

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

MARCOS LEITE GARCIA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E175

Esfera pública, legitimidade e controle [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi
Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-107-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Esfera pública. 3.
Legitimidade. 4. Controle. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O grupo de trabalho Esfera Pública, Legitimidade e Controle tem como norte as questões relacionadas com a legitimidade e o controle da atuação estatal, tendo em vista não apenas as exigências de ordem formal, próprias do Direito Administrativo do Estado Liberal, mas, especialmente, as exigências relacionadas com o (melhor) conteúdo da ação estatal.

Assim, além de abordar temas relacionados com modelos mais contemporâneos de ação do Poder Público (parcerias público-privadas, concessões especiais, parcerias voluntárias e orçamento participativo, especialmente), os trabalhos enfocam o modo de atuação estatal, não mais embasado no modelo unilateral (ato administrativo), mas em mecanismos que enfatizam a bilateralidade e o consenso entre Administração Pública e administrado.

Dáí o exame de questões relacionadas com a segurança jurídica, a convalidação de atos administrativos, a arbitragem, os acordos de leniência e outros mecanismos extrajudiciais para resolução de eventuais litígios, bem ainda com a manifestação de interesse em relação aos procedimentos licitatórios.

Todos esses temas consideram, precipuamente, a legitimidade da atuação estatal, não apenas como a procura por uma maior eficiência técnica e econômica, mas igualmente como forma de preservação e fomento da participação dos administrados, a quem se dirige, em última instância, o próprio agir estatal.

Os trabalhos apresentados, por outro lado, não perdem de vista a preocupação com o controle da atuação estatal. Contudo, não se tem como ponto central dessa preocupação a legalidade meramente formal, que em muitos casos se revela como legalidade estéril (ou legalidade pela legalidade). Em realidade, eles se voltam para o controle do conteúdo e da qualidade da ação estatal, perpassando sobre variados temas, como a definição de coeficientes de resultados nos contratos de parceria público-privada, a boa governança e o controle de gastos públicos, controle jurisdicional da atuação administrativa (contraditório tridimensional, princípio da juridicidade, prescrição intercorrente, princípio da proporcionalidade) e atuação de órgãos administrativos de controle do sistema financeiro nacional.

Noutra toada, o grupo de trabalho ainda contou com estudos de conteúdo mais teórico, que investigam os fundamentos jus-filosóficos da atuação estatal contemporânea, fazendo a conexão com lições vindas da Filosofia e da Política, com apoio em variados marcos teóricos.

Ao leitor, então, fica o convite para a atenta leitura dos trabalhos, cujo amplo espectro teórico e prático oferece um interessante panorama das preocupações mais atuais sobre a legitimidade e o controle da esfera pública estatal.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

CONTROLE JURISDICIONAL E LEGITIMIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO POSTULADO DA JURIDICIDADE

CONTROL JUDICIAL AND LEGITIMACY IN PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS UNDER THE PRISM OF THE LEGALITY POSTULATE

**Marcos Paulo Andrade Bianchini
Frederico Augusto Starling Carvalho**

Resumo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) inaugura, no Brasil, o paradigma do Estado Democrático de Direito. O conceito de legalidade, típico do Estado de Direito Liberal, sofreu uma releitura em decorrência da distinção das normas em regras e princípios, o que desaguou no Postulado da Juridicidade. Observa-se também que o princípio da separação dos poderes sofreu uma releitura, pois os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) desempenham suas funções típicas, como também funções atípicas e guardam limites fronteiriços entre si. O presidencialismo de coalizão, que se exprime na realidade brasileira por meio do governo que detém a maioria no Congresso Nacional, faz com que a influência do Executivo se dê por meio da produção de uma legalidade autovinculante: a Administração é autora da legalidade que vincula a si mesma. Isso faz com que o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade percam seu sentido clássico. O Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, ocupa o vértice da atual arquitetura constitucional em decorrência da supremacia da Constituição. Verificou-se que há compatibilidade entre o princípio da separação dos poderes (artigo 2º, CRFB/1988) e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CRFB/1988). Quando a atividade administrativa representar lesão ou ameaça a direitos do cidadão/administrado, cabe ao Judiciário aferir a juridicidade. Demonstrou-se, também, que o cidadão/administrado, por meio do discurso de aplicação viabilizado no debate e no discurso na jurisdição constitucional, tem condições de prestar legitimidade à legalidade. A metodologia utilizada teve como dados primários da pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Foram dados secundários da pesquisa as opiniões doutrinárias referentes ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, suas interpretações, e, as legislações comentadas. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Juridicidade, Presidencialismo de coalizão, Controle jurisdicional, Legitimidade, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution of Federative Republic of Brazil 1988 (CRFB / 1988) opens in Brazil, the

