

O REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Carlos Aley Santos de Melo¹

RESUMO: O estudo debruça-se sobre a redefinição do regime de direito administrativo, em busca de encontrar o seu verdadeiro conteúdo, diante de uma Administração Pública atuante, com base em um ordenamento jurídico substancial. Conclui que o regime jurídico de direito público contemporâneo demanda do gestor uma atividade interpretativa, cabendo ao mesmo, ser um verdadeiro hermenêuta constitucional, uma vez que lhe resta impossível o atingimento do real conteúdo da norma de competência e os limites administrativos sem a consideração do texto constitucional e a sua relação com as demais normas, especialmente as de índole legal.

PALAVRAS-CHAVES: Regime Jurídico. Direito Administrativo. Hermenêutica constitucional. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The study focuses on the redefinition of administrative law regime, seeking to find its true content, before a public administration acting on the basis of a substantial law. It concludes that the legal framework of contemporary public manager demand an interpretive activity, being the same, being a true constitutional hermeneut, since the achievement remains impossible you the actual content of the standard of competence and administrative boundaries without consideration of the text constitutional and its relationship with other standards, especially the legal nature.

KEYWORDS: Legal Regime. Administrative Law. Constitutional hermeneutics. Fundamental rights.

¹ Graduado pela Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior de Maceió – CESMAC, pós-graduado em Direito Constitucional pela mesma faculdade, mestrando em direito público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, e professor da Escola Superior da Magistratura de Alagoas e do Programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Tiradentes - UNIT.

INTRODUÇÃO

O século XIX, caudatário dos movimentos constitucionalistas, assistiu a instauração do Estado de Direito, baseado no culto à legalidade, que via nos parlamentos, como representantes do povo, os responsáveis por manifestar a vontade geral, paradigma a partir do qual, do ponto de vista estritamente teórico, o indivíduo passou a submeter-se apenas às normas por ele mesmo produzidas, não mais à vontade unilateral do soberano.

Tudo isso teve profundos reflexos nas relações entretidas entre os particulares e o Poder Público, que passou a encontrar limites, especialmente na lei, ao assumir, o princípio da legalidade, uma feição positiva para a Administração Pública, que somente passou a poder agir nos termos regulamentados em lei, demandando o surgimento de uma dogmática própria a regular uma relação limitativa até então sem precedentes, em um regime apartado daquele regulador das relações privadas, surgindo, portanto, o direito administrativo.

Tal regime teve a sua feição inicial moldada pelo Estado Liberal, pouco interveniente nas relações privadas e na economia, mas sofreu profundos abalos com a passagem para o Estado providência, responsável por reimpulsionar a economia das nações e atender a valores de planificação social, ao assumir compromissos com os indivíduos, demandando o agigantamento estatal, causando uma crise no regime jurídico de direito público, que redundou na exacerbação dos princípios da legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, permitindo ao gestor público – que então passou a ter amplo espaço na vida social – tomar

decisões baseado na legalidade formal e nos seus espaços decisórios de poder, com uma discricionariedade ilimitada.

Todavia, a redefinição do papel das constituições a partir da segunda metade do século XX, especialmente na Europa Continental, colocada no centro de gravidade do ordenamento jurídico, obrigou a dogmática administrativa a rever o regime jurídico de direito público baseado no formalismo, diante da influência da força normativa das constituições e de seus princípios e valores, com prevalência na dignidade humana.

É sobre essa redefinição do regime de direito administrativo que o presente trabalho propõe-se a debruçar-se, na busca de encontrar o seu verdadeiro conteúdo, diante de uma Administração Pública atuante com base em um ordenamento jurídico substancial.

1 O REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: ORIGEM E FUNDAMENTOS

Após a formação e consolidação do Estado Moderno, o poder passou a concentrar-se sob um soberano, que impunha à sociedade, de forma unilateral, a sua vontade, totalmente dissociada da legitimação popular, formando o Poder Absoluto, incontrolável e irresponsável², o que levou a uma insatisfação do povo, redundando nas revoluções do século XVIII, inspirados nos ideais libertários do iluminismo, que buscava limitar o poder régio, com a consagração das pautas de direitos individuais, substituindo, em

² BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 11.

