

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JUDICIALIZATION POLICY LEGAL AND BINDING OF PUBLIC ADMINISTRATION

Adriano de Bortoli¹

Marcos Leite Garcia²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Notas sobre a judicialização da política no Brasil; 2. Discursos acadêmicos e doutrinários a respeito da vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional; 3. A vinculação jurídica da Administração Pública nos discursos dogmáticos sobre o Estado de Direito; 3.1 A formação do Estado de Direito e o Império da Lei; 3.2 O Princípio da Legalidade Administrativa; 3.3 O Princípio da Legalidade no Estado Social de Direito; 3.4 Desafios dogmáticos para o Direito Administrativo no Estado Social; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO: O artigo propõe uma discussão sobre as consequências da judicialização da política no direito administrativo brasileiro a partir da análise da vinculação jurídica da Administração Pública. Objetiva-se apresentar elementos à análise da judicialização da política e da releitura do direito administrativo por meio de uma abordagem que explicita o papel da dogmática jurídica. Parte-se da hipótese de que a judicialização da política e suas consequências para o direito administrativo brasileiro tem relação direta com atuação deficitária da dogmática jurídica em estabelecer conceitos que atendam à complexidade normativa do texto da Constituição Federal de 1988. Conclui-se que a superação dos déficits que a dogmática do direito administrativo apresenta exige investigações voltadas

¹ Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - PPGD-UFSC. Professor substituto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Email: adbortoli@gmail.com.

² Doutor em Direito. Curso realizado integralmente na Espanha na Universidad Complutense de Madrid - UCM. Realizou pós-doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC. Professor do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - Cursos de Mestrado e Doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí - PPCJ-UNIVALI-SC. Email: mleitegarcia@terra.com.br.

para as bases teóricas que dão sustentação aos conceitos dogmáticos de modo a explorar qual o papel dos direitos fundamentais no léxico jurídico-administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política; Direito administrativo brasileiro; Dogmática jurídica.

ABSTRACT: The paper proposes a discussion on the consequences of the legalization of politics in the Brazilian administrative law from the analysis of the legal binding of Public Administration. Aims to present the elements of the judicialization of policy analysis and reinterpretation of administrative law through an approach that clarifies the role of legal doctrine. Part is the hypothesis that the legalization of politics and its consequences for the Brazilian administrative law is directly related to deficient performance of legal doctrine to establish concepts that meet the normative complexity of the text of the Constitution of 1988. We conclude that overcoming deficits that the dogmatic demands of administrative law presents investigations focused on the theoretical foundations that support the dogmatic concepts in order to explore the role of fundamental rights in the legal-administrative lexicon.

KEYWORDS: Judicialization of policy; Brazilian administrative law; Legal doctrine.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se volta para a perspectiva dos discursos acadêmicos e doutrinários vinculados à cultura jurídica e defensores de uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular no processo de ampliação judicial, visando estabelecer alguns elementos para a discussão do papel da dogmática do direito administrativo brasileiro na superação do déficit que este ramo ainda apresenta em relação ao constitucionalismo que emergiu na segunda metade do século passado.

1. NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Nos anos 1990, C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder traçaram linhas de análise comuns para uma pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário em vários países, as quais buscavam saber as consequências da expansão do Poder Judiciário no

processo decisório das democracias contemporâneas³.

Nessa pesquisa dois contextos revelariam de forma clara quando a política é judicializada pela adoção de métodos típicos de decisão judicial na solução de disputas e demandas nos espaços políticos: o contexto da ampliação das áreas de atribuições dos tribunais por meio do poder de revisão judicial dos atos legislativos e executivos, com fundamento na constitucionalização de direitos e na utilização dos mecanismos de *checks and balances*; e o contexto caracterizado pela introdução ou expansão do quadro de funcionários ou de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo⁴.

No Brasil a expressão "judicialização da política", originada com os estudos de Tate e Vallinder, vem sendo usada no debate público com diversas conotações, muitas delas por vezes contraditórias. Podem ser encontrados sentidos, como o empregado pelos juristas para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente e também, com sentido normativo, a referência ao ingresso em juízo de determinada causa⁵.

Para Gisele Citadino, o papel social que o Poder Judiciário vem assumindo desde o segundo pós-guerra é favorecido pela incorporação de valores nos textos constitucionais em forma de princípios jurídicos, o que viabiliza uma interpretação jurídica construtivista e constitui um processo de ampliação judicial que oportuniza diversas perspectivas⁶.

Essas perspectivas estão relacionadas com um fenômeno de normalização de direitos: com as transições pós-autoritárias e o surgimento de constituições democráticas - tendo por como uma de suas consequências o fortalecimento das instituições garantidoras do Estado de Direito, com destaque para o Ministério Público e a Magistratura -; com as investigações de casos de corrupção que

³ MACIEL, Débora Alves; KORNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises, **Lua Nova**, nº57, São Paulo, 2002, pp. 113-133.

⁴ MACIEL, Débora Alves; KORNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. pp. 113-133.

⁵ MACIEL, Débora Alves; KORNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. pp. 113-133.

⁶ CARRACEDO, José Rubio. *Constructivismo, utopia y ética: la legitimación ética del poder*, **Revista de Estudios Políticos**, n. 40, jul./ago. 1984, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

envolvem a classe política, com as discussões a respeito da criação de algum poder judicial internacional ou transnacional; e, por último, com o surgimento de discursos acadêmicos e doutrinários, no campo da cultura jurídica, defensores de uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular⁷.