paradigm of democratic rule of law. The concept of legality, typical of Liberal rule of law, suffered a rereading due to the distinction of standards in rules and principles, which flowed in the postulate of legality. It is also observed that the principle of separation of powers, suffered a rereading the Democratic Direct state paradigm, because the powers (executive, legislative and judiciary) play their typical functions, as well as atypical functions and keep border limits with each other. The coalitional presidentialism, which is expressed in Brazilian reality through government that has a majority in Congress, makes the influence of the Executive be given through the production of a self-binding legality: the Administration is author of legality which binds herself. This makes the principle of separation of powers and the principle of legality lost its classical sense. The judiciary occupies the apex of the current constitutional architecture due to the supremacy of the Constitution. It was found that there is compatibility between the principle of separation of powers (Article 2 CRFB / 1988) and the principle of the jurisdiction inafastabilidade (Article 5, XXXV, CRFB / 1988). When the administrative activity represent injury or threat to citizens' rights / administered, it is up to the judiciary to assess the legality. It has been shown also that the citizen/administered through the application made possible speech in debate and discourse on constitutional jurisdiction, it is able to provide legitimacy to legality. The methodology had as primary research data the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 (CRFB / 1988), laws, resolutions and other rules, and the decisions of the Superior Courts. Doctrinal opinions concerning the Constitutional Law and Administrative Law, their interpretations, and commented the legislation were secondary research data. The work is analytical understanding nature as sought reconstruct data analyzed from the perspective of the democratic state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legality, Coalitional presidentialism, Jurisdictional control, Legitimacy, Public administration

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) inaugura, no Brasil, o paradigma do Estado Democrático de Direito. É a Constituição Cidadã uma constituição principiológica na esteira da evolução do fenômeno constitucional pós-guerra.

Dentre as inovações trazidas, é perceptível que nesta ordem constitucional o conceito de legalidade, típico do Estado de Direito Liberal, sofreu uma releitura em decorrência da distinção das normas em regras e princípios, o que desaguou no Postulado da Juridicidade. Assim, as funções estatais devem atuar de forma a se conformar não somente com a lei escrita (legalidade no sentido estrito), mas também com aos princípios expressos e reconhecidos pela ordem constitucional.

Observa-se também que o princípio da separação dos poderes, posto no nascedouro do Estado Moderno pelo barão de Montesquieu, também sofreu uma releitura no paradigma do Estado Democrático de Direito. Os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) desempenham suas funções típicas (administrar, legislar e julgar), mas também desempenham funções atípicas e guardam limites fronteiriços entre si. O presidencialismo de coalizão, que se exprime por meio do governo que detém a maioria no Congresso Nacional, faz com que a influência do Executivo no Parlamento se dê por meio da produção de uma legalidade autovinculante, em que a Administração seja responsável e autora da legalidade que vincule a si mesma (autovinculante). Isso faz com que o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade percam seu sentido clássico.

No espiral da história e no desenrolar das Dimensões de Direitos, o Judiciário ocupa o vértice da atual arquitetura constitucional, em decorrência da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico pátrio.

Nesta nova ordem jurídica constitucional o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988, representa uma grande garantia para o cidadão e administrado. Desta forma o Judiciário, como fruto da vontade da comunidade política consubstanciado no constituinte originário, se tornou o legitimado para aferir a juridicidade tanto dos atos do Legislativo quanto do Executivo, e tudo isso para além da legalidade estrita do Estado Liberal.

Diante das reeleituras advindas no paradigma do Estado Democrático de Direito, se faz imperioso questionamento: não haveria infringência e atropelo do princípio da separação dos Poderes e interferência da independência, especialmente, do Executivo, quando do controle jurisdicional da atividade administrativa?