última análise, o poder do soberano pela vontade geral, sufragada na legalidade, onde o próprio Estado passou a ser limitado pela lei, com o surgimento do Estado de Direito, produto direito das constituições modernas, que em seu primeiro momento, ao limitar o poder, submeteu-o aos limites da lei, e não exatamente às peias da própria constituição, conforme ensina Norberto Bobbio, arrematando que o “O Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado Absoluto.”³

Até então, no Estado Absoluto, não havia que se falar em limites ao poder estatal, uma vez que se confundia com a própria vontade do poder soberano unipessoal, ilimitado por natureza, o que tornava desnecessário o desenvolvimento de qualquer dogmática relacionada ao exercício do poder, suas formas e limites, pois, conforme assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “O direito administrativo nasceu no período do Estado liberal.”⁴

Com o surgimento do Estado de Direito e a submissão estatal à lei, o exercício do poder passou a ser limitado e controlável, especialmente porque o indivíduo, então, somente pôde estar obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei, passando, ao reverso, o Estado a somente poder impor algo aos particulares por meio de uma lei⁵, o que posteriormente veio a ser reconhecido como princípio da legalidade, em sua feição negativa para os particulares e positiva para a Administração Pública, tudo isso sendo

³ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 15.

⁴ DI PIETRO, Maria Silvia Zanela (Org.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 92.

⁵ MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 31.

um produto direto da filosofia inspiradora do Estado liberal, conforme a lição de Paulo Otero, ao prelecionar.⁶

Essa entrelaçada relação entre Estado, indivíduo e lei demandou o surgimento de um regime jurídico próprio a regular as competências e os limites do exercício do poder, o que veio a ser denominado de regime jurídico de direito público, a demonstrar a sua dissociação com aquele aplicado às relações entre os indivíduos, cujos interesses eram meramente individuais, espaço hermeticamente fechado à ação do Estado, que então passou a ser absenteísta, com a instauração do liberalismo burguês, tributário do exagerado respeito à liberdade e à propriedade e a “...estrita separação entre direito público e direito privado...”, como arremata Jane Reis⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello, preleciona que:

Sobrevindo a Revolução Francesa, como o período histórico precedente era a o da Monarquia Absoluta, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Daí que era preciso aplicar um Direito “novo”, ainda não legislado (ou que mal iniciava a sê-lo). É que as normas de Direito até então existentes disciplinavam as relações entre os particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora todos submissos a uma ordem jurídica.⁸

⁶ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 45.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 132.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

Esse Estado Liberal-burguês, preocupado unicamente em garantir as liberdades individuais e, portanto, intervir o mínimo possível nas relações sociais, passou a ocupar um espaço extremamente pequeno na cena social, resguardando apenas a ordem pública, a defesa das fronteiras e alguns serviços públicos básicos, instaurando um regime jurídico de direito público insipiente⁹.

Entretanto, apesar de seu cariz libertador, como instrumento destinado a regular o exercício e os limites do poder do Estado, até então ilimitado e incontrolável, segundo assevera Gustavo Binjenbojm¹⁰, o regime jurídico de direito público não surgiu da pena iluminada dos revolucionários, bebendo nas instituições do *ancien regime*, na medida em que não se transmudou da noite para o dia todo um conjunto de costumes e práticas arraigados nas instituições do Estado, que continuaram a existir e eram necessárias à própria instalação do novo regime.

Paralelamente a isso desenvolveu-se a centralidade do poder legislativo e, portanto, da lei como centro de irradiação do poder do Estado e uma desconfiança nos juízes¹¹, historicamente ligados ao poder real, de modo a apartá-los da revisão dos atos estatais, que, em França, passaram a ser sindicados apenas por um órgão do próprio Poder Executivo denominado de Conselho de Estado, cuja jurisprudência estabeleceu as bases do regime jurídico de direito público, conforme a referência de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao informar que “Foi o referido Conselho de Estado – instituído

⁹ MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 51.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 13.

pelo art. 52 da Constituição de 22 de setembro do ano VIII, isto é, de 15 de dezembro de 1799 – que, com suas decisões, forjou estes princípios e as concepções que se verteram no que se chama ‘Direito Administrativo’¹².