Na introdução do livro que resultou da ampla pesquisa realizada sobre a atuação do Poder Judiciário, no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, Luiz Verneck Vianna⁸ situa o leitor quanto a quatro aspectos que envolvem a problemática da judicialização da política: as consequências da implantação do *Welfare State*; o eixo analítico do procedimentalismo; o eixo analítico do substancialismo; e, a história brasileira das Constituições democráticas republicanas.

Para o cientista político fluminense o contexto que envolve o processo de judicialização da política e das relações sociais está afeito à radicalização do princípio da igualdade, baluarte da democracia, e no reconhecimento do valioso papel que ocupa a força normativa da Constituição⁹.

A mudança operou-se concretamente na medida em que determinados espaços da vida social passaram a ser institucionalizados por meio do reconhecimento de direitos. Nesse contexto ocupa especial destaque o Direito do Trabalho, fruto das lutas dos movimentos sociais no final do século XIX e início do século XX, que “conferiu um caráter público a relações da esfera privada, como o contrato de compra e venda da força de trabalho” e “infiltrou no campo do direito um argumento de justiça”. Com a regulação jurídica das relações entre empregadores e empregados, deslocando-se para a esfera pública as decisões que antes se davam na esfera da autonomia privada, o modelo liberal sofrerá sua primeira publicização¹⁰.

⁷ CITADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU** - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004.

⁸ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. pp. 15.

¹⁰ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. pp. 15.

A conquista de direitos se deu por meio dos instrumentos político-institucionais do Estado Liberal e da Democracia Representativa, resultado da sedimentação e expansão do núcleo de valores que passaram a ser defendidos pela maioria eleitoral nos processos de sufrágio. Tal mudança serviu também para a posterior configuração do Estado de Bem-Estar sob os pilares do dirigismo econômico keynesiano e de valores como a proteção do economicamente desprotegido¹¹.

Outro aspecto da publicização operada pelo modelo do *welfare* surgiu com a mudança da concepção de tempo referida ao passado, geradora de certeza e segurança jurídica (Estado Liberal), para a concepção de tempo referida ao futuro, promocional¹².

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

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

Todos esses elementos formam uma combinação descrita por Vianna¹³ com o seguinte teor:

Assim, se o *welfare* é filho dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da ação parlamentar, o *Welfare State*, sem prescindir desse "circuito" para a formação da vontade coletiva, combina-o com aquele que é próprio do corporativismo moderno, dominado pela representação funcional de grupos de interesse, organizados sob a arbitragem do governo. Tem-se, então, que a abdicação do

¹¹ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. pp. 23.

¹² VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. pp. 35.

¹³ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. pp. 18.

Legislativo na administração da política do *welfare*, aliada à capacidade de o Estado gerir o "circuito" da representação funcional, seriam os elementos responsáveis pela configuração da outra face do *Welfare State* – a do Estado Administrativo, com sua burocracia autonomizada do controle político, tutelando de modo paternalista cada região da vida social. Do *Welfare State* derivaria, por isso, um onipresente aparelho administrativo, inacessível à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes, gerando um 'sentimento de impotência e abandono' em todos aqueles que não conseguem se reunir em 'grupos poderosos com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática'.

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

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

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

então, às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências¹⁴.

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

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

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

¹⁴ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. pp. 19.

(...)

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

Fazer com que a efetividade dos direitos seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade¹⁵.

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

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

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

¹⁵ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. pp. 21-23.

Nessa nova arena surgem dois eixos analíticos que tentam garantir as promessas jurídico-políticas dos direitos fundamentais: o eixo procedimentalista - o qual exige uma cidadania ativa, cuja prática leve a um contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária, que vê consequências ruins da invasão da política pelo direito em nome da agenda igualitária e com cidadania passiva, clientelista: gozo passivo de direitos; privatização da cidadania; paternalismo estatal; clericalização da burocracia; justiça de salvação. Em suma, indivíduos clientes de um Estado providencial; e o eixo substancialista, o qual defende que as novas relações entre direito e política, por meio da criação jurisprudencial do direito, são favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade¹⁶.

2. DISCURSOS ACADÊMICOS E DOUTRINÁRIOS A RESPEITO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A perspectiva dos discursos acadêmicos e doutrinários sobre a vinculação jurídica da Administração Pública no momento histórico do Estado Constitucional¹⁷, ou, na expressão utilizada por Luiz Verneck Vianna "Nova Arena Pública", é compreendida aqui como sendo central para a análise da dogmática do direito administrativo e está assentada em alguns argumentos que precisam ser detalhados.

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

¹⁶ VIANNA, Luiz Verneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.**

¹⁷ O advento das Constituições da segunda metade do século passado propicia o surgimento de uma nova concepção de Estado de Direito que nos últimos anos vem sendo denominada de Estado Constitucional de Direito, caracterizada pela rigidez constitucional, pela impossibilidade de alteração dos direitos fundamentais e pela sujeição de todos os poderes aos direitos fundamentais.

Nesse aspecto convém observar o posicionamento defendido por Germana de Oliveira Moraes, suas implicações na dogmática do direito administrativo e a proposta de mudanças conceituais como a da substituição do princípio da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade e suas consequências para com o controle jurisdicional de atividades administrativas não vinculadas¹⁸.

Outro aspecto do olhar diferenciado para o controle jurisdicional do poder executivo pode ser observado na rigidez da fórmula do Princípio da Separação dos Poderes - que serviu e ainda serve de fundamento para que o Poder Judiciário não invada o mérito administrativo-¹⁹.

