

## 58 RECONSTRUINDO O DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA PROPOSTA PÓS-POSITIVISTA PARA A ATUALIDADE

Luciana Gaspar Melquíades Duarte Icaro Motta  
Marcio Antônio Ibrahim Deotti Júnior  
Vitor Medeiros dos Reis

O presente projeto de pesquisa pretendeu analisar específicos institutos derivados da hodierna teoria do Direito Administrativo, fundada na superioridade dos direitos fundamentais e no paradigma jusfilosófico pós-positivista, averiguando as necessárias adaptações por que tiveram de passar para se adequarem à realidade fática e jurídica deste novo modelo. Por meio da utilização do arcabouço teórico do Pós-Positivismo, precipuamente da *Teoria da Argumentação Jurídica* e da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy (2005) e da proposta hermenêutica *Direito como Integridade*, de Ronald Dworkin (2002), objetivou-se, ao final do estudo, oferecer eficiente contributo à sociedade, ao permitir que o exercício dos elementos administrativos enfocados, nos casos concretos, seja realizado de maneira ética, justa e adequada às exigências de um Estado Democrático de Direito.

O referencial teórico apresentado implicou a revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo, a saber, seu regime jurídico, as atividades administrativas (polícia administrativa, serviço público e atividade contratual) e a estrutura administrativa (estruturajurídica, humana e material). Após os estudos que permitiram esta reestruturação teórica, passou-se a analisar, através da pesquisa científica ora apresentada, as transformações ocorridas em determinados institutos administrativos como desapropriação, autotutela, responsabilidade civil do Estado por omissão e o regime jurídico da aposentadoria por invalidez e da isenção fiscal.

Procedeu-se, inicialmente, ao estudo da desapropriação, que resultou a elaboração do artigo “Decreto-lei nº 3.365 (BRASIL, 1941): o diploma normativo na berlinda”, em que se procedeu à análise da chamada “Lei de Desapropriação”, responsável por regular os processos expropriatórios no âmbito brasileiro, verificando sua incompatibilidade, em vários aspectos, com o atual ordenamento jurídico brasileiro, a partir da normatividade constitucional e da primazia dos direitos fundamentais.

Assim, os dispositivos legais do diploma legal aludido referentes à desapropriação de bens de uma entidade federativa por outra, à desapropriação por zona, à vedação ao exame do mérito pelo Poder Judiciário, à imissão do Poder Público na posse do bem antes dopagamento da indenização e à vedação à retrocessão foram cotejados com dispositivos constitucionais diversos. Inferiu-se que estas disposições do referido Decreto-Lei, editado previamente à hodierna ordem jurídica constitucional, apresentam inadequações em relação a esta nova realidade, rompendo com direitos e

garantias contempladas aos cidadãos pela Constituição (BRASIL, 1988). Constatou-se, por consequência, a patente necessidade de edição de um novo diploma normativo para disciplinar a matéria, respeitando as orientações constitucionais e adequando-se às exigências de racionalidade e ética.

A pesquisa referente à autotutela administrativa inicialmente calcou-se na busca pelo seu estado da arte através do tríptico viés: lei, doutrina e jurisprudência. Desta forma, pode-se perceber debates acalorados e ausência de consenso entre as diversas teorias. Além disso, percebeu-se que as pedras-toque do instituto ainda encontram-se moldadas por pressupostos positivistas incompatíveis com a noção principiológica e com a proteção de direitos fundamentais.

Por isso, utilizou-se do marco teórico do Pós-Positivismo, mormente através do viés de Robert Alexy e Ronald Dworkin, como tentativa de dar novo enfoque ao instituto. Nessatoadá, buscou-se adaptar o conceito clássico de autotutela administrativa à proteção dos direitos fundamentais. Para que isso fosse possível decompôs-se o instituto em seu duplo viés: anulação e revogação. Quanto ao primeiro descobriu-se a sua raiz no princípio da legalidade e observou-se que, assim como ocorreu com o princípio em questão, o instituto deveria evoluir para uma noção de vinculação ao Direito como um todo e não somente à lei em sentido estrito. No que tange à revogação, analisou-se criticamente os seus pré-requisitos (critérios de conveniência e oportunidade) através da teoria dos direitos fundamentais. Destacou-se, por último, a questão da possível modulação de efeitos do emprego desses institutos frente aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança.

