

18. DIREITO ADMINISTRATIVO E PÓS-POSITIVISMO: uma releitura crítica

ADMINISTRATIVE LAW AND POST-POSITIVISM: a critical review

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Victor Luna Vidal

Resumo

O artigo pretende investigar o Direito Administrativo sob a perspectiva do Pós-Positivismo Jurídico, movimento jurídico e filosófico que buscou reconstruir o Positivismo jurídico por meio da releitura crítica dos seus principais institutos. A partir das contribuições de Alexy (2015) e Dworkin (2002), o trabalho promove a releitura crítica dos tradicionais institutos da legalidade, do ato administrativo e do serviço público. De modo a analisar a incompatibilidade das referidas concepções com o atual momento do Estado Democrático de Direito, esta proposta investiga o processo histórico de surgimento do Direito Administrativo. Sob o método dedutivo, a investigação promove a atualização do Direito Administrativo sob os fundamentos da supremacia constitucional e da centralidade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Pós-positivismo Jurídico. Direito Administrativo. Direitos Fundamentais.

Abstract

This article aims to investigate administrative law from the perspective of Post-Positivism, legal and philosophical movement that sought to rebuild Positivism through a critical re-reading of its main institutes. From the contributions of Alexy (2015) and Dworkin (2002), the paper promotes a critical re-reading of the traditional institutes of legality, administrative acts and public service. In order to analyze the incompatibility of these concepts with the current moment of the Democratic State of Law, this proposal investigates Administrative Law historical process of emergence. Under the deductive method, the investigation updates Administrative Law from the perspective of constitutional supremacy and centrality of fundamental rights.

Keywords: Post-Positivism, Administrative Law, Fundamental Rights.

Introdução

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento de uma disputa de natureza política e ideológica no período da Guerra Fria, as relações entre Estado e Sociedade passaram por mudanças substanciais, tendo em vista a necessidade de recuperação dos países tanto na esfera econômica quanto política, além da busca de um modelo de repactuação social que impedisse ou, pelo menos, limitasse o avanço do potencial destrutivo bélico daquele período.

Historicamente, a transição do modelo liberal de Estado para outro de conteúdo social e democrático foi viabilizado, no âmbito jurídico, pela abandono de fórmulas jurídicas positivistas em benefício do Pós-Positivismo Jurídico, movimento jurídico e filosófico que buscou reconciliar Direito e Moral, considerados até então impermeáveis entre si, pela adoção de ideias como a supremacia da Constituição e a tutela dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Para compreender o panorama descrito, o presente trabalho pretende promover um

diálogo entre o Direito Administrativo, ramo científico cujo objeto de análise é pautado pela relação entre organização estatal e sociedade, e o Pós-Positivismo jurídico. A partir do panorama descrito, pretende-se traçar algumas das mais significativas mudanças no Direito Público brasileiro.

No primeiro item, promove-se a análise da gênese controversa do Direito Administrativo, caracterizada pelo binômio liberdade-autoridade, e as consequências desse processo na formação acrítica de conceitos teóricos antidemocráticos.

No segundo, são apontadas as principais características do Pós-Positivismo Jurídico, movimento originário da segunda metade do século XX, que tem como referencial a reconciliação entre Direito e Moral, a normatividade em regras e princípios e a busca por justiça material.

O terceiro, por sua vez, destaca algumas das contribuições do Pós-Positivismo na revisão crítica do Direito Administrativo. Os dois subitens seguintes investigam a reformulação do conceito de legalidade e da teoria dos atos administrativos.

O quarto item propõe a revisão do conceito de serviço público. Nesse sentido, são investigados parâmetros para o afastamento da margem de subjetivismo atinente à concepção de serviços públicos adotada por parte significativa da doutrina nacional.

Para a efetivação da presente proposta, a pesquisa qualitativa em tela emprega fontes próprias do Direito, entre elas, normas jurídicas e trabalhos teóricos. Sob o método dedutivo, promove-se uma revisão de literatura baseada especialmente em obras de estudiosos do Pós-Positivismo e do Direito Administrativo. Desse modo, objetiva-se delinear os contornos das novas relações entre sociedade e Administração Pública sob a égide do Estado Democrático de Direito.

2. Direito Administrativo: gênese e releitura crítica

O Estado de Direito tem seu nascedouro nas revoluções liberais empreendidas nos séculos XVII e XVIII na Europa e nos Estados Unidos. Por meio do ideal iluminista, erigiu-se um modelo estatal alicerçado na centralidade dos direitos humanos e no estabelecimento de um pacto social que resultou na derrocada do controle político pelas monarquias tradicionais e o fortalecimento do poder político da burguesia.

A ruptura com o paradigma absolutista foi viabilizada pela Separação dos Poderes, o que permitiu a destinação de competências específicas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais exerceriam controle recíproco entre si por meio do sistema de freios e contrapesos. Como referencial desse modelo, a supremacia da legalidade no ordenamento jurídico consubstanciou um sistema de controle formalista que permitiu legitimar ideologicamente o poder da burguesia dominante por meio da suposta representação democrática. Desse modo, a lei, então considerada naquele momento, como fruto da vontade popular, tinha no Poder Legislativo a manifestação de sua racionalidade (MELQUÍADES DUARTE; GALIL, 2017).

