

59 RECONSTRUINDO O DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA PROPOSTA PÓS-POSITIVISTA PARA OS ALICERCES DESTE RAMO DO DIREITO

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Marcio Antônio Ibrahim Deotti Júnior

Vitor Medeiros dos Reis

A partir da aplicação dos sustentáculos pós-positivistas ao contexto administrativo, alguns de seus seculares elementos estruturantes sofreram importantes impactos, como ocorrido ao hipotético princípio da superioridade do interesse público sobre os privados, por meio das lições de Ávila (1999) e Binenbojm (2006). Explicitou-se, nesta seara, que em sendo a promoção dos interesses privados afetos a direitos fundamentais igualmente uma diretriz de atuação da Administração Pública, tendo em vista que se está em um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve reverência e proteção (BINENBOJM, 2006), a assertiva de que haveria um desvio de finalidade, caso os interesses privados preponderassem em relação aos públicos, torna-se inequivocamente falsa, sendo a tradicional teoria novamente desconstruída. Desta forma, ao apregoar que os interesses públicos deveriam prevalecer sobre os privados em quaisquer casos, independentemente das circunstâncias presentes nos casos concretos, estar-se-ia negando a dimensão ponderativa dos princípios estabelecida pela teoria pós-positivista.

Outro elemento estruturante intrinsecamente modificado é o princípio da legalidade, tradicionalmente considerado como limitação única das atividades administrativas. No entanto, a partir da adoção deste novo paradigma jusfilosófico, em que se apregoa a normatividade constitucional (HESSE, 1991), a afirmação de que a Administração Pública encontra-se vinculada somente à lei torna-se absolutamente inverídica, tendo em vista que os ditames constitucionais são igualmente responsáveis por orientar sua atuação. O conteúdo jurídico do princípio da legalidade, neste cenário, transmutou-se da vinculatividade da entidade pública à lei para a sua vinculação ao Direito, isto é, às normas constitucionais, às leis e aos atos administrativos normativos, a serem, todos, aplicados após um juízo hermenêutico que permita a aferição do comando deôntico incidente no caso concreto (MELQUÍADES DUARTE, 2012). Por consequência, passou-se a trabalhar com uma noção ampliada do princípio da legalidade, surgindo, assim, o regra da juridicidade, conforme doutrinamentos de Binenbojm (2006).

Ressalte-se, finalmente, a alteração no paradigma de atuação da Administração Pública, neste atualizado contexto, em que se deixou de apenas editar atos administrativos unilaterais e imperativos, para que se inserisse no contexto da processualidade.

Neste contexto, a partir do novo paradigma teórico, diversos outros reflexos se fizeram sentir nas atividades administrativas, como a mudança na compreensão das prerrogativas de polícia, com um eficiente contributo à sociedade para a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais, incorporando-se, nos âmbitos teórico e prático, as exigências pós-positivistas de racionalidade, ética e justiça, que ensejou a desconstrução da tese segundo a qual tratar-se-ia de um poder plenamente discricionário.

Observou-se, também, a inadequação de se alçar o suposto princípio da supremacia do interesse público ao *status* de fundamento do poder de polícia, além da refutação da proposta de se considerar o princípio da legalidade como limitação única da atividade restritiva, incidindo-se, então, o princípio da juridicidade. Propuseram-se, então, novas teses, adequadas à conjuntura explicitada, como a utilização do mecanismo da ponderação - sob a técnica da proporcionalidade -, como forma de se eliminar o subjetivismo. Expôs-se, outrossim, a necessidade da existência de lei constitucional e proporcional, bem como a limitação da competência em debate a partir da noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais a serem restringidos.

Também a atividade administrativa de prestação dos serviços públicos restou impactada pela assunção do Pós-Positivismo Jurídico. O conceito de serviços públicos restou intimamente ligado à persecução de direitos fundamentais e tornou-se perfeitamente compatível com a noção de “atuar estatal apto à garantia do *status* positivo dos direitos fundamentais de seus administrados”.

Feita a conceituação através do marco teórico proposto, buscou-se analisar os efeitos dessa nova perspectiva proposta. Nessa toada, debruçou-se à análise do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Conforme concluiu-se pelo estudo enfrentado, trata-se de instituto delineado por regras jurídicas, sendo assim, não caberá ao administrador recusar à satisfação dos mesmos. Portanto, entendeu-se pela vinculação do administrador à prestação de serviços públicos necessários à satisfação do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos. Remanescendo recursos suficientes, a definição das atividades a serem prestadas pelos Poderes Públicos deve ser efetuada mediante incidência das técnicas da concordância prática e da proporcionalidade.