A hipótese de que parte a pesquisa é de que há compatibilidade entre o princípio da separação dos poderes (artigo 2º, CRFB/1988) e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CRFB/1988). Quando a atividade administrativa representar lesão ou ameaça a direitos do cidadão e administrado, cabe ao Judiciário aferir o controle da juridicidade. Atente-se que o controle jurisdicional não observará apenas a legalidade estrita, mas, acima de tudo, a juridicidade, o Direito, que vincula todos os Poderes por meio dos princípios expressos no texto constitucional como também os princípios reconhecidos da atual ordem jurídica.

Ademais, o cidadão/administrado por meio do discurso de aplicação, viabilizado no debate na jurisdição constitucional, tem condições de prestar legitimidade à legalidade produzida no presidencialismo de coalizão, que deu azo às reeleituras do princípio da separação dos poderes e do princípio da legalidade.

Assim, a pesquisa tem como objetivo demonstrar a possibilidade do controle jurisdicional da Administração Pública, sem constituir em um atropelo do princípio da separação dos Poderes disposto no artigo 2º, CRFB/1988. Ou seja, demonstrará a compatibilidade entre o princípio da separação dos poderes (artigo 2º, CRFB/1988) e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/1988), pois verifica se a atividade administrativa se coaduna com a juridicidade. Demonstrará, também, que controle por meio da jurisdição constitucional confere legitimidade às normas postas no ordenamento jurídico, uma vez que tais normas autovinculantes, produzidas pelo Legislativo, atende os interesses do Executivo.

Para isso será necessário: (a) apreender a (re)leitura dos institutos do Direito Administrativo no paradigma do Estado Democrático de Direito; (b) estudar a evolução do Princípio da Legalidade, no Paradigma do Estado Liberal, ao Postulado da Juridicidade, no Paradigma do Estado Democrático de Direito; (c) analisar a natureza dos princípios constitucionais; (d) e, por fim, verificar o controle jurisdicional da Administração Pública como meio de conferir legitimidade da atividade administrativa.

A metodologia utilizada tem como dados primários da pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores. E são dados secundários da pesquisa as opiniões doutrinárias referentes ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, suas interpretações, e, as legislações comentadas. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois busca reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

1 UMA (RE)LEITURA DOS INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A compreensão do que seja Direito Administrativo e Administração Pública deve ser contextualizada e compreendida dentro da noção moderna de Estado.

A palavra “Estado” surge pela primeira vez com Maquiavel no século XVI, no livro “O Príncipe”, sendo este um teórico do absolutismo (CARVALHO FILHO, 2012, p.1).

Dentre outras classificações modernas de Estado (econômica, sociológica, etc.), tem-se, juridicamente, que o Estado conjuga três elementos: povo, território e um governo soberano (MAFFINI, 2008 p. 21).

Na opinião de grande número de doutrinadores, o surgimento do Estado Moderno se deu com a Revolução Francesa de 1789, que marcou o rompimento com o regime absolutista, que concentrava poderes nas mãos do monarca e, com isso, tornava frágeis as relações entre o Estado e os súditos.

Os postulados despóticos dos monarcas revelam a relação dos governantes com os governados, como, por exemplo, a célebre frase de Luiz XVI “*L’État c’est moi*” (o Estado sou eu), “*the king can do no wrong*” na Inglaterra, “*Le roi ne peut mal faire*” do sistema Frances, que resume a máxima absolutista com a expressão latina “*quod principi placuit legis habet vigorem*” (o que agrada ao rei tem força de lei”) (CARVALHO FILHO, 2012, p. 7).

É na égide da Revolução Francesa que surge a feição moderna de Estado, não mais sob uma perspectiva do antigo regime, de estado de polícia, mas agora sob o pálio de um Estado de Direito (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 200).

Assim, percebe-se que o Estado de Direito, ao contrário do Estado monárquico legal, subordina a todos à ordem jurídica posta, principalmente limitando o poder do Estado frente aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Tal limitação ao poder Estatal pelo Direito é um dos importantes fundamentos do Direito Administrativo moderno.

O Direito Administrativo surge com o Estado de Direito “para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 48).

Pode-se dizer que o Direito Administrativo é “um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder”.

Na concepção moderna do Estado de Direito surge de duas vertentes de pensamentos: a de Rousseau e a de Montesquieu.