Diante desse quadro, desenvolveu-se a ideia de que a Administração Pública estaria limitada e vinculada à lei, mais especificamente só poderia fazer aquilo previsto na regra de competência legal, conforme assevera Patrícia Baptista¹³, afirmando adiante que isso foi insuficiente para atender a todas as suas demandas, diante da impossibilidade do legislador prever e regular todas as hipóteses de atuação administrativa, carecendo de uma dogmática própria para o exercício da função pública¹⁴.

Na verdade, o Poder Executivo continuou a ter a necessidade de tomar uma porção de decisões que não estavam expressamente prevista na norma legal de competência, mas não podia recorrer ao exercício do poder soberano, carecendo de um instrumento legitimador de sua atuação a margem da lei, orientado conforme os ditames da nova ordem jurídica libertária, fundada na vontade geral.

Nesse sentido, como anota Paulo Otero, o surgimento da legalidade não transfigurou o exercício do poder do Estado como em uma reação química, uma vez que, juntamente com a vontade geral emanada do povo, o rei continuou a participar do poder, inclusive apondo a sua concordância à legislação produzida pelos representantes da população, a demonstrar, em

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39.

¹³ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97.

¹⁴ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 99.

certa medida, a sua submissão apenas aos comandos normativos editados sob a sua concordância, o que demonstra a continuidade de seu poder de criação do direito, ainda alicerçado no princípio monárquico e tendo suas raízes no modelo absolutista.¹⁵

Entretanto, esse poder já não mais poderia legitimar-se na soberania régia, demandando um fundamento popular para o seu exercício, surgindo o princípio da supremacia do interesse público, que, em última análise, buscava no mesmo fundamento da legalidade a sua legitimidade, justamente a soberania popular, na medida em que a atuação administrativa fora da estrita regulamentação da lei também buscaria atender os interesses da vontade geral, conforme assevera, em outros termos Gustavo Binjenbojm¹⁶.

Em outras palavras, o Poder Executivo passou a submeter-se à lei e a respeitar seus limites, em um genuíno Estado de Direito, mas teve liberdade para agir na ausência de regulação legal específica, legitimado sob a égide da supremacia do interesse público.

Ademais, ainda como pilar do regime jurídico de direito público, há que se referenciar a separação entre o patrimônio do gestor e o do Estado, além da responsabilidade daquele que administra a coisa pública, nascendo o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, na clássica lição de Ruy Cirne Lima, “Administração, segundo o nosso ver, é a atividade do que

¹⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 76.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 03.

não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado.”¹⁷

Portanto, apesar do regime jurídico de direito público caracterizar-se contemporaneamente por um conjunto de regras e princípios que regulam dogmaticamente o agir da Administração Pública, que vão além da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, foi e continua sendo sob esses três pilares que ocorre o seu desvelamento.¹⁸

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A primeira metade do século XX foi marcada pelo apogeu do positivismo jurídico normativo, que via na lei o instrumento encapsulador do direito e, portanto, identificava-o com a legalidade formal, que passou a ser um rótulo para qualquer conteúdo, apartado de valores éticos e morais¹⁹, bem como de instrumentos de controle material, na medida em que aqueles deveriam ficar circunscritos ao campo da arena política, cessado no desfraldar legislativo, que ao mesmo passo não era controlado, pois as constituições nominais eram precipuamente voltadas ao Poder Legislativo, especificamente para legitimar a sua atuação, tendo como válido o produto de seu processo legislativo, desde que respeitadas as regras de produção constitucionalmente estabelecidas, por ser a fonte da vontade popular

¹⁷ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

expressa por seus representantes, sendo boa por sua própria natureza²⁰, imune a sindicâncias judiciais substanciais, como assevera Daniel Sarmiento, ao sustenta que as constituições, até meados do século XX, não eram vistas como verdadeiras normas jurídicas, não gerando direitos subjetivos e nem sendo aplicadas pelos juízes, pois somente as leis editadas pelos parlamentos obrigavam e vinculavam.²¹

É bem verdade que já não mais se estava diante do juiz boca da lei, fruto do positivismo exegético, que se limitava a aplicar ao caso concreto aquilo previamente prescrito pelo legislador com pretensão de esgotabilidade. O positivismo normativo Kelseniano acoplava ao legalismo o poder do juiz, que agia com ato de vontade, oriundo de sua autoridade estatal, com liberdade para decidir discricionariamente dentro do espaço franqueado pela lei, a chamada moldura legal, onde o judiciário poderia decidir discricionariamente, sem parâmetros rigorosos de controle²², pois “O chamado ‘juízo’ judicial não é, de forma alguma, tampou a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma – uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como ‘lei’.”²³.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25.