O destaque conferido ao Direito Positivo na ordem jurídica liberal teve como alicerce a consolidação do Positivismo jurídico. Por meio desse movimento, parcela significativa da doutrina do Direito Administrativo pretendeu compreender a origem do referido ramo jurídico. Com base em sua pretensa origem democrática, o agir administrativo estaria respaldado pela legalidade, princípio então concebido como representativo da vontade popular. Contudo, o suposto surgimento progressista permitiu a criação de institutos que, sob a perspectiva do atual momento do Estado Democrático de Direito, manifestam características autoritárias.

Conforme indicado, a doutrina tradicional, embora tenha tratado da origem democrática do referido ramo jurídico, não conseguiu compreender as razões que levaram ao desenvolvimento de institutos contrários à proposta liberal original do movimento iluminista.

Para explicar tal fenômeno, Otero (2003) cunhou o conceito de ilusão garantística de gênese, conceito que ilustra que, por meio da separação da competência jurisdicional entre os Poderes Executivo e Judiciário e a formação do Conselho de Estado na França, estabeleceu-se verdadeiro sistema de proteção aos interesses dos agentes revolucionários que controlavam o Estado naquele período, consolidando uma espécie de contramovimento revolucionário. Como jurisdição administrativa dotada de autonomia, o Conselho de Estado atuava de modo a concentrar os poderes do Poder Executivo através da criação de normas que seriam utilizadas para o julgamento pela própria instituição criadora.

Em sintonia com tal pensamento, Binembojm (2005, p. 3) afirma que o surgimento do Direito Administrativo não se realizou pela “submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador”. De outro modo, a consolidação do Conselho de Estado francês efetivou-se pela “formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas [...] que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública [...]” (BINEMBOJM, 2005, p.3). A criação do Conselho de Estado francês representou, portanto, verdadeira insubmissão do Poder Executivo ao Poder Judiciário.

De modo semelhante, Di Pietro (s.d.) também observa a ocorrência de entendimento equivocado quanto ao surgimento do Direito Administrativo. Mencionando o assunto, a autora trata da existência de “contradições e paradoxos” (DI PIETRO, s.d., p. 13) na origem do referido ramo jurídico. Desse modo, enquanto o Estado Liberal tinha a finalidade de proteger o indivíduo em face dos abusos de poder, o reconhecimento de potestades (prerrogativas) à Administração Pública revelava a face autoritária do regime. Como consequência, a autora caracteriza o mencionado fenômeno pela ocorrência do binômio liberdade-autoridade (DI PIETRO, s.d.).

Outro dois aspectos problemáticos ressaltados pela autora são: 1) o modo de surgimento do novo campo normativo tratado, o que ocorreu pela negação do Direito Civil como fonte adequada, resultando na formação de um sistema lacunoso dependente de construções teóricas com tendência à limitação das liberdades individuais; 2) o significado particular de legalidade para o Conselho de Estado francês, em que era prevista a supremacia de sua jurisprudência sobre a legislação (DI PIETRO, s.d.).

Pela leitura da concepção tradicional da formação do Direito Administrativo, é comum perceber a incorporação acrítica dos institutos antidemocráticos em diversos trabalhos doutrinários. Como forma de promover o diálogo com tais modelos jurídicos, o próximo item investigará as principais características do movimento pós-positivista. Assim, será possível a releitura dos fundamentos administrativos sob a perspectiva democrática.

3. O pós-positivismo jurídico

Consciente dos elevados potenciais de arbitrariedade e de irracionalidade manifestados pelo Positivismo Jurídico, o Pós-Positivismo surgiu como um modelo jusfilosófico que buscou reconstruir a ciência jurídica sob a ótica valorativa. Desse modo, enquanto Kelsen (2006), um dos principais expoentes do Positivismo jurídico, tem na centralidade da lei a principal fonte normativa, o Pós-Positivismo amplia a normatividade jurídica por meio do reconhecimento de regras e princípios. Ao identificar as duas categorias jurídicas, e em especial a última espécie normativa, os autores pós-positivistas demonstram maior sensibilidade com a justiça material das decisões e com a moral. Em Alexy (2015), por exemplo, os princípios positivados no ordenamento jurídico representam valores vinculados essencialmente aos direitos fundamentais. Correspondem, portanto, à incorporação pelos ordenamentos jurídicos nacionais de verdadeiros compromissos éticos originários do debate democrático e da celebração de tratados entre os países após o fim da 2ª Guerra Mundial.

Para estabelecer a distinção entre regras e princípios, o autor afirma que os referidos

comandos possuem dimensões qualitativas próprias. Dessa maneira, os princípios correspondem a “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (ALEXY, 2015, p. 90). Tratam-se, portanto, de “mandados de otimização” (ALEXY, 2015, p. 90), que podem ser realizados, em maior ou menor medida, quando da colisão com outros princípios. Por sua vez, “as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não; se uma regra for válida, dever-se-á fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos” (ALEXY, 2015, p. 91). Em se tratando de mandamentos definitivos, “(...) as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2015, p. 91).