No que tange ao instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão, foi analisada a insuficiência das categorizações doutrinárias tradicionais que lhe imputam natureza subjetiva ou objetiva. Esclareceu-se que, num contexto de normatividade constitucional derivada do referencial teórico proposto, a responsabilidade do Estado escapada objetividade determinada pela Constituição, em seu art. 37. Não obstante, revelou-se que não se pode exigir tudo do Estado em virtude da factual limitação de seus recursos, que impinge natureza tão somente *prima facie* aos diversos deveres estatais, de maneira que a sua responsabilidade apenas pode ser arguida diante da omissão no cumprimento de obrigações definitivas.

Por fim, analisou-se a existência, no ordenamento brasileiro, de inúmeras disposições normativas dispersas que concedem benefícios aos portadores de determinadas doenças havidas como especialmente gravosas pelo legislador. Dentre esses dispositivos, ganha destaque um plexo de leis que consagra benesses de natureza comum fiscal-previdenciária por meio do mesmo recurso legislativo, qual seja o arrolamento nominal de moléstias para fins de ensejo do favor legal. Percebeu-se certa regularidade na sistemática disciplinada nessas leis, marcadas pela presença de um rol praticamente constante e pela ocorrência de três principais tipos de concessões: aposentadoria, pensão ou reforma especiais; dispensa dos prazos de carência para benefícios previdenciários e isenção fiscal.

Diante desse quadro de necessária constância lógica, uma vez que por meio de rol quase idêntico são concedidos benefícios de natureza comum em circunstâncias jurídicas próximas, o estudo buscou demonstrar o caráter exemplificativo do citado rol, sob pena de lesa-isonomia, bem como a necessidade da adoção de um regime legal unificado e amparado em recurso legislativo diferente do arrolamento nominal: constante de categorias com elasticidade dialógica, justamente para coibir violações ao mandamento constitucional e em atenção aos pressupostos pós-positivistas que acenam para a concretização efetiva dos direitos e para uma necessária pertinência racional das disposições jurídicas.

É de interesse salientar que ocorrem dois movimentos relacionados à isonomia na mencionada disciplina legal: o legislador, atento ao dever de fomento da igualdade material, estabelece benefícios legais aos portadores de moléstias especialmente gravosas no fito de minorar com os meios possíveis o gravame existencial em si e, até mesmo, eventuais dificuldade econômicas, aqui se cuida da igualdade enquanto princípio, admitindo-se concreção gradual. Outro movimento se dá, porém, quando o legislador de fato estabelece favor em lei; nesse momento, incidirá peremptoriamente a norma constitucional também correlata à igualdade, mas com caráter de regra, que determina serem tratados igualmente aqueles em idêntica situação jurídico-fática, na lei e diante da lei.

A ofensa que se alega ocorrer incide justamente contra a regra constitucional da igualdade formal, caso o mencionado rol seja encarado taxativamente, posto que não haverá critério abalizado racionalmente para o discrimen; o mesmo dar-se-á apenas em razão da autoridade pressuposta da lei, com predominância da validade formal sobre um dever de exercício racional; como também externamente aos diplomas, uma vez que o regime jurídico que se depreende apresenta certas incongruências devidas a pequenas diferenças nos róis apresentados nesses instrumentos legais, com a possibilidade de portadores da mesma doença receberem ou não o mesmo benefício a depender tão somente da lei de regência a que estejam submetidos.

Vários outros institutos do Direito Administrativo já foram estudados neste contexto, como a usucapião de bens públicos, a greve no serviço público, a possibilidade de corte no fornecimento dos serviços públicos, as prerrogativas processuais da Administração Públicas, a usucapião de bens públicos, etc., e ganharam novos contornos teóricos pela adoção do referencial teórico adotado.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, ROBERT. **TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: A TEORIA DO DISCURSO RACIONAL COMO TEORIA DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA.** TRADUÇÃO DE ZILDA HUTCHINSONSCHILD SILVA. SÃO PAULO: LANDY, 2005.

\_. **TEORIA DE LOSDERECHOSFUNDAMENTALES**. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2002.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. O TRIUNFO TARDIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL**. JUS NAVIGANDI, TERESINA, [ANO 10](#), [N. 851](#), [1 NOV. 2005](#). DISPONÍVEL EM:  [<HTTP://JUS.COM.BR/ARTIGOS/7547>](http://JUS.COM.BR/ARTIGOS/7547). ACESSOEM: 18 FEV. 2014.

BINENBOJM, GUSTAVO. **UMA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006.

DWORKIN, RONALD. **LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO**. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2002.

HESSE, KONRAD. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. PORTO ALEGRE:FABRIS, 1991.

MELQUÍADES DUARTE, LUCIANA GASPAR. **REVISITANDO O REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO**. REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE JUIZ DEFORA – RPGMJF, BELO HORIZONTE, ANO 2, N. 2, P. 231-255, JAN./DEZ. 2012.