²¹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28.

²² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Machado. José Batista de. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 21.

Assim, tinha-se o estado da arte da legalidade, tributária de uma lei sem parâmetros judiciais de controle e aplicada com amplos espaços decisórios discricionários, também sem peias limitativas, de modo que o Estado de Direito passou a ser um instrumento preñado de ferramentas para o florescimento do totalitarismo das maiorias e dos governos de ocasião²⁴.

Nesse cenário, o mundo viu surgir, ainda na primeira metade do século XX, a realização de projetos de poder capazes de aniquilar os direitos individuais e de segregar e perseguir minorias estigmatizadas, sob a “...ideia da felicidade como projeto essencialmente coletivo e o descaso com a autonomia (pública e privada) da pessoa humana, pavimentaram o caminho liberticida das ditaduras de direita e de esquerda...”²⁵, redundando nas atrocidades experimentadas na segunda guerra mundial, tudo isso com fundamento na legalidade e os espaços decisórios discricionários de poder exercidos pelos agentes da Administração Pública, conforme assevera Luís Roberto Barroso, ao referir-se à decadência do positivismo jurídico “associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade.”²⁶

Diante desse quadro, o pós-guerra foi marcado por uma queda na credibilidade na força redentora e libertadora da lei, inicialmente numa reaproximação com o jusnaturalismo e entre o direito, a moral e a ética, com

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 84.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 270.

valores que passaram a ser consagrados nos textos constitucionais²⁷, colocando a constituição como o centro de gravidade do ordenamento jurídico. De estatuto político voltado apenas para o Estado, sua organização e limites, passou a ser o estatuto do Estado e da vida social, dela extraindo-se diretamente direitos e garantias individuais, sem a necessidade de conformação legislativa.

Ademais, a maioria das constituições continentais europeias da segunda metade do século XX passou a impor a sua força limitativa inclusive contra o parlamento, uma vez que os axiomas constitucionalmente consagrados passaram a ter força normativa direta na vida dos indivíduos e da sociedade, especialmente a dignidade humana, valor erigido ao centro do ordenamento jurídico.

Arremata, nesse sentido, Luís Roberto Barroso, ao asseverar:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto deste reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrado do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.²⁸

Tudo isso teve profundos reflexos no regime jurídico de direito público, por redimensionar a legalidade e estabelecer limites constitucionais ao atuar do Estado por qualquer de seus poderes, fundando-se um regime de

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 270.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 272.

garantias individuais e a consagração do valor do indivíduo como detentor de direitos que não poderiam mais ser tangenciados pelo Poder Público, nem mesmo em nome dos interesses supraindividuais.

3 O REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E AS CONSTITUIÇÕES PARAMÉTRICAS

Como já afirmado, tendo passado as constituições a ocupar um papel central no ordenamento jurídico, como estatuto político do Estado, mas também como central ordenadora e conformadora da vida dos indivíduos e da sociedade²⁹, a atuação da Administração Pública já não mais pôde fundar-se no parâmetro da legalidade, na medida em que nem toda a sua atuação, baseada no respeito à lei formal, encontrava ressonância no ordenamento jurídico, necessariamente nele incluído a constituição como norma jurídica, especialmente quando a lei conferia competências decisórias com margem discricionária de atuação, que no parâmetro do positivismo normativo permitiam a tomada de qualquer decisão, desde que dentro da margem de apreciação legalmente franqueada, na medida em que “Uma coisa todos esses positivistas têm até hoje em comum: a discricionariedade. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático.”³⁰.

²⁹ MATOS, Andre Salgado de. **A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina: 2004. p. 102.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81.