De Rousseau, que propugnava que o Estado tem como princípio que todos os homens nascem livres e que para serem comandados seria necessário que estes cedessem parte de sua liberdade para assim existir um governante com o fito de uma boa organização da vida social. Este é o embrionário da democracia representativa como se vê no mundo moderno. Ao lado do pensamento de Rousseau, as lições de Montesquieu asseveravam que aquele que tem o poder tem também a tendência de ser despótico, de abusar do poder. Assim sugeriu que era necessário que o poder encontrasse limites, o que seria possível se o poder fosse fracionado a fim de que suas parcelas se contivessem de forma recíproca (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 48/49).

Então, “cumprer que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; cumprir que aquele que julga não faça as leis nem as execute; cumprir que aquele que executa não faça as leis, nem julgue.” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 49). Surge assim o princípio da tripartição, ou separação dos poderes.

Precipuaente os Poderes do Estado fazem parte de sua estrutura e cada um deles desempenha sua função (MEIRELLES, 1993, p. 56). A função legislativa inova na ordem jurídica por meio de normas gerais e abstratas; a função jurisdicional soluciona controvérsias por meio e com a força da coisa julgada (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 35); a função administrativa, exercida tipicamente pelo Executivo e atipicamente pelos demais Poderes, converte a lei abstrata e genérica em ato individual e concreto (MEIRELLES, 1993, p. 56). Sobre a função administrativa leciona CARVALHO FILHO (2012, p. 5) que “o grande alvo é, de fato, a gestão de interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno”.

Ressalta-se que o princípio da separação dos poderes sofreu uma releitura no paradigma do Estado Democrático de Direito. A independência e a harmonia entre os poderes, como dispõem o art. 2º da CF/1988, pressupõe que há uma interação constante entre eles de modo que, embora tenham suas funções normais ou típicas, desempenhem funções dos outros poderes de forma atípica, para alcançar os objetivos insculpidos na Constituição, bem como atuam de forma a fiscalizar de forma múltipla uns aos outros.

Pode-se aferir que separação de poderes não se encontra mais estanque como em seu nascedouro na inauguração do Estado Moderno. Houve mitigação no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, que no exercício de suas funções, cada poder, exerce funções típicas e atípicas, são independentes, mas harmônicos entre si, se autofiscalizam, tudo com o fito de se alcançar sempre os objetivos insculpidos no texto constitucional.

A realidade brasileira, bem como de outros países em que vige o sistema parlamentarista, o sistema de governo presidencialista e a pluralidade partidária tem se revelado como um estilo de “acordos” para a governabilidade. Com isso surge o que se chama de presidencialismo de coalizão (STRECK; MORAES, 2014, p. 121).

Assim, o Executivo por meio de troca e favores, detém a maioria no Parlamento e faz viger a sua vontade na produção da legalidade. A legalidade, fruto do processo legislativo, passa exprimir o que o Executivo quer.

A Administração, consubstanciada no caso pelo Executivo, detém os instrumentos próprios para sua própria vinculação. Isto é, as normas produzidas no parlamento, com influência da vontade imperiosa do Executivo, desagua em uma legalidade autovinculante, em que a Administração produz a legalidade que a vincula.

O presidencialismo de coalizão faz com que o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade percam o seu sentido clássico. (BINENBJOM, 2008, p. 136).

Há também, na contemporaneidade, uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Tradicionalmente, o núcleo que delinea a função administrativa se dá na consagração de dois princípios, a saber: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. E ainda afirma Bandeira de Mello (2013, p. 57) que “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração”. Alexandre Mazza (2012, p. 71) chama estes dois princípios centrais do Direito Administrativo de “supraprincípios ou superprincípios”, pois deles derivam todos os demais princípios e normas que regem o Direito Administrativo.

Frente aos princípios que formam o núcleo do regime jurídico administrativo, há uma bipolaridade: de um lado existem as prerrogativas e de outro as restrições inerentes à concepção moderna de Direito Administrativo. Isto é, a consagração dos direitos fundamentais ao patamar de núcleo intangível, *clausula pétrea*, núcleo duro do ordenamento jurídico, faz com que tais direitos representem uma restrição/obstáculo à uma atuação desmedida e desarrazoada do Estado sob a alegação de uma atuação a bem do interesse público (DI PIETRO, 2003, p. 66).