Essa formulação deve ser confrontada com os elementos teóricos do Estado Constitucional de Direito para saber se a rigidez invocada na defesa de posicionamentos que se propõem técnicos e dogmáticos resistem à análise teórica dos modelos normativos de Estado de Direito que lhes dão sustentação. Isso, principalmente, em razão das suas profundas diferenças em relação ao modelo normativo do Estado Liberal que orientou e, ainda, tem orientado boa parte da dogmática administrativista²⁰.

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

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

¹⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Brasília: Ed. Fórum, 2007.

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

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

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

Circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por êle exercida.

(...)

Ó mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dêle em função das normas da boa administração (...) é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que tôda medida administrativa tem de levar em conta.

(...)

Praticamente o mérito se traduz na apreciação quase pessoal do agente sôbre certos fatos, circunstâncias ou coisas, apreciação que o pode levar a agir num sentido ou noutro e até a abster-se de qualquer ação ²¹.

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

²¹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. **RDA**, São Paulo, Seleção Histórica, p. 189-203, 1995.

Os enlaces entre os modelos normativos de Estado de Direito e os conceitos dogmáticos produzidos em consonância ou dissonância com eles são observados em autores dogmáticos, como na classificação feita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que divide a "evolução científica do Direito Administrativo" em quatro momentos, cada qual com um método distinto: o método exegético e seu apego à legalidade, próprio do Estado Legislativo; o método histórico-político, no contexto do Estado de Direito; o método técnico-jurídico, transição do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social; e o método lógico-formal, característico do Estado Democrático de Direito²².

A revisão, por isso, de doutrinas referendadas por diversos autores num movimento de reforço de tradições interpretativas, acentuadamente exegéticas, parece encontrar espaço nesse processo de ampliação judicial. E apontam para outro aspecto merecedor de atenção. Muito embora a importância das cúpulas Judiciárias seja inegável para fazer com que a Constituição se concretize, ainda persiste um problema, apresentado por João Maurício Leitão Adeodato, que exige um repensar "da dogmática jurídica filosoficamente tradicional e juridicamente despreparada, a qual 'destemporaliza' o texto"²³.

A preocupação do jurista pernambucano é com o que ele denomina de reificação e casuísmo presentes na estratégia política do Judiciário, tendo em vista que a variação das fundamentações dificulta a unificação da jurisprudência em geral e o seu discurso jurídico entende os textos jurídicos como "meros descritores de 'coisas' ('natureza jurídica' disso ou daquilo); não como parte de procedimentos jurídicos em construção"²⁴.

Essa preocupação serve de estímulo para se buscar novos horizontes para a dogmática jurídica que possam atender as exigências de concretização da Constituição e enfrentar possíveis insuficiências geradas pela reificação e pelo casuísmo.

²² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

²³ ADEODATO. João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. Porto Alegre, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 2, p.169-188, jan./mai. 2004.

²⁴ ADEODATO. João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira. p.173.

Outro fator importante, no contexto da cultura jurídica, está na compreensão da jurisdição constitucional como expressão da democracia no Estado Constitucional de Direito, pois o conjunto de valores positivados nas constituições do Estado Social impõe ao judiciário o atendimento de demandas coletivas que antes faziam parte somente da disputa política dos atores sociais nos parlamentos²⁵.

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

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

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

A temática da vinculação jurídica da Administração Pública acompanha os problemas centrais de concretização do modelo normativo do Estado de Direito que pode ser resumido, conforme aponta Forsthoff²⁶, ao objetivo de: "dar às

²⁵ VIANNA, Luiz Verneck. Poder Judiciário. "Positivção do Direito Natural" e Política, Rio de Janeiro, **Estudos Históricos**, n. 18, p. 1-20, 1996.

²⁶ FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 117.

relações do indivíduo com a Administração, dentro do Direito administrativo atual, uma forma jurídica adequada a um Estado de Direito”²⁷.

Essa formulação pode ser alcançada tanto pela observação do percurso traçado pela publicística alemã, francesa, belga, portuguesa ou italiana que influenciaram a construção da dogmática do Direito Público brasileiro, em particular o Direito Administrativo²⁸; como pela concepção de Stahl sobre a semelhança e diferença existente entre a Administração e a atividade judicial, na qual para esta o Direito é um fim em si mesmo e para aquela é um meio para se alcançar um fim²⁹.

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

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

Pode-se afirmar que a legitimação jurídica do Estado está associada ao processo de construção não só teórica ou filosófica do Estado moderno, mas às mudanças institucionais ocorridas durante os séculos XVIII e XIX na Europa e Estados Unidos que criaram um espaço jurídico distinto do Direito Privado, pautado pela relação entre súdito e soberano (Estado de Polícia³⁰) e entre cidadão e governante (Estado de Direito).

²⁷ Assim, “*dar a las relaciones del individuo con la Administración dentro del Derecho administrativo actual una forma jurídica adecuada a un Estado de Derecho*” Tradução livre dos autores.

²⁸ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2003.

²⁹ FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. p. 117.