Dessa forma, o gestor público, para desvelar a regra de competência e os limites de sua atuação passou a carecer de interpretar todo o arcabouço normativo envolvido no desenvolvimento da função pública, em um conjunto entre lei e constituição, estabelecendo um princípio mais amplo da juridicidade³¹.

Em outras palavras, a atuação da Administração Pública deixou de ser vinculada positivamente à lei formal, substituída pela legalidade substancial ou princípio da juridicidade, somente podendo o gestor público aferir no seu conteúdo e limite, restringindo, assim, a liberdade discricionária e resguardando o particular de decisões arbitrárias, sob a égide do cumprimento da legalidade, não podendo mais valer-se de amplo espaço decisório dentro da moldura legal, pois, para além da legalidade, o seu agir passou a limitar-se pelo conjunto de princípios e regras contidos na constituição.

Por outro lado, o princípio da supremacia do interesse público também passou por uma redefinição com a ascensão dos direitos e garantias individuais e a dignidade humana como normas centrais do ordenamento jurídico constitucional, irradiando efeitos normativos para todas as áreas do direito, regulando a vida política do Estado e as relações sociais e entre os particulares e o Poder Público.

Esse conjunto de direitos da pessoa humana, portanto, passou a não poder mais ser considerado um interesse meramente individual a sempre ceder em face do princípio da supremacia do interesse público, pois, como já

³¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 29.

afirmado linhas acima, a grande evolução constitucional experimentada após a segunda guerra mundial guarda respeito justamente as experiências totalitaristas da primeira metade do século XX, que viu florescer justamente regimes violadores de direitos individuais, justamente sob a justificativa da supremacia do interesse de todos, numa visão de que o indivíduo estaria a serviço do Estado e o bem geral significaria automaticamente o bem de cada um em particular, sem observar as características atomísticas de cada indivíduo singularmente considerado³².

A redefinição dos valores constitucionais ocorrida no período mencionado traz ao indivíduo um valor em si mesmo, intrínseco à sua qualidade de pessoa humana e que não pode ser negociado e nem tampouco tangenciado pelo Estado ou pela sociedade, que não pode impor os seus interesses sem considerar as consequências ocorridas a cada átomo da sociedade individualmente considerado³³.

Na verdade, essa redefinição leva mesmo a uma revisão do conceito de bem estar social, para entender que é justamente atingindo o interesse individual de cada um que se empreenderá uma sociedade satisfeita em seu conjunto, redefinindo os valores até então orientadores do sentido da supremacia do interesse público para assentar que não se deve mais buscar formar um valor supraindividual de interesse público, mas sim atingir a satisfação de cada um, pois se todos estiverem individualmente satisfeitos, a sociedade como um todo terá alcançado o interesse público, pois, conforme a lição de Barroso, “... a realização do interesse público primário muitas vezes

³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 126.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 21.

se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados.”³⁴, até mesmo diante da dificuldade ou mesmo da impossibilidade de definição do que venha a ser interesse público, que acaba confundindo-se com os interesses governamentais ou das maiorias eventuais, com significativos efeitos deletérios para a dignidade humana, como a história deixou registrar.

Da mesma forma, o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode mais ser visto sob o mesmo prisma, diante da dinâmica necessária ao exercício da função pública em um mundo globalizado e tecnologicamente revolucionado, onde os velhos paradigmas do formalismo burocrático administrativo já não mais podem imperar diante da implementação de técnicas de qualidade para a Administração Pública³⁵, até mesmo por conta da redefinição dos dois princípios anteriormente comentados, que ao mesmo tempo limitam, mas também conferem maior autonomia ao gestor público.

Nessa senda, o paradigma da Administração Pública gerencial estabelece, para o próprio cumprimento dos deveres institucionais dos Poderes Públicos, “...a realização dos direitos fundamentais, definidos especialmente a partir da dignidade humana.”, como assevera Marçal Justen Filho³⁶, a necessidade de perseguir resultados, numa demanda por eficiência e economicidade, aproximando a gestão pública de instrumentos do mundo corporativo, no que alguns estudiosos chamaram de privatização do regime

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93.