4. Pós-positivismo e Direito Administrativo

O avanço do debate pós-positivista permitiu a difusão de suas contribuições nos ordenamentos jurídicos de diversos países. No que concerne ao Direito Administrativo, a referida corrente teórica fundamenta a releitura crítica de tradicionais institutos como discricionariedade, mérito e exorbitância dos contratos administrativos, além de conduzir à ampliação do conceito de legalidade. Além das mudanças de ordem teórica, a tutela de novos valores, como a inserção do princípio da eficiência - incluído pela Emenda Constitucional nº 19 (BRASIL, 1998) - às disposições constitucionais relativas à Administração Pública, também demonstra a sensibilidade do legislador constitucional pátrio quanto aos clamores sociais contemporâneos. Por consequência, com a assunção da nova carga axiológica, os sujeitos anteriormente considerados pelo Direito Administrativo clássico como administrados passam a receber o tratamento de cidadãos, reconhecidos pela titularidade de direitos e de deveres perante o Estado.

Em alusão ao movimento neoconstitucionalista, uma das vertentes jusfilosóficas associadas ao Pós-Positivismo, Di Pietro (2016) identifica algumas inovações no Direito Administrativo relacionadas às teorias e às mudanças legislativas surgidas no fim do século XX. Sistemáticamente, a autora destaca que, seguindo a gênese binomial do ramo jurídico estudado (liberdades individuais – prerrogativas públicas), as modificações ora tendem a ampliar as prerrogativas da Administração Pública, ora tendem ao aprimoramento das garantias dos indivíduos.

Em resumo, as principais mudanças identificadas pela autora são quatro: 1) constitucionalização do Direito Administrativo e consequente giro hermenêutico em torno da supremacia constitucional; 2) humanização do direito e adoção de critérios como a razoabilidade; 3) tendência à privatização do direito público, em virtude da influência neoliberal institucionalizada a partir dos anos 1990 no Brasil; 4) desenvolvimento de instrumentos de democratização, por meio da ampliação da participação popular e da adoção de parâmetros para a processualização, a motivação e a transparência dos atos administrativos (DI PIETRO, 2016).

Analisando os itens 1), 2) e 4), tem-se de modo equivalente as propostas pós-positivistas de aprimoramento da pirâmide normativa kelseniana, por meio da supremacia constitucional, a vinculação a critérios de justiça material e a adoção da máxima da proporcionalidade de Alexy (2015, p. 116-117), e a conformação legislativa de institutos progressistas previstos na Constituição (BRASIL, 1988). Relativamente ao terceiro item, verifica-se a tendência à realização de um movimento de flexibilização das conquistas democráticas alcançadas pela sociedade no movimento constituinte, especialmente no que tange aos direitos sociais e ao modelo de atuação estatal.

De modo a tentar traçar alguns aspectos significativos do complexo panorama descrito, os itens seguintes do presente estudo desdobram-se em reflexões quanto a algumas das inovações propiciadas pela releitura dos institutos tradicionais do Direito Administrativo sob o filtro pós-positivista. Relacionadas às releituras dos institutos analisados, destacam-se algumas

das criações legislativas mais recentes.

4.1. Crise da legalidade e adoção da regra da juridicidade

Sob o ponto de vista social, é lugar-comum tratar da crise de representatividade dos modelos democráticos contemporâneos e de suas consequências em diversas nações. Como comando jurídico resultante desse processo, a lei também padece de uma crise dos seus potenciais de regulação e de vinculação. Para investigar a origem dessa tensão na seara administrativa, a doutrina propõe o retorno histórico ao modelo positivista do liberalismo iluminista.

Retomando a formação do Estado de Direito, Chickoski (2015, p. 256) declara que, de modo a romper com a dominação da estrutura absolutista anteriormente vigente, a legalidade correspondeu à ferramenta responsável pela legitimação do poder da burguesia, na medida em que limitava “o poder de certo modo incontrolável do soberano absolutista por meios racionais que o impedissem de alterar sua vontade bruscamente [...]”. A proposta de contenção do poder monárquico representava, portanto, elemento essencial à realização das atividades econômicas da classe burguesa. Alinhando-se com a exigência de estabilidade nas relações jurídicas, “a inserção do princípio da legalidade no ordenamento jurídico do Estado de Direito se deu em razão de uma sensível preocupação da burguesia em garantir segurança em suas relações jurídicas” (CHICKOSKI, 2015, p. 256).

Tendo em vista a primazia da legalidade para a defesa dos interesses burgueses, o sistema jurídico da França e dos demais países influenciados pela matriz romano-germânica teve no Positivismo o seu principal fundamento teórico. Considerado como um modelo fechado, isto é, refratário a influências de ordem política, econômica ou moral, o Direito era entendido como um ideal de completude, pensamento que permaneceu dominante até a primeira metade século XX.

Naquele período histórico, o modelo positivista era adequado para atender às demandas sociais por regulação, visto que predominava como modelo institucional o Estado Liberal mínimo (BINEMBOJM, 2006). Desse modo, o ideal de completude legal manifestava-se pelo exercício do Poder Legislativo, considerado legítimo representante popular.