³⁰ O Estado sob o regime de polícia (*Der polizeistaat*) na Alemanha, descrito por Otto Mayer, se caracterizará por: **a) Papel do Príncipe** -pertence ao príncipe como coisa própria a tarefa imensa de perseguir o fim do Estado e frente aos súditos, seu poder não tem limites jurídicos: o que quiser será obrigatório; **b) Funcionários** - seu papel é determinado pelo Príncipe com a existência de centros administrativos, os conselhos de polícia: “*Ellos están sometidos, por su lado, a una disciplina y a una vigilancia severa de sus superiores, y sobre todo del soberano administrador, del príncipe en persona. Suservicio está reglados en todas sus partes por instrucciones minuciosamente detalladas. A cada instante una orden especial puedesorprenderlos para imponerles la ejecución de algún acto extraordinario*”. p. 49; seus atos estão submetidos à autoridade

A síntese do modelo normativo de Estado de Direito fornecida por Zagrebelsky³¹ apresenta-se bastante apropriada para traçar os principais pontos de conflito que o conceito enfrentará:

O Estado de direito indica um valor e alude somente a uma de suas direções de desenvolvimento da organização do Estado, mas não encerra em si consequências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constituía a quintessência do **Machtstaat** e do **Polizeistaat**: não mais **rex facit legem**, mas **lex facit regem**.³²

do príncipe, podendo ser anulados e avocados. Os funcionários representavam o príncipe e o Estado frente aos súditos – com poderes ilimitados – ou seja, uma espécie de príncipe; **c) Princípio da independência dos juízes** – consiste na possibilidade de extinção de processos por atos de soberania do príncipe. Na Prússia, sob Frederico, o Grande, se impediu o uso da soberania para fins de justiça – uma espécie de separação de poderes. Havia um contraste entre a justiça e a administração pautado pelo direito de editar leis, reconhecido como uma prerrogativa dos príncipes – como ordem geral dirigida aos súditos, que se publica. Quando o príncipe edita uma regra de direito civil, aborda uma matéria que está fora de sua influência direta. Editada, é inviolável pelo poder público: sua aplicação só depende do juiz, que está obrigado a aplicá-la e o príncipe não pode dispensá-lo. A lei de polícia é distinta: o príncipe poderia decidir sobre casos individuais e o faz de forma geral. Por essa razão as leis de justiça são obrigatórias para o governo – são direito e as leis de polícia são ordens publicadas meramente por razões de utilidade prática. No período de polícia existe efetivamente um direito civil, um direito penal, um direito processual: um direito de justiça. Entretanto, não há direito público, pois não existem regulamentos que sejam obrigatórios para a autoridade frente ao súdito. O Direito civil era utilizado para fazer a distinção entre o príncipe como ente privado (atos de gestão) e somente como príncipe (atos de império). Essa competência dos juízes permanece intacta até que se suprime por completo a jurisdição do império. Conforme aumenta o regime de polícia, cresce sua importância. Para a competência dos tribunais civis o essencial é que o Estado esteja submetido ao direito civil. Isto importa na questão de saber se existe um direito para o estado, porque fora do direito civil não existe direito; **d) O Estado Onipotente e o Direito.** O surgimento da doutrina do Fisco, derivada do direito romano, e estruturada na distinção entre os bens privados do príncipe e do Estado (administrados pelo fisco) tem como consequência a personalização jurídica do Fisco, ou seja, o Estado se apresenta como pessoa jurídica: “Cada vez mais se abre o caminho para a idéia de que o conjunto de direitos de supremacia – a universalidade do poder soberano – deve reputar-se pertencente sob todas as suas formas ao Estado, em cujo nome se exerce”. p. 61. A existência de duas pessoas jurídicas, de um lado o Fisco (Estado considerado como sociedade de interesses pecuniário ou pessoa jurídica de direito civil – o homem privado ordinário – submetido ao direito civil) e de outro o Estado propriamente dito – a associação política, a pessoa jurídica de direito público (expressão negativa por excluir o direito civil – Direito de Magestade, de Soberania), ou seja, somente mediante a criação de uma pessoa jurídica distinta, conexa, mas de caráter inferior, o direito civil e a jurisdição civil puderam se fazer aplicáveis. O Estado unicamente tem o poder público. A forma geral sob a qual a tua o poder público é o mando ou o emprego da força. Onde haja mando ou coerção existe o Estado. Em todos os demais casos se trata do Fisco. MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 47-66.

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995. p. 21.

³² “El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es

A utilização do modelo normativo do Estado de Direito servirá, conforme uma concepção de organização estatal apoiada no princípio de autoridade, ora para conteúdos orientados pelo Despotismo ilustrado e a concepção de Estado de Razão. Ora para defini-lo exclusivamente como formal, afastando-se qualquer vinculação da autoridade estatal aos conteúdos e fins da ação do Estado, bem como por experiências totalitárias que se apresentaram como restauração do Estado de Direito, tendo em vista a perda de autoridade ocorrida nos regimes liberais e democráticos pautados por tendências ilegais, fragmentárias e anárquicas³³.

Outra vertente crítica apontará que o Império da Lei traduz-se - no aspecto político da formulação liberal do Estado de Direito - na soberania do poder legislativo, pois a vontade geral só é soberana quando atua por via geral e abstrata, ou seja, no seu momento legislativo. Assim, dentre os órgãos constitucionais - e das forças sociais que os hegemonizam - será soberano quem detiver a função legislativa³⁴. O que, para Rogério Ehrhardt Soares³⁵ significa:

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

*la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del **Machtstaat** y del **Polizeistaat**: no más **rex facit legem**, sino **lex facit regem**". ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil - ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995. p. 21. A bibliografia sobre o tema é bastante vasta, cabendo citar alguns títulos que compõem o levantamento bibliográfico inicial: COSTA, Pietro et. ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; COSTA, Pietro. **Civitas: storia della cittadinanza in Europa**. v. 4 *L'Età dei totalitarismi e della democrazia*. Bari: Laterza, 2001; VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**. Bologna: Real Colegio de España, 1975.*

³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 23.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 1987.