É importante frisar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular tem sofrido releituras. Segundo a doutrina clássica não há uma identificação entre interesse público e bem comum, “bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não, o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’” (ÁVILA, 2005, p. 2).

Pode-se concluir que

Primeiro: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse “princípio”. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual

implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais (AVILA, 2005, p. 29).

Percebe-se que “interesse público” é um conceito jurídico indeterminado, que é valorado no momento do exercício da função administrativa.

A valoração do termo “interesse público” pode-se manifestar o interesse público primário, que é o verdadeiro interesse público, ou o interesse público secundário, que não é o interesse público no sentido próprio, mas mero interesse da administração ou das demais pessoas que dela participam, se manifestando em interesses particulares e individuais (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 66).

É imperioso que a valoração do conceito jurídico indeterminado “interesse público” se dê de forma a alcançar o interesse público primário, em que haja uma reciprocidade de interesses interligados de forma a dar concreção aos princípios e às inspirações da Constituição Federal de 1988.

2 UMA (RE)LEITURA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O POSTULADO DA JURIDICIDADE

A doutrina contemporânea do Direito Constitucional tem reconhecido cada vez mais o estudo do Direito de forma a relevar os paradigmas no espiral do desenvolvimento histórico como forma didática de se compreender o fenômeno constitucional no Estado de Direito.

O conceito de paradigma foi formulado por Thomas Kuhn (2003) em seu famoso livro “a estrutura das revoluções científicas” publicado pela primeira vez em 1969, em que o define paradigma como “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (FERNANDES, 2012, p. 67).

Parafraseando o conceito de Kuhn, pode-se dizer que paradigma é o fenômeno, é o fato do olhar do homem, geograficamente e historicamente situado, ser moldado pelas gramáticas de práticas sociais, que ensejam um novo horizonte de sentido, tendo em si a

possibilidade de romper, superar o modelo e inaugurar um novo (SANTOS; GOMES, 2008, p. 4).

Dessa forma, se faz mais singela a estruturação do raciocínio para acompanhar a evolução da construção do princípio da legalidade, no paradigma do Estado de Direito Liberal, e sua releitura e reconstrução que deságua no postulado da juridicidade, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No paradigma do Estado de Direito Liberal centra no indivíduo como sujeito de direitos (FERNANDES, 2012, p. 70). O Legislativo surge em supremacia no ordenamento jurídico, pois a comunidade política fica deslumbrada em ver a positividade de suas condutas (SANTOS; GOMES, 2008, p. 4).

O Estado Liberal é composto por um sistema fechado de regras que teria como função estabilizar as expectativas de comportamento e garantir a esfera privada da liberdade do indivíduo, frente aos seus iguais e, sobretudo, frente ao Estado (FERNANDES, 2012, p. 70). Há neste paradigma uma preponderância do privado sobre o público. O liberalismo do Direito impõe ao Estado um comportamento negativo (abstencionista), de não intervenção, limitando assim a ação dos governantes, tendo o ser humano como centro e fim e garantindo seus direitos fundamentais apenas de formalmente, mormente, a liberdade, a igualdade e a propriedade (ROCHA, 2004, p. 71).

É na égide do Paradigma do Estado de Direito Liberal que surge o princípio da legalidade (normas gerais e abstratas), que garantia uma igualdade formal, com aparência de legitimidade, que nas mãos daqueles que detinham os meios de produção (modo de produção capitalista) usaram das leis para lhe tirar o maior proveito que atendiam somente os seus interesses (ROCHA, 2004, p. 72).

Ademais, é neste paradigma que surge o Direito Administrativo, que tem como seu fundamento o princípio da legalidade, a obrigatoriedade de adequação entre o ato da Administração Pública e a lei. Como leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 79): “a lei passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo”.