A transição para o século XX demonstrou, contudo, a insuficiência do Positivismo jurídico e do Estado liberal. Alguns referenciais temporais permitem compreender a queda desses modelos. A partir dos anos 1930, por exemplo, Herbst e Duarte (2013, p. 19) destacam que a superação da crise financeira mundial de 1929 e a reorganização econômica no período pós Segunda Guerra Mundial conduziram à realização do acordo de Bretton-Woods, modelo organizacional pautado pela forte regulação estatal das atividades econômicas. Paralelamente, a ascensão de revoluções populares, como a Revolução Russa e a Revolução Mexicana, ambas ocorridas no começo do século XX, resultou na criação de constituições de amplo conteúdo social, como a Constituição do México, de 1917, e a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919 (MACHADO, 2003).

Como produto das novas experiências econômicas, sociais e políticas, erigiu-se o Estado de Bem Estar Social (Welfare State) a partir da “imposição de um número crescente de obrigações prestacionais por parte do Estado, dificultando a previsão legal de cada situação em que o Estado deveria atuar” (MELQUIADES DUARTE; GALIL, 2017, p. 366). A assunção do novo papel estatal teve como produto a crise do Positivismo Jurídico.

Conforme assinala Binenbojm (2006), são cinco os principais fatores que explicam a crise do modelo positivista: 1) o aumento das funções estatais com a assunção do Estado Social e o conseqüente inchaço legislativo ocasionaram a banalização das leis e de seu poder normativo; 2) a desvinculação positivista de valores sociais e morais, estruturando um sistema baseado tão somente na formalidade do processo legislativo, o que permitiu a legitimação de

iniquidades como aquelas praticadas pelo nazifascismo; 3) a ascensão do constitucionalismo e o reconhecimento de sua superioridade formal e axiológica resultaram, em certa medida, na decadência da lei como principal fonte normativa; 4) a proliferação de atos administrativos infraconstitucionais, resultando na previsão constitucional de outras espécies de atos normativos primários e na possibilidade de regulação autônoma pela Administração Pública; 5) a ascensão do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo quanto ao processo legislativo, seja por previsão constitucional, seja pelo exercício do poder fático.

As razões enunciadas por Binenbojm (2006) podem ser sintetizadas nos fenômenos da deslegalização, em que o desempenho das atividades públicas não depende somente de previsão legislativa, podendo também estar embasadas em outras espécies normativas, e a constitucionalização do Direito Administrativo, processo essencialmente vinculado ao Pós-Positivismo. A ascensão pós-positivista acarretou algumas mudanças na hermenêutica administrativista. Pela ideia de supremacia constitucional, o agir interpretativo passou a ter como referencial a hierarquia normativa e a centralidade dos direitos fundamentais. Desse modo, a observância da hierarquia normativa permitiu a consolidação das atividades administrativas com fundamento imediato no texto constitucional.

A crise da legalidade e a conseqüente adoção de outros parâmetros normativos na prática jurídica redundam na propositura da juridicidade administrativa. Para determinar a sua esfera de abrangência, são consideradas as seguintes espécies: normas constitucionais, leis em sentido formal ou material e atos derivados do poder regulamentar. Por meio da visão ampliativa, a atividade administrativa é viabilizada sob três formas distintas: 1) a atividade secundum legem, isto é, conforme a lei, quando esta é desprovida de inconstitucionalidade; 2) atividade praeter legem, tendo como recurso imediato as disposições constitucionais no caso de lacunas; 3) atividade contra legem, ou seja, hipótese em que o comando legal aplicável é inconstitucional (BINENBOJM, 2008).

Como parâmetro inovador no Direito Administrativo, a juridicidade administrativa é, sob a leitura pós-positivista, entendida como norma da natureza de regra. Por conseqüência, trata-se de comando definitivo, vinculando o agir administrativo aos parâmetros normativos definidos pelo ordenamento jurídico e à hierarquia normativa. Conseqüentemente, a legalidade é considerada como norma de cunho principiológico, equivalendo, assim, a mandamento de otimização pelo qual o intérprete deve tentar se orientar na maior medida possível.

4.2. A processualização do Direito Administrativo

A constitucionalização do Direito Administrativo é fenômeno que influencia o redimensionamento da teoria clássica dos atos administrativos. No Brasil, por exemplo, a Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso LIV, tem como princípio orientador das atividades públicas o devido processo legal. Segundo Didier Jr. (2018), tratar do referido direito fundamental significa identificar o seu potencial de irradiação sobre todo o ordenamento. Desse modo, além da referida garantia ser aplicada aos processos legislativo e jurisdicional, ela também está presente no objeto do presente estudo, o processo administrativo. Vale ressaltar que, sob a égide pós-positivista, o conceito deve ser interpretado também de maneira ampliativa. Desse modo, quando é mencionado que o devido processo é legal, não se está dizendo que ele está limitado às leis, mas, sob a regra da juridicidade, que ele deve observar o ordenamento jurídico de forma integral.

Para que a transição do ato para o processo administrativo seja compreendida, é preciso retomar o contexto de formação do Direito Administrativo. Para tanto, Baptista (2003) enuncia razões que explicam a inicial prevalência da investigação da categoria dos atos em detrimento do processo.