³⁵ SOARES, Rogério E. Princípio da legalidade e Administração constitutiva, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, LVII (1981), p. 90.

Em oposição ao modelo do Estado Legislativo, criticado acima, surge a concepção de Estado de Direito que na Alemanha se caracterizou por herdar do regime de polícia a soberania absoluta do Estado e a submissão de certa esfera das suas atividades ao direito civil e a jurisdição civil e se constituiu sob a fórmula de *Rechtsstaat* por haver: a) estabelecido a forma jurídica para a organização e exercício do poder soberano; b) afirmado o direito público como o direito próprio das relações entre Estado e súdito, não mais uma esfera na qual, por oposição a do direito civil, não existe direito quando se trata de relações entre Estado e súdito; c) reservado ao direito público administrativo as questões relativas à administração; d) afirmado o papel da lei e da participação popular na sua formulação; e) assumido a separação de poderes e submissão à lei – justiça e administração sob a lei; f) incorporado a ideia de ato administrativo como similar de sentença; e g) afirmado a não submissão da administração ao poder judiciário³⁶.

3.2 O Princípio da Legalidade administrativa

Manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa³⁷ e reação direta contra as técnicas de governo do Absolutismo, o Direito Administrativo, está a serviço de uma ideia substancial de Direito: assegurar a liberdade do cidadão, daquele que no período pré-revolucionário estava situado apenas como simples súdito passivo em relação a um poder “alheio e transcendente”³⁸.

A consolidação desta concepção de Direito, que necessariamente está vinculada a uma concepção de Estado de Direito, vai influenciar toda orientação política ocidental até nossos dias. Três aspectos são fundamentais para se entender o princípio da legalidade: 1º) toda atividade administrativa - e não só as atividades privadas da Administração, como no Estado de Polícia - fica subordinada à lei;

³⁶ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

³⁷ BURDEAU, François. **Histoire du droit administratif** – de la Révolution au début des années 1970. Paris: Presses universitaires de France, 1995.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de derecho administrativo**, Tomo I. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 362.

2º) a atividade administrativa, com base na sua submissão à lei, assume caráter jurídico e 3º) com base na sujeição da Administração ao controle dos tribunais, os particulares adquirem garantias que lhes asseguram o cumprimento da lei pela Administração.

A construção histórica do princípio se deu a partir de dois casos: o primeiro, característico da Alemanha³⁹, é o da preferência ou prevalência da lei, em que a vinculação legal da Administração se traduzia na obrigatoriedade de não violar a lei, de atuar dentro dos seus limites, já que ela possuía preferência face às restantes atividades do Estado. A supremacia da lei significava, tão somente, que os atos de grau inferior não podiam ser dirigidos *contra legem*⁴⁰.

A segunda fase se dá no momento em que se observa o princípio de reserva de lei, presente no "monismo" parlamentar francês. Não bastava que os atos da Administração não violassem a lei e os direitos subjetivos que esta consagrava, mas exigia-se também que certos domínios - a liberdade e a propriedade individuais - só pudessem ser regulados por lei ou com base numa lei⁴¹. Entretanto, o gradual aperfeiçoamento da produção legislativa somado ao aumento da importância do Parlamento dentro da monarquia constitucional propiciou a mudança do princípio da reserva da lei para princípio da reserva total de lei, segundo o qual toda a atividade administrativa, independentemente da natureza que revestisse ou da área em que se verificasse, pressupunha a existência de um fundamento legal, ou seja, um processo de execução da lei. O problema se concentrava em determinar o sentido desse processo executivo⁴².

A primeira tentativa de solução do problema considerou tal execução uma simples particularização na atuação concreta dos mandados abstratos das normas, apoiada no exemplo histórico da sentença judicial aplicadora da lei

³⁹ STOLLEIS, Micheal. **Publiclaw in Germany**. 1800-1914. New York: Bregan Books. 2001.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 23.

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. 1987.

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 23.

própria das práticas processuais revolucionárias francesas. Sob tal esquema judicial se forjou o conceito chave de ato administrativo⁴³.

Essa solução foi repudiada mais tarde ao se verificar que não se pode explicar a posição da lei frente à Administração com o mesmo raciocínio da posição da lei frente aos Tribunais. A diferença foi teoricamente apresentada por Friedrich Julius Stahl: os Tribunais têm como função própria realizar a execução da lei (adequação da hipótese normativa ao caso concreto), já a Administração tem como função própria realizar os diversos fins públicos materiais, devendo fazê-lo dentro dos limites da lei⁴⁴.

No início essa ideia de discricionariedade, posteriormente denominada de doutrina da vinculação negativa da Administração, possibilitou o surgimento do vazo autocrático na Administração pública ao admitir a liberdade da atuação administrativa resumida a fórmula: a Administração poderia fazer não só o que a Lei expressamente autorizasse, mas tudo aquilo que a Lei não proibisse⁴⁵.

A reação a esta doutrina se deu por meio da produção teórica sob influência kelseniana, que teve como figura principal o administrativista Adolf Merkl. Esta nova concepção, chamada de vinculação positiva da Administração pela legalidade, defende o condicionamento da Administração no seu conjunto ao Direito Administrativo e de cada ação administrativa isolada a um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação. Portanto, se uma ação pretende apresentar-se como ação administrativa deve ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, senão não poderá ser compreendida como ação do Estado⁴⁶.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. p. 362.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de derecho administrativo**. 1981.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de derecho administrativo**. 1981.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de derecho administrativo**. 1981.