Contudo, é importante verificar que há grande diferença entre o Estado Legal do Estado Liberal de Direito. Tem-se no Estado Legal a restrição da atuação estatal à forma da legalidade, destituída e desvinculada de conteúdos que lhe são inerentes. Já o Estado Liberal

de Direito pressupõe não apenas uma regulamentação jurídica normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em certos conteúdos, que se tratava o conteúdo do próprio liberalismo. O Estado de Direito Liberal tem como principais características a limitação da ação estatal, a lei como ordem geral e abstrata e a imposição de uma sanção às condutas contrárias à ordem normativa, tendo como ator característico o indivíduo (STRECK; MORAIS, 2006, p.102).

No paradigma do Estado de Direito Liberal a função jurisdicional era cabida, mas o magistrado seria “*bouche de loi*”, que quer dizer, boca da lei, que repetiria sem acréscimos ou modificações o que fora criado pelo legislativo (FERNANDES, 2012, p. 185).

Os excessos do liberalismo, período da história em que houve a maior exploração do homem pelo homem, com a revolução industrial e a aglomeração de mão de obra de reserva nas cidades, que os detentores dos modos de produção submetiam o proletariado a jornadas de trabalhos de 15 a 17 horas por dia, impondo o trabalho a crianças, adultos e anciãos em ambientes insalubres, mostrou a fragilidade do conceito de legalidade e a necessidade da superação por um novo modelo, que visa tutelar não somente o formal, como também o material (ROCHA, 2004, p. 72).

Foi neste momento histórico que se deu o rompimento e a inauguração de um novo horizonte de sentidos com a ascensão do paradigma do Estado de Direito Social. Neste paradigma o Estado não tinha mais a postura abstencionista, mas, sobretudo intervencionista visando concretizar direitos fundamentais, por meio do Executivo (que ganha preponderância), a uma massa de “clientes” famintos por políticas públicas, e por isso pode ser definido como um Estado de prestação (FERNANDES, 2012, p 72).

O paradigma do Estado de Direito Social redefine os clássicos direitos do Estado Liberal, principalmente a igualdade material e não mais formal, e se firma com a aquisição de novos direitos com os direitos políticos, sociais e econômicos. Neste contexto a relação entre o privado e o público sofre releitura, e o público passa a gozar de supremacia sobre o privado (SANTOS; GOMES, 2008, p. 5).

Os excessos do paradigma do Estado de Direito Social se revelaram com a formação de burocracias e regimes autoritários que desaguaram na Segunda Guerra Mundial. O paradigma do Estado Democrático de Direito surge como uma superação e inauguração de um novo paradigma, pois os excessos do paradigma anterior se deram por meio do

uso abusivo da ampliação de autonomia do Poder Executivo no Estado Social e o desrespeito aos direitos fundamentais ensejaram, de um lado, a necessidade de sujeitar os membros do Poder Legislativo à Constituição, e de outra parte, ocasionaram uma reação do Poder Judiciário contra os excessos e abusos dos administradores e dos feitores da lei (MORAES, 1999, p. 22).

No Estado Democrático de Direito, em vez de uma preponderância entre o público e o privado, há, na verdade, uma tensão permanente entre eles, mais uma relação de complementaridade do que de contrariedade.

Desta forma tem-se nesse novo paradigma que

o interesse público e o privado são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência (ÁVILA, 2001, p. 14).

Ademais, em se tratando de Estado Democrático de Direito, urge que os sujeitos de direito tem de se reconhecer como autores das normas às quais se submetem (co originariedade), garantia esta de legitimidade no procedimento legislativo que vinculará a todos (particulares e Estado).

As normas elaboradas pelo parlamento agora buscam seu fundamento de validade na Constituição, que goza de supremacia no ordenamento jurídico das nações modernas. O Judiciário ocupa o vértice da arquitetura constitucional, e atua com controle a observar não apenas da legalidade como posta no Estado de Direito Liberal, nem tampouco ao Estado Legal, mas com uma formulação de princípios encontrados expressos ou implícitos no sistema constitucional (SOARES; GOMES, 2008, p. 6). O judiciário exerce controle também no produto da atividade legiferante por meio do controle de constitucionalidade misto presente no ordenamento constitucional brasileiro, isto é, seja por meio do controle de constitucionalidade difuso / via incidental / *incidenter tantum* ou por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Vê-se que o princípio da legalidade, criado inicialmente para conter o absolutismo monárquico, não se mostrou eficaz para frear os abusos do Estado Social. Daí surge a possibilidade no sistema constitucional do Judiciário exercer controle da Administração Pública que agora deve colimar suas atividade não somente na legalidade estrita, mas ao

Direito, decomposto em regras e princípios, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade (MORAES, 1999, p. 23).