Considerando que o referido ramo jurídico é construção histórica relativamente recente,

no século XIX predominava a insuficiência de marcos regulatórios próprios à sua consolidação na esfera jurídica. Para preencher lacunas e viabilizar a organização do Direito Público, o Direito Civil, segmento jurídico mais tradicional, foi utilizado como padrão normativo para o desenvolvimento dos institutos administrativos. Desse modo, como prepondera na esfera privada a manifestação final da vontade, seja por meio de atos ou de contratos, em detrimento de um processo de formalização decisional, a doutrina dedicou-se a estudar em maior medida os atos administrativos (BAPTISTA, 2003).

Como exteriorização do poder unilateral da Administração Pública, o ato administrativo resultou não na ruptura do modo como o Estado atuava no meio social, mas tão somente na troca de poder dos reis absolutistas para a burguesia efervescente. Assim, segundo Melquíades Duarte e Galil (2017), mantinha-se o padrão de ação estatal aristocrático sob o rótulo de uma suposta legitimidade de direito.

Com o tempo, ao caráter autoritário dos atos administrativos foram somadas novas formas de atuação pelo Estado com a conquista dos direitos sociais. Dessa maneira, as novas competências e responsabilidades da Administração Pública foram essenciais à implantação do Welfare State. Sob a perspectiva social, a limitação do agir público na moldura teórica dos atos administrativos mostrou-se insuficiente às novas tarefas assumidas pelo Poder Público (MELQUÍADES DUARTE; GALIL, 2017). Nesse sentido, a efetivação dos direitos fundamentais sociais constituiu um desafio teórico à doutrina tradicional na medida em que rompeu com a quase exclusividade dos comportamentos absenteístas do Estado Liberal.

Destarte, conforme assinala Baptista (2003), as relações entre setor público e indivíduo não se limitaram ao exercício do poder unilateral do primeiro sobre o segundo. Atos de colaboração, de participação e – em maior proporção com o advento do neoliberalismo a partir do fim do século XX – de regulação, passaram a compor o leque de métodos de ação da Administração.

No direito nacional, a crise doutrinária mencionada e a modernização do Direito Administrativo tiveram como referencial a promulgação da Constituição (BRASIL, 1988). Referido marco regulatório possibilitou, com relação à teoria dos atos administrativos, a demarcação de duas ordens de modificações para a consolidação do fenômeno da processualização administrativa.

A primeira contribuição associa-se à criação e ao aprimoramento de institutos de democracia participativa pelo texto constitucional. Para alcançar tal objetivo, o legislador constituinte incluiu no rol de direitos fundamentais instrumentos de participação e de fiscalização pelos cidadãos. Relacionados a modelos jurídicos complexos, os referidos mecanismos são materializados por meio de procedimentos específicos. Exemplificativamente, o direito de petição, previsto no inciso XXXIV, alínea “a”, do artigo supracitado (BRASIL, 1988), abarca a possibilidade, por exemplo, de exigência de que o Estado adote medidas positivas de modo a prestar informações aos cidadãos. O mecanismo narrado corresponde, portanto, a veículo de provocação do Estado que depende do concatenamento de atos de modo a realizar o controle pela sociedade dos organismos estatais.

A segunda contribuição está atrelada à incorporação pela legislação dos valores constitucionais e à proposta de concretização normativa de seus mandamentos. Nesse sentido, ao dispor sobre parâmetros gerais no processo administrativo federal, a Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999), pretendeu, conforme previsto em seu artigo 1º, conferir maior segurança aos cidadãos em suas relações com a Administração Pública, bem com a adequação do seu agir aos fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Recentemente, a Lei nº 13.460 (BRASIL, 2017), conhecida como Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, instituiu parâmetros para a defesa dos interesses dos cidadãos na prestação dos serviços públicos. Nesse contexto, a norma recém-promulgada pressupõe a comunicação entre usuários e Administração Pública pela via procedimental, conforme previsto nos artigos 5º, inciso XIII, e 6º, inciso VI, alínea “d”

(BRASIL, 2017). Seguindo a mesma lógica, o artigo 12 do novo estatuto dispõe quanto ao compromisso com os princípios da eficiência e da celeridade na condução dos procedimentos em que são realizadas manifestações dos usuários dos serviços (BRASIL, 2017).

Conforme definem Melquíades Duarte e Galil, (2017), o giro teórico e normativo em torno da concretização da processualização do Direito Administrativo corresponde ao desenvolvimento de um modelo de gestão da Administração pela desconcentração do seu poder de decisão. Desse modo, a aplicação de ritos procedimentais organizados que permitam o desencadeamento de atos sujeitos à participação e ao controle popular tende a impedir, ou, pelo menos, evitar a ocorrência de abuso de poder.

Como exteriorização da participação dos cidadãos na esfera pública, a processualização do Direito Administrativo revela a necessidade de aprofundamento da legitimação democrática das instituições. Para tanto, os instrumentos jurídicos descritos demandam contante aperfeiçoamento, o que é concretizado pela otimização dos direitos fundamentais previstos na Constituição (BRASIL, 1988). Como desafio à criatividade e à competência dos agentes públicos e da sociedade, a procedimentalização exige a ruptura com a cultura de atuação unilateral herdada do recente período ditatorial pelo qual o país passou, além do estímulo à criação e à ampliação de instâncias de cooperação entre Estado e indivíduos.