³⁵ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93.

jurídico de direito público, que, a despeito do excesso de linguagem, não deixa de ser efetivamente um rescaldo da influência do direito privado, modificando inegavelmente o atuar administrativo, liberando o Administrador Público das amarras formalísticas do regime jurídico instituído pelo Estado de Direito Clássico, experiência que “...a doutrina passou a designar como a ‘fuga para o direito privado’. Tal ‘fuga’ tem como principal reflexo a dificuldade de determinação do regime aplicável a cada atividade da Administração exercida fora do âmbito das relações tradicionais de subordinação.”³⁷.

Na verdade, na esteira do pensamento de Marçal Justen Filho, a indisponibilidade do interesse público não deve ser vista como um fim em si mesmo, na medida em que “não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário”, sendo público porque indisponível, confundindo-se com os direitos fundamentais, neles sim residindo a verdadeira indisponibilidade e o interesse último da gestão pública administrativa.³⁸

4 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica é um instituto surgido na filosofia para a interpretação do mundo, das coisas, das pessoas e dos fenômenos naturais, especialmente para decifrar a vontade dos deuses. Nasceu, na verdade, como instrumento para interpretações bíblicas e filosóficas, cujos estudos vieram a

³⁷ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 158-159.

constituir o ponto de partida para a sua emancipação epistemológica das ciências humanas e sua consolidação no século XX.³⁹

No direito, vem sendo utilizada para a interpretação da normatividade jurídica, especialmente aquelas oriundas de textos normativos, a fim de que o intérprete possa extrair a pauta de conduta prevista no ordenamento para o caso concreto em análise, pois não se pode interpretar um texto jurídico sem o colocar em relação ao problema concreto, na medida em que somente a sua aplicação aos fatos da vida podem desvelar completamente o seu conteúdo e significado.⁴⁰

Nesse sentido, a aplicação da hermenêutica ao universo jurídico sofre influência tanto da sua própria evolução quanto da evolução da teoria do direito.

A filosofia, inicialmente, fundara-se na dicotomia entre o ser e o objeto, onde ao primeiro caberia o trabalho hermenêutico de decifrar aquilo que seria o segundo, uma vez que as coisas teriam um sentido em si mesmas. Posteriormente, passou-se a entender que o sentido das coisas seria aquilo que cada um atribuísse em sua visão subjetiva⁴¹. Mais recentemente, com o

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

chamado giro linguístico, o ser e o objeto passaram a se confundir, sendo a interpretação das coisas efetuada por meio da linguagem.⁴²

Tudo isso teve significativa influência na hermenêutica jurídica, especialmente com a superação do positivismo e a sua ideia de que ao intérprete jurídico caberia apenas decifrar aquilo que já estava previamente estabelecido formalmente pelo legislador, utilizando-se da discricionariedade, conforme assevera Lenio Luiz Streck, ao afirmar que: “Uma coisa todos esses positivistas têm até hoje em comum: a discricionariedade”.⁴³ Diante da influência dos valores sociais na interpretação jurídica, cristalizados nos princípios constitucionais cujo conteúdo não poderia ser extraído a priori, sem um trabalho hermenêutico envolvendo todos os fatores influentes.

A respeito, Celso Ribeiro Bastos assevera que:

O texto constitucional tem como traço fundamental o conter preceitos indeterminados, polissêmicos, sintéticos e abstratos – o que acaba por ampliar a atividade do intérprete, na exata medida em que as normas necessitam ter seu conteúdo delimitado. Ademais, quanto mais sintéticas forem as normas jurídicas e mais amplos e variados forem os conteúdos que elas veicularem, mais numerosos serão os significados – ou, melhor, os sentidos – que lhes poderão ser conferidos.⁴⁴

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso de. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 156.

Portanto, a utilização dos métodos clássicos de interpretação jurídica, a despeito de continuarem sendo importantes para o desvelo dos signos linguísticos normativos, já não era mais suficiente para extrair todo o conteúdo de um direito fundado em princípios normativos.