Em definição clássica do Direito brasileiro, Meirelles (1993, p. 83) já sustentava que o princípio da legalidade se traduz no fato de que para a Administração Pública “não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe”.

Tem-se que nesse atual paradigma que a juridicidade limita o poder do Estado, mesmo em se tratando do dever discricionário. Pois, fora da juridicidade há arbitrariedade, conduta contrária, excedente ao Direito, e tal postura não é compatível com o Estado de Direito, e, conseqüentemente, sujeita ao controle jurisdicional (CARVALHO FILHO, 2012, p. 51).

A vinculação à legalidade foi substituída pela sua vinculação e observância à Constituição, da lei e dos princípios (MEDAUAR, 2003, p. 198). Assim, não cabe atualmente mais falar em dicotomia entre atos vinculados e discricionários e, sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Paulo Otero fala que a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição, sendo esta o fundamento da atuação da Administração, como norma direta e imediatamente habilitadora de competência, e como critério imediato de decisão administrativa (OTERO, 2003, p. 733).

O dever de observância, a vinculação da Administração ao Direito, não obedece mais um esquema único, nem tampouco se reduz a tipos específicos de normas (lei formal). A vinculação da atividade administrativa se dá em relação a ordenamento jurídico como um todo, expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas. Com a superação da legalidade formal, a Constituição passa a ser o elo de unidade “a costurar todo arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo” (BINENBJOM, 20008, p. 142).

No espiral da história, tem-se que a superação do princípio da legalidade para o postulado da Juridicidade, uma vez que o sistema jurídico deve ser considerado como um todo, haja vista a natureza jurídica que os princípios ocupam na contemporaneidade.

3 A NATUREZA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Torna-se imperiosa a compreensão dos princípios no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, que se estrutura em um tempo chamado por muitos de pós-positivismo, que traz como principal característica a ascensão dos princípios ao *status* de normas fundantes do sistema constitucional.

Para isso se faz necessário palmilhar, mesmo de forma sucinta, o caminho da história que levou à distinção dos princípios e regras como subespécies das normas em um dado ordenamento jurídico.

Leciona Luís Roberto Barroso (2003, p. 8) que “Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa”. Daí tem-se no paradigma do Estado de Direito Liberal o surgimento do princípio da legalidade que veio vincular a todos (Estado, governantes e particulares), e se consubstanciou, se revelou no mundo da vida, por meio de normas abstratas e genéricas.

Porém, as demandas das sociedades hipercomplexas romperam esta escola primária de interpretação e elevaram os princípios ao patamar de normas constitucionais que de forma expressa ou implícita busca a reaproximação entre o Direito e a Ética (BARROSO, 2003, p. 9).

Humberto Ávila (2005, p. 26/27) discorre sobre os primeiros pensamentos da distinção entre regras e princípios a começar por Esser, Larenz e Canaris que, em suma, distinguiam as normas regras e as normas princípios segundo um critério de generalidade. As regras conteriam um relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior abstração e incidem sobre a pluralidade de situações, inexistindo, entretanto, hierarquia entre ambas.

Porém, hodiernamente a distinção entre regras e princípios, nas lições basilares de Ronald Dworkin e Robert Alexy, elevou os princípios ao centro da dogmática constitucional.

Humberto Ávila (2005, p. 28) faz uma distinção entre as concepções de Dworkin e Alexy. Aduz que para Ronald Dworkin as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), de forma que se a hipótese da regra é preenchida ou a regra será válida e aceita, ou

não é válida e não será aceita. No caso de colisão entre duas regras uma delas será considerada inválida. Já os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos contidos em outros princípios. Partindo das considerações de Dworkin, Alexy precisou ainda mais o conceito de princípios, que para o referido autor são deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas. Em havendo colisão entre princípios deve-se estabelecer uma função de ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Já as regras determinam consequências normativas de forma direta, que em caso de colisão se aplica a regra do tudo ou nada (*Alles-oder-Nichts*).

É a conjugação das lições de Dworkin e Alexy, que se tem firmado o conhecimento da distinção entre normas regras e princípios no Brasil (BARROSO, 2003, p. 11).