5. Problemática acerca do conceito tradicional de serviço público

Inseridos na moldura doutrinária tradicional, os serviços públicos são considerados como favores ou benesses distribuídas à população, estando desvinculados, portanto, de sua natureza de direito (JUSTEN FILHO, 2009). Historicamente, a referida categoria doutrinária tem suas origens nos estudos da Escola do Serviço Público, também conhecida como Escola de Bordeaux, na França, no início do século XX. Representada por teóricos como os franceses Duguit e Jèze, a corrente teórica francesa concebeu o instituto como um conjunto de atividades realizadas pela Administração Pública. Com a expansão das atividades estatais na esfera econômica e, paralelamente, com o desempenho dessas atribuições pela iniciativa privada, seja em regime de concorrência com o Estado, seja em virtude da delegação pelo setor público aos particulares, verificou-se uma crise teórica do modelo inicialmente proposto (MEDAUAR, 2018).

Segundo Medauar (2018, p. 316), a superação da crise conceitual ocorre, na atualidade, pelo reconhecimento de que o instituto “encerra o atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição”. Para caracterizá-lo, a autora aduz que a discussão proposta “remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel”, o que implica a existência de um “plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição” (MEDAUAR, 2018, p. 316). Continuando seu raciocínio, a autora admite que a doutrina tradicional identifica a existência de um grupo de serviços que são pacificamente considerados como públicos, estando inseridos nessa categoria o fornecimento de água, energia elétrica e iluminação pública, a organização de um sistema de coleta de lixo e de limpeza de ruas e o desempenho das atividades de correio (MEDAUAR, 2018).

Além disso, a qualificação indicada pode ser visualizada pela identificação de características comuns, a saber, 1) vínculo orgânico com o Estado, o que poder ocorrer pela prestação direta do serviço pela Administração ou “pela relação de dependência entre a atividade e a Administração ou presença orgânica da Administração” (MEDAUAR., 2018, p. 316); 2) regime jurídico parcial ou totalmente submetido ao Direito Administrativo (MEDAUAR, 2018, p. 316).

Sob a perspectiva histórica, a conceituação indicada acima, comum a outros doutrinadores administrativistas, desconsidera alguns aspectos essenciais atinentes aos serviços

públicos. A transição de um modelo liberal de Estado para outro de caráter social ocorreu em razão da incorporação dos direitos sociais às responsabilidades do Poder Público. Mais tarde, com o surgimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, inseridos na lógica de fraternidade ou de solidariedade, condutas relacionadas à tutela de grupos humanos e do meio ambiente, bem como a proteção dos interesses dos consumidores e dos direitos à informação e ao desenvolvimento econômico, passaram a integrar os fins da Administração (FINGER, 2003, p. 66).

Comparando a concepção adotada por Medauar (2018, p. 316) com a expansão dos direitos fundamentais e, por consequência, com as tarefas assumidas pelo Estado contemporaneamente, vislumbra-se a sua insuficiência ante o atual estágio de complexidade nas esferas social e jurídica. Conforme se torna evidente, o conceito jurídico acima elencado é dotado de significativa imprecisão, o que revela o seu potencial antidemocrático. Destaca-se, nesse sentido, a eleição de objetivos pelos governantes a despeito de qualquer controle pelos principais interessados nas decisões tomadas, ou seja, os seus usuários. Pela desvinculação conceitual de serviços públicos à noção de direitos, a interpretação de serviço público está sujeita a um espaço suscetível à elaboração de políticas públicas com fundamento em subjetivismos.

Exemplificativamente, na declaração de que o conceito “encerra o atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição” (MEDAUAR, 2018, p. 316), não há um critério preciso quanto à definição de quais são as necessidades básicas da vida social, nem quais direitos sociais estão nela incluídos. Como é evidente, a falta de rigor técnico na definição tratada possibilita o manejo de decisões que desbordam dos limites da discricionariedade.

No contexto pós-positivista, contudo, até mesmo a discricionariedade está vinculada a contornos mais precisos, haja vista a configuração do campo normativo em regras e princípios. Enquanto no Positivismo Jurídico, a discricionariedade é campo aberto para decisões definidas a critério do intérprete, o Pós-Positivismo limita a eleição de opções na tarefa interpretativa por meio da vinculação dos princípios e, portanto, da argumentação sustentada por tais comandos normativos. Registre-se que o Pós-Positivismo não nega o espaço de atuação dos agentes públicos, uma vez que o reconhece como condição essencial ao desenvolvimento da democracia. Contudo, deve-se retomar a ideia de que o emprego de processos de argumentação racional tende a limitar a perspectiva extremamente ampla defendida pelo Positivismo.

Outros teóricos do Direito Administrativo apresentam definições similares à de Medauar (2018). Na acepção de Carvalho Filho (2015, p. 333), serviço público corresponde “a toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”. Conforme indicado, não há definição quanto ao que seriam necessidades essenciais e secundárias. No mesmo sentido, a definição de Meirelles (2016, p. 418) é a seguinte: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Nessa perspectiva, a proposta de reformulação do conceito de serviços públicos passa pela leitura pós-positivista. Considerando que, como pacto social, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) tem como princípio basilar, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade humana, a densificação do comando normativo em análise deve estar atrelada à promoção de tal valor. O entendimento de serviço público como o conjunto de prestações devidas pelo Estado ou pelos particulares – seja por regime de colaboração com o ente público ou por delegação –, não é promessa vazia quando, sob a perspectiva de supremacia constitucional, a dignidade é densificada pelas noções de proteção e de efetivação dos direitos fundamentais.