3.3 O princípio da legalidade no Estado Social de Direito

A consagração constitucional dos direitos sociais como se pode pensar à primeira vista não é o que define o Estado Social, tendo em vista a existência de antecedentes de assistência social no Estado liberal, como as *poorlaws* no século XVII na Grã-Bretanha, que tentavam organizar a assistência social de forma sistemática⁴⁷, bem como na França, na proposta de Robespierre⁴⁸ para a nova Constituição e com previsões constitucionais para seguros sociais e ensino⁴⁹, ambas em 1793. Mas, sim, a mudança das concepções políticas, agregadas à necessidade de dar respostas à nova sociedade que começa a se estruturar, caracterizada pela cultura de massas, planificação - inclusive capitalista -, sociedade de consumo, constante progresso da técnica⁵⁰ que dão as condições necessárias e impulsionam este novo *ethos*. Destacam-se, nesse cenário, como pensadores de uma política de reforma social, Lorenz von Stein⁵¹ e Ferdinand Lassalle⁵².

Stein percebe as mudanças que estão ocorrendo nos anos quarenta e cinquenta do século XVIII como uma transição do período dominado pela revolução e pela reforma política para o da reforma social. No curso de sua teoria social, resumida

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de derecho administrativo**. 1981.

⁴⁸ X. A sociedade é obrigada a prover a subsistência de todos os seus membros, seja fornecendo-lhes trabalho, seja garantindo os meios de subsistir àqueles que estão impossibilitados de trabalhar.

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

⁴⁹ Art. 21. – Lessecourspublicssont une dettesacrée. La sociétédoitlasubsistanceauxcitoyensmalheureux, soitlenleurprocurantdutavail, soitlenassurantlesmoyens d’existereux à ceux que sonthors d’état de travailler.

Art. 22. – L’instruction est lebesoin de tous. La sociétédoitfavoriser de tout sonpouvoirlesprogrès de laraison publique, et mettrel’instruction à laportée de touslescitoyens.

⁵⁰ DÍAZ GARCÍA, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Ed. Cuadernos para el diálogo, S.A., 4ª ed., Madrid 1972.

⁵¹ Sobre a Teoria da Sociedade de Von STEIN cf. GARCIA-PELAYO, Manuel. **Escritos Políticos y Sociales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 121-155.

⁵² Lassalle foi figura marcante na história política prussiana. Dentre os vários escritos que deixou destacam-se o Manifesto Operário e, particularmente ao Direito Constitucional, “E agora o quê?” no qual defende a tese da Constituição como folha de papel à mercê das forças reais de poder. Sobre o autor ver: LASSALE, Ferdinand. **Manifesto Obrero y otros escritos políticos**. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 337 p.

a poucos aspectos para os fins deste estudo, Stein vai insistir numa relação dialética entre Estado e Sociedade como contingente à vida da comunidade. Essa ciência da sociedade é resumida por Garcia Pelayo⁵³ nos seguintes termos:

a) Teoría do conceito de sociedade e orden social, quer dizer, do principio da sociedade e da natureza de suas forças e contradicções, graças ao qual se obterá o conhecimento das leis do movimiento social.

b) História da sociedade: a descoberta dos principios e das leis do movimiento social abre à investigação um campo apenas conhecido, abre perspectivas extraordinárias ao conhecimento histórico que, segundo Stein, e se se faz abstração de poucas e honrosas exceções, o havia sido até então mais que uma descrição, mas não uma compreensão dos fatores que movem a história, uma exposição de fatos, mas não uma penetração na verdadeira vida.

c) Exposição dos principios por meio dos quais a ordenação estatal é dominada pela ordenação social

d) Teoría da reforma social, que se desdobre, por sua vez, em: 1) a demonstração de que o próprio interesse da sociedade exige a reforma, e 2) a exposição das leis e instituições destinadas a dar-lhe cumprimento⁵⁴.

Ao contrário de Marx, Stein defenderá que a solução para a questão social - marcada por posições contraditórias entre possuidores e não possuidores e a possibilidade desses últimos alcançarem a liberdade (autonomia da

⁵³ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Escritos Politicos y Sociales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 132.

⁵⁴ a) *Teoría del concepto de sociedad y del orden social, es decir, del principio de la sociedad y de la naturaleza de sus fuerzas y contradicciones, gracias a lo cual se obtendrá el conocimiento de las leyes del movimiento social.*

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

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

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

personalidade) - passará pela reforma social com o acesso dos trabalhadores ao capital e a consequente eliminação da relação de dependência desses em relação aos capitalistas⁵⁵.

A esse posicionamento pode-se acrescentar o conceito de Monarquia Social, que acentuará o caráter conservador do pensamento de Stein. A fórmula monárquica, para o sociólogo, é a mais apta a mediar o conflito entre os interesses sociais e encarna em si a própria ideia de Estado. A sua condição de não deterioração em despotismo é a reforma Social⁵⁶.

A tese da Monarquia Social será defendida por Lassalle no decorrer de sua militância política em favor da classe trabalhadora, muito embora tenha sido preso diversas vezes em razão de seus posicionamentos favoráveis à democracia. A proximidade com o pensamento de Stein é perceptível em uma das formulações do intelectual austríaco que se tornou famosa nos meios jurídicos a respeito da Constituição real e da Constituição escrita⁵⁷.

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

Gerhard A. Ritter⁵⁸ esclarece que muitos fenômenos foram responsáveis pelo surgimento de novas formas de seguridade social - num contexto permeado por mudanças sociais e econômicas rápidas, crescimento da população, industrialização, urbanização, migrações internas, secularização e mobilização política das massas -:

⁵⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Escritos Políticos y Sociales**. 1989.

