim delimitação da esfera da

fundamentalidade material, para o que é necessário ingressar na seara da justificação do conteúdo normativo.

Ao lado do conceito de reserva do possível aparece o conceito de mínimo existencial que serve a finalidade para estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da liberdade.

De qualquer forma, seja como fundamento na liberdade, seja como fulcro em uma versão minimalista da dignidade humana, dessa importante construção resulta a prerrogativa de o Poder Judiciário concretizar a esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das Políticas Públicas implementadas pelo Poder Executivo e Pelo Poder Legislativo.

Pode-se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

No que então, passou-se ao estudo da constituição dirigente em face da constituição democrático deliberativo, onde pode se constatar que a democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política, de uma hegemonia do Poder Judiciário, considerando que este deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular.

Situando-se, pois, na esfera da “neutralidade política”, ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas.

Do que se pode concluir que os argumentos aqui aduzidos procuram inferir que a concretização judicial contramajoritária de Direitos Fundamentais, se adequadamente realizada, não implica uma usurpação das prerrogativas do Poder Legislativo, nem, tampouco, uma violação da legitimação democrática que o caracteriza, podendo resultar em um incremento da democracia.

Concluiu-se ainda que como aspecto fundamental a democracia deliberativa afirma acerca do Estado apenas que este deve ser democrático, e que essa democracia deve se organizar em moldes deliberativos, considerando que o núcleo material da

Constituição, enquanto parâmetro fundamental para a limitação da vontade majoritária, deve se circunscrever à esfera da neutralidade política.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Livia de Paiva Ziti. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais pela corte interamericana de direitos humanos (caso Brasil)* in: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS. Ano XXV, n. 28, jan.jun.2009. Pouso Alegre: FDSM, 2009.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*, 1992; NETO, Claudio Souza Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, São Paulo: Malheiros 2002.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. 5. ed. Alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ÀVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS. Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista do Direito Administrativo* n. 240, 2005.

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

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. trad. Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. rev. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília, 13. ed., 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, MS nº 9.944/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.06.2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CASSESSSE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad.: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CHEVALLIER, Jaques. *O Estado Pós-Moderno*. Prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia - Do Jurídico-constitucional nas Utopias Políticas*. Coimbra: Coimbra, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the people in court*, in *Alberta Law Review*, 28. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *O Império do Direito*. Ronald. O Império do Direito. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os Direitos à Sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Democracia Humana*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. Rev: Angelica Dogo Pretel e Vera Lúcia Bolognani. Produção: Plínio Martins Filho. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*. 2. ed. rev. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. V. 1

KELSEN, Hans. *A democracia*. (Trad.). Ivone Castilho Benedetti. et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad, João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos Fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. *Crítica da razão Pura*. 3. ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e de Alexandre Fradique Mourão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade – Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo* n. 220. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2009.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SALDANHA, Leonardo Tricot. *Legitimação política democrática e autonomia*. Porto Alegre: UniRitter, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 27 abr. 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa. A teoria discursiva do Direito no Pensamento de Jurgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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 constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in *Teoria dos Direitos Fundamentais* (obra coletiva), São Paulo: Renovar, 1999.

_____. A constituição ideal dos direitos: o liberalismo igualitário na obra de Santiago Nino. In: MACEDO, Ubiratan Borges de. (org.). *Avaliação crítica da proposta da democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Círculo de Estudos do Liberalismo; Londrina: Edições Humanidades, 2002.

_____. TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, p.356; Id. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FICHA CATALOGRÁFICA

An2481 Andrade, Régis Willyan da Silva.
A legitimidade da delimitação dos direitos fundamentais na esfera administrativa em face da teoria da democracia deliberativa/Régis Willyan da Silva. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2012.
107f

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo
Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Legitimidade. 2. Administração Pública e Democracia Deliberativa. I. Figueiredo, Eduardo Henrique Lopes. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 340