

13.O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E OS IMPACTOS EM INOVAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Gabriel Coutinho Galil

Icaro Cesar Moreira Motta

Palavras-chave: pós-positivismo, regime jurídico publicístico, atividade administrativa, inovação.

A análise do Direito Administrativo por meio da sua *práxis* e também por meio do que se veicula nos manuais mais adotados nessa disciplina¹ evidencia um descompasso entre a doutrina administrativista brasileira e a dogmática constitucional atual. Assim, utilizou-se o marco teórico pós-positivista para evidenciar a necessidade de adequação do Direito Administrativo com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, e a consequente centralidade dos direitos fundamentais e a isonomia, e consequentemente a racionalidade e objetividade da atuação estatal.

Primeiramente realizou-se uma releitura histórica, de forma a encontrar a gênese dos postulados desenvolvidos pela doutrina positivista, que fundamentavam a atuação estatal unilateral e possibilitavam o autoritarismo. A partir desse esforço, procurou-se confrontar esses principais postulados com a dogmática dos direitos fundamentais e com os princípios de hermenêutica constitucional.

Em relação ao princípio da legalidade, mostrou-se a necessidade de vincular a atividade administrativa não só à esfera da legalidade, mas ao ordenamento

¹Manuais visitados: CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Ed. - Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.; MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015; MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros. 1998. ; MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010

jurídico como um todo, possibilitando, inclusive, a atividade estatal fundamentada diretamente em normas constitucionais e, assim, evidenciando a necessidade de adoção da regra da juridicidade.

Em seguida, analisou-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pela sua explanação doutrinária e aplicação jurisprudencial. Evidenciou-se, então, a impossibilidade do seu emprego, enquanto cláusula indeterminada, para a supressão de direitos individuais, que podem ser, também, direitos fundamentais. Destarte, a utilização de tal paradigma exigiria o esforço de encontrar quais os interesses envolvidos em cada caso concreto e se esses encontrariam previsão normativa. Em seguida, dever-se proceder com o juízo de proporcionalidade para aferir qual interesse prevalecerá em cada caso, mitigando a ideia da supremacia abstrata.

De igual maneira, evidenciou-se que o tratamento conferido à disciplina da discricionariedade possibilitava uma atuação pautada no subjetivismo, desconforme com o Estado de Direito. Assim, mostrou-se a necessidade de reduzir o espaço discricionário através do balizamento da atividade administrativa não-vinculada aos princípios constitucionais, que integram o ordenamento jurídico.

Outrossim, abordou-se a necessidade da pulverização da atuação estatal em diversos atos ordenados dentro do processo administrativo, mitigando a ideia da unilateralidade do ato administrativo, através de um procedimento que possibilite a participação democrática e a efetivação do devido processo legal.

A reflexão acerca dos impactos do pós-positivismo jurídico na configuração clássica dos padrões cognitivos específicos do Direito Administrativo voltou as suas atenções, igualmente, para as bases de construção teórico-jurídica dos institutos relacionados às atividades administrativas. Entendidas essas últimas enquanto corolário da função administrativa e devendo, portanto, possuir tessitura teórica igualmente consentânea com as disposições constitucionais, de modo a bem concretizar a razão pela qual se atribuem tais competências estatais, para que se tenha o exercício da função administrativa por meio das atividades administrativas definitivamente enquanto meio de concreção dos direitos fundamentais.

A normatividade plena das disposições constitucionais, mormente das cláusulas centrais instituidoras de direitos fundamentais, acena para um compromisso

da Administração diretamente relacionado a tais normas e para o seu dever de concretização no plano de atuação estatal, sendo uma vertente estatal igualmente relevante para conformar, na maior medida possível, a realidade dos casos concretos ao plano deontológico-constitucional traçado.

Nesse sentido, mereceu consideração o instituto dos Contratos Administrativos. Tradicionalmente marcado por uma construção que o fazia despontar enquanto instrumento derogatório do regime geral de contratação privatística, com o traço peculiar da exorbitância por parte da Administração, consagrada em faculdades específicas de acentuada verticalidade e unilateralidade, mesmo numa relação contratual, o Contrato Administrativo corroborava certa supremacia pré-determinada da parte investida da função administrativa, com fulcro na cláusula vazia do interesse público e na mera previsão normativa das referidas cláusulas exorbitantes. O já mencionado preenchimento do interesse público pelo conteúdo dos direitos fundamentais, somado à necessidade de conformação de todo o ordenamento jurídico com as disposições constitucionais, determinou a revisão desses traços de exorbitância para conformá-los na estrita medida da promoção do direito prevalente no caso concreto, com a ponderação razoável e racional dos valores conflitantes.

O tradicionalmente chamado Poder de Polícia havido pela Administração estruturava-se numa dicção simpática ao entendimento de que se apresentava propriamente como uma prerrogativa conexa à função administrativa, cercada de larga faixa de conformação discricionária. Novamente, o *topói* do interesse público era invocado para autorizar incursões arbitrárias. O dever de racionalidade do discurso jurídico, no entanto, acenou imperiosamente para o levantamento de padrões objetivos claros sob os quais se pudesse dar razoavelmente a atividade de polícia, passando inexoravelmente pela adequação de competências aos limites constitucionais às limitações das posições jurídicas dos administrados, estabelecidos por meio de parâmetros proporcionais, racionais e razoáveis.

O Serviço Público, de seu turno, na encarnação da função prestacional do Estado, relaciona-se à normatividade dos direitos fundamentais muito mais numa perspectiva positiva de concretização, que numa faceta de levantamento de limites e balizas razoáveis para a atuação da Administração. Com uma longa história de celeuma doutrinária para a sua definição, o referido instituto logrou ser delineado pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais, a vincular muito decisivamente a atuação

estatal para a concreção dessa realidade normativa, numa dimensão de tudo ou nada, sendo corporificada por meio de regras de agir. De outra sorte, orbitando em torno desse núcleo essencial, encontram âmbitos e níveis de concreção menos peremptórios, que comportariam um juízo de ponderação. A parte substancial desses direitos é subtraída do talante de discricionariedade e do juízo de conveniência política para converter-se num pleno dever juridicamente afeto ao Estado.

A pesquisa realizada em relação às inovações pós-positivistas nos paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro resultou em artigos científicos publicados em periódicos, em outros submetidos no aguardo de publicação, bem como em obras de outra natureza a serem, em tempo, legadas à comunidade científica. Igualmente, buscou-se divulgar as reflexões realizadas num sem número de eventos acadêmico-científicos, bem como enriquecer o ensino das cadeiras de Direito Administrativo com as mesmas considerações, num rico processo de retroalimentação entre ensino e pesquisa.