Também a atividade administrativa contratual fora impactada pela adoção do referencial teórico em questão. Inicialmente, realizou-se pesquisa histórico-evolutiva para identificar a origem, atribuída pela doutrina, da natureza *sui generis* dos contratos administrativos. Através desta, pode-se concluir que a origem do tratamento diferenciado frente aos contratos de direito privado é refletida inicialmente por critérios formais, baseados na questão jurisdicional ou legal. Somente com o passar do tempo, tentou-se substancializar a diferenciação, porém, sem sucesso.

Desta forma, frente à insuficiência de critérios diferenciadores, utilizou-se do arcabouço pós-positivista para sanar tal óbice. Conforme trabalhado na pesquisa, com o advento do Pós-Positivismo, a persecução e concretização de direitos fundamentais tornam-se o epicentro do

ordenamento jurídico. Nessa esteira, concluiu-se que o contrato administrativo destaca-se como instrumento apto à concretização de direitos fundamentais e, justamente em razão dessa proximidade à efetivação de tais direitos, diferencia-se dos contratos de direito privado. Desta forma, a exorbitância desse instituto está condicionada à efetivação de direitos fundamentais e, além disso, ao emprego da máxima da proporcionalidade como seu meio conformador.

Por fim, foram estudados, no projeto, os reflexos do marco pós-positivista sobre a estrutura da administração, que pode ser compreendida em seu aspecto jurídico (organização administrativa), humano (agentes públicos) e material (bens públicos).

No que tange ao primeiro aspecto, restou assentado que ele deriva imediatamente da cláusula federativa do Estado, que, enquanto princípio constitucional, dotado pois, de normatividade, produz implicações sobre a legislação ordinária que organiza a estrutura administrativa.

Os agentes públicos também foram concebidos nos termos gizados constitucionalmente, que implica a existência das espécies de agentes estatutários ou efetivos, empregados públicos, comissionados, contratados e, ainda, de particulares em colaboração com o Poder Público.

Por fim, a teoria concernente aos bens públicos também foi afetada, uma vez que passaram a ser considerados bens públicos todos aqueles afetados à finalidade pública, superando-se a tradicional noção patrimonialista fundada na simples detenção da propriedade. Propôs-se, porém, a incidência do regime jurídico privatístico àqueles bens que, a despeito do domínio público, não se encontram destinados a qualquer fim social.

O projeto albergou uma pesquisa qualitativa, do tipo bibliográfica, com metodologia preponderantemente dedutiva, tendo se valido de fontes indiretas que permitiram ampla revisão de bibliografia e de jurisprudência que permitiu a elaboração de artigos científicos em que foram expostas as conclusões dos processos de análise empenhados. Depois de publicados em periódicos indexados ou em anais de congressos, os artigos aludidos foram reunidos, com o escopo de demonstrar a sistematicidade das conclusões logradas na pesquisa, em obra a ser brevemente lançada.

Permitiu-se, com isso, um incisivo contributo à sociedade para que sejam afastadas as prerrogativas e categorias administrativas aludidas de eventuais utilizações abusivas e antidemocráticas por parte dos governantes, no sentido de obstaculizar a satisfação dos interesses que lhe são próprios em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

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 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2002.

ÁVILA, HUMBERTO. **REPENSANDO O “PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR”**. IN: SARMENTO, DANIEL. (ORG.). INTERESSES PÚBLICOS VERSUS INTERESSES PRIVADOS: DESCONSTRUINDO O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

BAPTISTA, PATRÍCIA. **TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2003.

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

CAETANO, MARCELO. **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**. COIMBRA: ALMEDINA, 2003.

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

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO DE; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO II**. MADRID: THOMSON CIVITAS, 2004.

_____. **LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER**. MADRID: CIVITAS, 1995.

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

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2013.

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

SARMENTO, DANIEL. **A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 3ª ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2003.

__. INTERESSES PÚBLICOS VS INTERESSES PRIVADOS NA PERSPECTIVA DA TEORIA E DA FILOSOFIA CONSTITUCIONAL. IN: SARMENTO, DANIEL (ORG.). INTERESSES PÚBLICOS VERSUS INTERESSES PRIVADOS: DESCONSTRUINDO O PRINCÍPIO DE SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2005.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. **LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA.** MADRID: MARCIAL PONS, 2003.