5.1. A proposta de Alexy (2015) para os direitos fundamentais e a sua articulação com o conceito de serviço público

Ao assumir a supremacia da Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais como filtro hermenêutico, a presente proposta implica algumas consequências. Relativamente à tese da separação de poderes, manifestam-se as seguintes contribuições. Ao Legislativo, poder cujas competências são a criação de leis e a definição de políticas públicas, seja de forma independente, seja com base na cooperação com o Poder Executivo, são confrontados os limites definidos por regras e princípios de direitos fundamentais. Com fundamento nessa premissa, a decisão do legislador quanto aos serviços prestados deve estar calcada na promoção dos direitos dos cidadãos definidos pelo texto constitucional. Como forma de racionalização dos diferentes interesses em conflito em sociedade, o paradigma apontado remete à aplicação de instrumentos de decisão racional para o adequado desenho das políticas públicas. Nesse sentido, a máxima da proporcionalidade de Alexy (2015) é ferramenta tributária do processo de desenvolvimento do debate democrático.

No que tange ao Poder Executivo, a medida sugerida não se limita ao papel de colaboração na definição das políticas públicas, mas também à necessidade, considerando o fato de que os direitos fundamentais são veiculados por princípios otimizáveis, de máxima implementação dos valores constitucionais. Por fim, ao Poder Judiciário, permite-se a realização de controle mais efetivo com relação à atuação dos demais poderes, na medida em que a discricionariedade é restringida ao padrão axiológico do sistema jurídico, especialmente representado pela Constituição (BRASIL, 1988).

Relativamente à dificuldade de estabelecimento de critérios para a determinação das atividades consideradas essenciais, tem-se como parâmetro conceitual a realização de atividades concernentes aos direitos fundamentais. Assim, sua definição é pautada, conforme Alexy (2015), pela aplicação da máxima da proporcionalidade e de suas três submáximas, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando que a prestação de serviços públicos está relacionada essencialmente aos direitos sociais, a adoção dos apontamentos indicados implica a análise do conflito de competências entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como critério para a atuação do operador jurídico, o modelo pós-positivista oferece alguns elementos de correção pautados na análise dos princípios colidentes.

Existem princípios formais e materiais que embasam as decisões no caso concreto. Nesse sentido, como argumento favorável aos direitos sociais tem-se a liberdade em sua acepção fática. Associada à observância da efetivação dos direitos fundamentais, tal premissa sustenta que a liberdade formal, isto é, a possibilidade jurídica de fazer ou não fazer algo, somente se sustenta com a garantia de condições materiais para tanto. Da proteção constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, decorre, portanto, a ação prestacional estatal (ALEXY, 2015).

São dois os argumentos contrários à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Pelo argumento formal, a garantia de tais direitos pelo Poder Judiciário desloca indevidamente as políticas públicas, que são da competência do Poder Legislativo, para a esfera judicial. Por esse raciocínio, a inaptidão institucional para a determinação do conteúdo dos direitos sociais inviabiliza potencialmente a tutela jurisdicional dos direitos sociais. Sob a perspectiva dos princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão quanto à determinação do conteúdo dos referidos direitos não é jurídica, mas política, haja vista a contraposição entre a legitimidade conferida pelo voto popular ao Poder Legislativo e o caráter técnico, e portanto, não eletivo, caracterizador do Poder Judiciário (ALEXY, 2015).

Imbricado ao argumento formal está a também indevida interferência da tutela jurisdicional sob os recursos financeiros destinados a políticas públicas. Não sendo o Poder

Judiciário legitimado para o desenho de tais iniciativas, a concessão de pleitos judiciais e a consequente realocação de recursos derivada dessas medidas conduziriam ao comprometimento dos recursos financeiros, os quais estão originalmente a cargo dos demais Poderes (ALEXY, 2015).

O argumento substancial contrário aos direitos fundamentais sociais declara que são incompatíveis ou estão sujeitos à colisão com normas constitucionais materiais. O exercício da liberdade fática de uns colide com a liberdade de outros, uma vez que a realização dos direitos sociais demanda a redistribuição de recursos oriundos da tributação. Está-se diante, portanto, de uma potencial violação do direito de propriedade (ALEXY, 2015).

Considerada a necessidade de procedimentalização do tratamento dos direitos fundamentais, Alexy (2015) elabora um modelo que articula os argumentos positivos e negativos acima descritos de forma sistemática. Tal instrumento metodológico tem importância, segundo o autor, em virtude da posição de destaque dos referidos direitos no plano jurídico do país. Assim, declara o autor que os direitos fundamentais não podem estar sujeitos, sob a ótica do direito constitucional, ao arbítrio das maiorias parlamentares.

A fórmula inaugurada por Alexy (2015, p. 511-512) diz respeito à tarefa de determinação de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente possui. Pressupostos a ela estão o arcabouço principiológico e a necessidade de ponderação. De acordo com o conjunto de ideias apresentado, estão, de um lado, o princípio da liberdade fática, e do outro, o princípio da separação dos poderes, os demais princípios materiais, e os direitos fundamentais sociais e os interesses coletivos de outros.