Diante desse novo paradigma, paralelamente aos métodos clássicos de interpretação constitucional, desenvolveu-se um conjunto de métodos e princípios próprios para atuar nesse sistema, com especial aplicação no âmbito constitucional, por isso também chamado de hermenêutica constitucional, aplicados mormente naqueles casos onde o sistema jurídico não tenha uma resposta pronta para o caso em análise, os *hard cases*, aqueles de difícil solução, que demandam um trabalho hercúleo para encontrar uma solução no sistema, não significando, conforme defende Lenio Luis Streck⁴⁵, a abertura para uma atitude solipsista do intérprete.

5 O REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O regime jurídico de direito público, assentado classicamente na legalidade formal, e nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público como valores superiores da organização social, sofreu uma redefinição com a ascensão das constituições ao centro do ordenamento jurídico, “[...] a impregnar a atividade administrativa com o espírito da

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23.

Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados.”⁴⁶

Como já afirmado, esse redimensionamento demandou da gestão pública a necessidade de extrair da própria constituição ou também dela, as regras de competência e os limites de atuação da Administração Pública, o que nem sempre está de maneira descritiva, em virtude do caráter eminentemente princípio lógico e valorativo das normas constitucionais.

Portanto, o gestor público para tomar a decisão adequada deve necessariamente empreender um trabalho hermenêutico constitucional, seja em busca da resposta constitucionalmente adequada ou da justificação racional da decisão, nunca fugindo, entretanto, da lição de Andreas J. Krell, ao asseverar que:

A motivação da sentença do juiz, aqui entendida como cristalização da argumentação jurídica, deve mostrar que a decisão é correta, mas não serve para provar que o julgador a tomou em virtude de motivações corretas, que podem ser pessoais, corporativas, políticas, religiosas etc. Valem somente as razões pronunciadas, não as internas: a sentença baseada em argumentos fracos não se torna melhor em razão dos motivos nobres do juiz. Igualmente, a decisão convincentemente arrazoada não perde vigor por ser fruto da atitude política ou religiosa do julgador. A argumentação jurídica não serve para revelar os “verdadeiros” motivos que nortearam o processo interno da decisão, mas para aportar razões convincentes para a sua aceitação intersubjetiva.⁴⁷

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 105.

⁴⁷ KRELL, Andreas J. Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: Os Métodos Clássicos de Interpretação Jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, 2014. p. 315.

Nesse trabalho, o princípio da legalidade, passando para a sua vertente de legalidade substancial ou juridicidade, vai exigir, à sua aplicação concreta, que o gestor público aplique a lei conforme os valores constitucionais, especialmente no âmbito de sua atuação discricionária, onde a lei deixa aberto um espaço próprio de avaliação administrativa, não podendo prescindir da incidência dos princípios constitucionais aplicáveis à espécie, que necessariamente passam por um trabalho hermenêutico do gestor administrativo.

Tudo isso tem influência na aplicação dos princípios classicamente voltados a expandir o poder do Administrador Público, como a supremacia do interesse público, cuja aplicação e, sobretudo, a prevalência dependerão de sua ponderação frente aos demais princípios envolvidos, especialmente aqueles que assegurem algum direito individual, de modo que a sua prevalência dependerá do peso que lhe for extraído no caso concreto.

Na verdade, segundo Gustavo Binenbojm⁴⁸, o interesse público, em um Estado Constitucional de Direito, passa a ser o respeito ao sistema de direitos e garantias fundamentais, que pode gerar a supremacia do interesse público, mas também pode extrair o entendimento de prevalecer o interesse individual.

Da mesma forma, para que seja encontrado o conteúdo da indisponibilidade do interesse público, já não basta mais ao gestor valer-se do argumento de que a coisa do povo não pode ser objeto de disponibilidade pelo gestor, que seria apenas um mandatário, pois o paradigma da Administração Pública gerencial não se coaduna com um instrumento

⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 111.

cristalizado e formalístico de gestão, demandando uma avaliação mais conectada com a velocidade e a complexidade do mundo globalizado, de modo a compatibilizar-se com o princípio da eficiência, de cariz eminentemente contemporâneo⁴⁹.

Esses limites, portanto, da gestão e disposição da coisa pública somente podem ser aferidos por meio de uma revisitação constante aos princípios constitucionais que orientam o gestor administrativo.