⁵⁶ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Escritos Políticos y Sociales**. 1989.

⁵⁷ LASSALE, Ferdinand. **Manifiesto Obrero y otros escritos políticos**. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁵⁸ RITTER, Gerhard A. **El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional**. Madrid: Ministerio do Trabajo y Seguridad Social, 1991. p. 85.

A dissolução da sociedade estamental e da estrutura gremial, a perda de significação assistencial contra as necessidades; a crise do sistema tradicional de assistência, baseado na ajuda local e na responsabilidade dos municípios em que se havia nascido, crise produzida por consequência da imigração masiva da mão-de-obra e do proceso de urbanização: a crescente dependência dos mercados de trabalho capitalistas, nos quais o nível dos salarios não se fixa pelas necessidades dos trabalhadores, mas pelas leis do mercado: a perda de significação da agricultura e do trabalho doméstico e consequente retrocesso das possibilidades de trabalho para crianças, mulheres e idosos, e a maior dependência da renda de quem trabalha: o surgimento e incremento do proletariado industrial; o aumento do risco de acidentes de trabalho; o perigo crescente do desemprego decorrente das oscilações na conjuntura econômica e as novas formas de miséria massiva a elas associadas, assim como sua conceituação como "questão social".

Novais⁵⁹ ainda ressalta o papel da I Guerra Mundial no curso dessas mudanças relativas à compreensão da sociedade e do Estado:

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

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito.** p. 191.

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

O conceito, desenvolvido por Ernst Forsthoff, traduz-se nas seguintes categorias: *espaço vital*, que é o conjunto de bens, serviços, relações e situações materiais ou culturais em cujo âmbito o homem desenvolve a sua existência; dentro dele há o espaço vital dominado e o espaço vital efetivo. O primeiro é integrado por tudo que lhe é atribuído – independentemente da condição de proprietário – de forma tão íntima ou intensa que o homem concreto pode permanentemente dispor e utilizar numa relação de senhorio ou predomínio (é, assim, o caso da sua propriedade, do seu poço, da sua casa, da sua oficina ou do seu posto de trabalho na fábrica); o espaço vital efetivo é constituído, por sua vez, por todos os bens ou serviços que o homem não domina, que lhe são alheios, mas em cujo âmbito decorre efetivamente a sua existência concreta, como o sistema de transportes e telecomunicações, os serviços de água, eletricidade, gás, o ordenamento urbanístico⁶⁰.

Ao analisar as alterações produzidas no espaço vital a partir do século passado, Forsthoff conclui pela constatação de duas tendências irreversíveis: por um lado, as grandes concentrações urbanas e os deslocamentos das populações dos seus locais de origem provocam uma redução decisiva do âmbito do *espaço vital dominado*; paralelamente, o progresso tecnológico compensa aquela redução através do alargamento constante do *espaço vital efetivo*. Esta transformação nas condições de desenvolvimento da existência – em que tendencialmente o homem perde o domínio e controle sobre um cada vez mais amplo conjunto de bens e serviços que utiliza para viver – repercute-se decisivamente no plano das funções do Estado, na medida em que a diminuição progressiva da autossuficiência (relativamente à qual não se pode fazer uma valoração negativa, pois este processo pode ir a par e ser sentido como um aumento da liberdade perante o Estado e da felicidade individual) deve necessariamente ser

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 191.

compensada por uma atividade do Estado dirigida a assegurar as condições vitais de existência de que o homem carece, ou seja, pelo *daseinsvorsorge*⁶¹.

3.4 Desafios dogmáticos para o Direito Administrativo no Estado Social

A partir do momento que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 inseriu a fórmula *sozialerRechtsstaat* em seu texto, a doutrina constitucional alemã se deparou com o problema da compatibilização do novo princípio com o velho quadro conceitual do Estado de Direito⁶².

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

Dois posições se contrapunham a respeito do novo princípio: a) a da defesa da compatibilidade entre Estado de Direito e Estado social que via no *sozialerRechtsstaat* um conceito que refletia a especificidade da nova ordem constitucional enquanto expressão contemporânea do ideal de *Estado de Direito*, tendo como expoente maior Wolfgang Abendroth; b) a da defesa da incompatibilidade conceitual de um Estado social de Direito, cujo expoente maior foi Ernest Forsthoff⁶³.

A adoção da expressão Estado Social de Direito impõe algumas mudanças voltadas para a garantia dos direitos fundamentais como fim basilar do Estado, bem como a exigência da racionalização de toda a sua atividade em função deste objetivo. De maneira geral, o Estado não só está obrigado a omitir todos os

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 191.

⁶² A Constituição da Baviera (2 de dezembro de 1946) previa em seu art. 3º que: *Bayern isteinRechts-Kultur-undSozialstaat* (Bayern é um Estado de Direito, Cultural e Social). A Carta Magna de Baden (22 de maio de 1947) em seu artigo 50 consagrava: *Baden isteindemokratischenundsozialerFreistaat* (Baden é um Estado Democrático, liberal e social). Rheinland-Pfalz (Constituição de 18 de maio de 1947, artigo 74) e Württemberger-Baden (Constituição de novembro de 1946, art. 43, 1) empregavam: *eindemokratischesundsozialerVolksstaat* (Estado democrático, social e popular). VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**. 1975.

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 25.

comportamentos violadores da esfera de autonomia dos cidadãos, mas também deve criar as condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade da pessoa humana⁶⁴.