Conforme Alexy (2015, p. 512), o “modelo proposto não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem”. Isso não impede, contudo, que seja estabelecido um ferramental adequado para o tratamento dos diversos questionamentos levados ao Judiciário. Na verdade, tal fator corresponde mais a uma vantagem do que a uma deficiência: a definição de critérios de decisão possibilita a compreensão sistêmica das inúmeras (e complexas) variáveis concernentes ao caso concreto.

O modelo alexyano define que: o direito definitivo a determinada prestação de cunho social deve ser resguardado se (1) o princípio da liberdade fática o exigir de forma imediata e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio da democracia – referente à legitimidade popular do Poder Legislativo e à sua competência orçamentária–, (3) além dos princípios materiais em colisão, notadamente representados pela tutela da liberdade jurídica de outrem, forem afetados em proporção diminuta se comparados à garantia da prestação material tutelada constitucionalmente e às decisões do tribunal que a considerarem (ALEXY, 2015).

A proposta de Alexy (2015) tem com vantagem a articulação dos direitos interesses conflitivos em jogo, o que permite a orientação do intérprete para a realização de decisões comprometidas em maior medida com a racionalidade discursiva. Deve-se observar que a precedência geral da ação do Poder Legislativo na definição de políticas públicas não impede, contudo, que o Poder Judiciário atue de forma a garantir prestações fáticas atreladas aos direitos fundamentais. Conforme ressalta Toledo (2017), o significado do princípio formal da separação de poderes não está restrito à impossibilidade *prima facie* de intervenção da tutela jurisdicional no exercício dos demais poderes estatais. Pela assunção do sistema de freios e contrapesos, é cabível a apreciação judicial sempre que os direitos fundamentais dos indivíduos forem violados ou insuficientemente protegidos.

O padrão argumentativo observado por Alexy (2015) resulta em contribuição teórica essencial à definição de serviço público, conceito vinculado essencialmente à articulação entre os direitos fundamentais sob a ótica constitucional. Não esgotando a capacidade de compreensão dos conflitos de competência na definição de políticas públicas, o modelo apresentado deve servir como ponto de partida para novas reflexões. Destarte, o aperfeiçoamento de tal instrumento demanda a busca pelo desenvolvimento da racionalidade

do discurso aplicada aos direitos fundamentais e ao Direito Administrativo sob a perspectiva pós-positivista.

6. Conclusão

O presente trabalho buscou investigar o Direito Administrativo sob o lume do Pós-Positivismo Jurídico. Com base na leitura na doutrina administrativista nacional, pretendeu-se evidenciar a existência de uma incompatibilidade entre a construção histórica de institutos que, embora tenham sido compreendidos no momento de sua formulação como democráticos, revelam-se incompatíveis com o atual momento do Estado Democrático de Direito.

De modo a promover a releitura dos institutos administrativistas, adotou-se o Pós-Positivismo jurídico, referencial teórico surgido a partir da segunda metade do século XX. Para tanto, foram apontadas as suas principais características, entre as quais se destacaram a supremacia da constituição e a centralidade dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Analisado o marco teórico, foram investigadas releituras difundidas recentemente no meio jurídico dos institutos do Direito Administrativo. Dessa maneira, foram tecidas considerações pertinentes ao princípio da legalidade e ao instituto do ato administrativo. Com relação ao primeiro, promoveu-se uma ampliação conceitual materializada na regra da juridicidade. No tocante ao segundo, tendo em vista as necessidades de participação popular e de desconcentração do poder estatal propugnadas pela doutrina, observou-se a tendência do Direito Administrativo contemporâneo à procedimentalização.

Por fim, propôs-se a revisitação do conceito de serviços públicos, por meio do alicerce teórico dos direitos fundamentais. Da incorporação dos direitos fundamentais ao conceito de serviço público, resultou a investigação do modelo argumentativo proposto por Alexy (2015) para a articulação das relações resultantes do conflito de competências dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>. Acesso em: 12 Ago. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13460.htm. Acesso em: 12

ago. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 3, n. 1, p. 254-283, 11 jan. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/98432>. Acesso em: 11 ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. n. 51/52. São Paulo, Malheiros, s.d. P. 12-25. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1590914>. Acesso em: 12 ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. Revista de Direito da Administração Pública. Niterói, RJ, v. 02, n. 02, p. 188-215., jan/jun 2016, p. 188-215. ISSN 24472042. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/55>. Acesso em: 11 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades; GALIL, Gabriel Coutinho. Inovações Pós-Positivistas nos Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria, RS, v. 12, n. 2, p. 359-386, ago. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/23531>. Acesso em: 11 ago. 2018.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 59-82, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45685>. Acesso em: 12 Ago. 2018.

HERBST, Kharen Kelm; DUARTE, Francisco Carlos. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 16-38, jul. 2013. ISSN 2179-8214. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6005>. Acesso em: 12 ago. 2018.

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

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Aquidaban Flores. Políticas públicas no Estado do bem-estar social e no neoliberalismo: alguns aspectos. Direito em Debate. n. 20, p. 73-98, jul./dez. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/739/456>. Acesso em: 12 ago. 2018.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

TOLEDO, Cláudia. *Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências*. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Gen, 2017. p. 278-292.