Tudo isso aproxima o regime jurídico de direito público da hermenêutica constitucional, na medida em que aquele já não pode mais ser aplicado sem que o Administrador Público realize o hercúleo trabalho de interpretar princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais na busca da solução adequada para a demanda administrativa.

CONCLUSÕES

O regime jurídico de direito público, como afirmado durante todo esse trabalho, surgiu de uma redefinição das relações entre o Poder Público e os particulares, a partir do momento em que aquele passou a encontrar limites com a ruptura com o Estado Absoluto e o surgimento da legalidade como instrumento de ordenação das relações sociais e que submetiam inclusive o próprio poder estatal, de modo a haver uma necessidade de um regime que regulasse essa relação, naturalmente dissociado do direito privado, pela condição diferenciada e superior do Poder Público como responsável pelos interesses da sociedade.

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

Entretanto, esse regime, em seu primeiro momento, fundou-se na ideia corrente no constitucionalismo oitocentista continental europeu de que as constituições eram proclamações meramente políticas e dirigidas ao Estado, basicamente para afirmar que ele deveria obedecer à lei, que se firmava como instrumento da vontade geral e deveria ser respeitada independentemente de seu conteúdo, sendo boa simplesmente por ser a lei.

Paralelamente a isso, desenvolveu-se a dogmática administrativa que erigiu os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público como mecanismos legitimadores e afirmadores da ação do Estado, em um regime derogativo das normas de direito comuns, que, em conjunto com o legalismo formal, sustentaram o regime jurídico de direito público.

Ocorre que, com o surgimento do Estado Social e seu apogeu no início do século XX, a Administração Pública assume um papel de protagonismo social, levando um agigantamento estatal, que passou a contar com amplos poderes para agir na vida social, cuja sindicância era rarefeita por trilhar sob uma legalidade pouco controlável, caudatária do positivismo normativo, que permitia ao destinatário da norma, inclusive os gestores público, tomar decisões baseadas na moldura da lei, os espaços de análise discricionária, onde a legislação não era clara e expressa quanto aos limites da competência conferida, permitido ao administrador liberdade para decidir, especialmente fundamentado na supremacia do interesse público, que servia como fator de legitimação de atitudes arbitrário, sob o argumento da defesa dos interesses da coletividade.

Ao mesmo passo, a indisponibilidade do interesse público, apesar de apartar o patrimônio público do particular do gestor, engessou a Administração Pública em uma teia burocrática autocontemplativa,

desvinculada dos resultados e do atingimento das finalidades essenciais do Estado, sobretudo na sua feição social-intervencionista.

Tudo isso sofreu um choque de paradigma com a elevação das constituições ao centro do ordenamento jurídico, passando a ter força normativa, conformando e regulando as relações do Estado e da sociedade, e entre uns e outros, vinculando, portanto, a Administração Pública não apenas à lei, mas também e, sobretudo, à constituição, nascendo o princípio da juridicidade.

Ademais, os ordenamentos constitucionais pós-segunda guerra mundial passaram a consagrar valores positivados em seus textos na forma de princípios, com pouca densidade normativa e sem caráter de solução prévia e definitiva, demandando uma interpretação conjuntiva de todos os aspectos normativos incidentes em dado caso concreto.

Além disso, paradigmas tradicionais do regime jurídico de direito público passaram por uma redefinição, não se podendo mais falar em supremacia e indisponibilidade do interesse público dissociados dos demais princípios constitucionais. A legalidade e seus espaços discricionários de decisão também passaram a encontrar limites materiais fora da lei, de modo a tornar possível a sindicância do ato administrativo baseado estritamente na legalidade, na medida em que a Administração Pública deve respeito a todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, o regime jurídico de direito público contemporâneo demanda do gestor uma atividade interpretativa, cabendo a ele ser um verdadeiro hermenauta constitucional, uma vez que lhe resta impossível o atingimento do real conteúdo da norma de competência e os limites

administrativos sem a consideração do texto constitucional e a sua relação com as demais normas, especialmente as de índole legal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanela (Org.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Machado. Tradução de José Batista de. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: Os Métodos Clássicos de Interpretação Jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n.1, p. 295-320, 2014.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MATOS, Andre Salgado de. **A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina: 2004.

MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Público: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso de. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Volume 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.