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

⁶⁴ Para um Estado ser considerado como Estado de Direito liberal ou social, segundo a análise desenvolvida por Ferrajoli, há que se observar o caráter dos Direitos incorporados pelo ordenamento constitucional. Existem, portanto, dois tipos de Direitos: a) **direitos de**, ou faculdades de comportamentos próprios, aos quais correspondem *proibições*, ou deveres públicos de não fazer, podendo-se citar como exemplos as liberdades fundamentais; e b) **direitos a**, ou, expectativas de comportamentos alheios, aos quais deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

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

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

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

As garantias liberais ou negativas, baseadas em proibições, servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré políticas de existência: a vida, as liberdades, as imunidades frente aos abusos de poder e, hoje há que se acrescentar, a não nocividade do ar, da água e em geral do ambiente natural; as garantias sociais ou positivas, baseadas em obrigações, permitem pelo contrário pretender ou adquirir condições *sociais* de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e tem como tais uma função conservadora; as segundas se dirigem ao futuro e tem um alcance inovador. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 862.

igualmente contra os poderes particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas como direitos contra terceiros⁶⁵.

Esse novo quadro institucional exigirá mudanças profundas na dogmática publicista, particularmente no Direito Administrativo. Os movimentos observados na constituição do campo teórico específico do Direito Público com a fixação de seus princípios basilares e a sua diferenciação da dogmática privatista terão um novo desafio: renovar o discurso dogmático construído no Estado Liberal por meio de técnicas e princípios coerentes com a garantia dos direitos fundamentais prestacionais⁶⁶.

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

A dificuldade da dogmática do Direito Administrativo⁶⁷ apresentar soluções para esta nova realidade que se apresenta está diretamente conectada à compreensão da vinculação da Administração Pública à legalidade e registra um momento de superação:

Começando na primeira guerra mundial, e mais intensamente ainda sob a Constituição de Weimar, a Administração passou a resolver os assuntos administrativos evitando a ordenação soberana e somente segundo os princípios do Direito privado ou por meio de forma de organização nas quais se apresentavam unidos elementos de Direito público e de Direito privado. Estes fenômenos não puderam ser apreendidos com as categorias de Otto Mayer, e há que atribuir a influencia de sua obra que a ciência do direito administrativo necessitasse muito mais tempo antes de perceber que se encontrava perante elementos novos e

⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 85.

⁶⁶ FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. p. 89.

⁶⁷ RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"**. Acessado em 04/05/2008. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/>

permanentes de nossa ordem administrativa, nos quais haviam encontrado sua expressão característica e tendências essenciais de desenvolvimento ⁶⁸.

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

⁶⁸ FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. p. 91. "Comenzando en la primera guerra mundial, y más intensamente todavía bajo la Constitución de Weimar, la Administración pasó a resolver los asuntos administrativos evitando la ordenación soberana y sólo según los principios del Derecho privado o por medio de formas de organización en las que se daban unidos elementos de Derecho público y de Derecho privado. Estos fenómenos no pueden ser ya aprehendidos con las categorías de Otto Mayer, y hay que atribuir a la influencia de su obra, el que la ciencia del Derecho administrativo necesitase mucho tiempo antes de percibir que aquí se encontraba ante elementos nuevos y permanentes de nuestro orden administrativo, en los cuales habían encontrado su expresión característica tendencias esenciales del desarrollo."

O repensar da dogmática administrativista, contudo, exige a devida cautela para que o combate à autonomia da Administração não seja feito por meio da autonomia da jurisdição, invocando-se a defesa da democracia e do Estado Constitucional e anulando-se a discricionariedade política da *interpositiolegislatoris*. As iniciativas conhecidas como judicialização da política podem refletir opções ideológicas contrárias ao paradigma do Estado Constitucional e, ao invés de reforçar o lugar dos direitos fundamentais, podem enfraquecê-los.

Não é forçoso lembrar que os limites e vínculos aos direitos fundamentais no Estado de Direito recaem sobre todos. Essa medida de igualdade entre os titulares desses direitos impõe a qualquer espécie de controle a mesma observância dos direitos fundamentais que se espera dos controlados.

O paradigma do Estado Constitucional oferece também uma oportunidade para se elaborar um novo modelo de direito administrativo, pautado pela ideia de especialização como uma de suas características, talvez a menos importante, mas também voltado à ideia de integração com os elementos que constituem a esfera pública, notadamente aqueles que põem os direitos fundamentais e seu sistema de garantias no centro das preocupações dogmáticas e reacomodam os elementos de ordenação, ou organização, administrativa intrinsecamente relacionados com a estrutura burocrática e seu caráter instrumental a serviço das maiorias eventuais que a controlam. Ou, dito em outras palavras, uma republicação do direito administrativo sob as bases do paradigma do Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito**

BORTOLI, Adriano de; GARCIA, Marcos Leite. Judicialização da política e vinculação jurídica da Administração Pública. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

administrativo. 3ª ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BORTOLI, Adriano de; GARCIA, Marcos Leite. Judicialização da política e vinculação jurídica da Administração Pública. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

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

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Escritos Politicos y Sociales**. Madrid: Centro de EstudiosConstitucionales, 1989.

LASSALE, Ferdinand. **Manifiesto Obrero y otros escritos politicos**. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de EstudiosConstitucionales, 1989.

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

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

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

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

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

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

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

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

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La configuración jurídica de**

BORTOLI, Adriano de; GARCIA, Marcos Leite. Judicialização da política e vinculação jurídica da Administração Pública. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge". Acessado em 04/05/2008. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/>

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

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

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

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

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

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

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

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

Submetido em: Novembro/2014

Aprovado em: Novembro/2014