Vê-se a Constituição, na modernidade, encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeada de valores, onde a ideia de justiça e realizações tem papel central para viabilizar o convívio nas sociedades hipercomplexas, e, sobretudo, consagrou a dignidade da pessoa humana como núcleo duro de todo ordenamento jurídico.

Os princípios, como normas fundantes de um dado ordenamento jurídico, como valores firmados por uma comunidade política e positivados nos textos constitucionais da contemporaneidade, formam verdadeiros pilares, colunas mestras que firmam todo sistema constitucional. Os princípios, na verdade, “proclamam-se. Não se cuida de propostas. São opções constituintes projetadas no sistema constitucional expressa ou implicitamente. E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o fim e os fins do sistema.” (ROCHA, 2004, p. 25).

Em superação do que se tinha como princípios, em um passado não muito distante, têm-se hodiernamente que os princípios são dotados de normatividade e vinculam não somente o Estado, como também os particulares, pois são eles valores residentes no seio da comunidade política, o que torna imperioso seu acatamento.

Os princípios possuem uma função positiva e outra negativa. Na função positiva os princípios determinam a vinculação e a normatividade, ou seja, a observância de toda a sociedade estatal. Na função negativa, os princípios constitucionais rejeitam e excluem do ordenamento todo conteúdo que não coadunem com o que por eles foi estabelecido.

Pode-se, então, afirmar que os princípios constitucionais têm como fundamento assegurar unidade ao sistema jurídico fundamental, oferecendo objetividade e segurança ao modelo ético e político adotado pela sociedade estatal, e permitindo a integração e harmonia permanente e atualizada do sistema de Direito positivado (ROCHA, 2004, p. 28).

Os princípios constitucionais possuem como características iminentes a generalidade, a primariedade e a sua dimensão axiológica.

O mundo da vida se apresenta muito dinâmico e imprevisível, com isso é impossível prever e regular todas as situações que ocorrem ou podem vir ocorrer em uma sociedade hipercomplexa. Por isso os princípios constitucionais são dotados de generalidade, pois como compõe a Lei Maior, podem ser criados e recriados, são geradores de outros princípios e regras, e com isso não amarram a sociedade nas travas da lei, e oportuniza um sistema de Direito sempre atual, sem perder ou mascarar modelos contrários à *Lex Mater*, o que fará cumprir os ideais, as ideais, necessidades e perspectivas da sociedade em determinado momento histórico (ROCHA, 2004, p. 29). Ainda, vale citar que “O Direito evolui com o ser humano. Muda a sociedade, muda o Direito” (ROCHA, 2007, p. 49).

Dessa forma, com a mutabilidade que é característica do ser humano e, conseqüentemente, das sociedades, as aspirações e valores em determinados lugares e momentos históricos não se dará azo a constantes alterações na letra da lei, tendo em vista que a principiologia constitucional entranhada no ordenamento possibilita uma legislação sempre atual e correspondente ao anseio social.

Os princípios são primários, pois são eles o nascedouro de outros princípios e regras jurídicas. Em uma perspectiva histórica, os princípios são valores que repousam no seio de uma comunidade jurídica e que posteriormente se concretizam em normas jurídicas, pois “Os princípios vivem na sociedade antes de viverem no Direito” (ROCHA, 2004, p. 30), por isso são eles a estaca de construção onde se constrói todo o ordenamento jurídico, bem como os conteúdos que o sustenta. Já foi dito há muitos séculos que “No princípio criou...”¹. Ademais, além dos princípios serem ponto de partida de toda a elaboração normativa fundamental de um Estado, são também ponte de chegada de todas as normas, pois desta convergência ao ponto originário depende a validade jurídica e a sincronia e harmonização do sistema constitucional, o que o torna unitário (ROCHA, 2004, p. 31).

¹ Bíblia Sagrada, Livro de Gênesis, capítulo 1, versículo 1.

A dimensão axiológica dos princípios se funda justamente em um ideal de justiça que determinado povo anima e busca concretizar. Daí pode-se dizer que “a principiologia constitucional busca raízes na sociedade, para ser semente amadurecida do Direito que se põe à observância de um povo” (ROCHA, 2004, p. 32).

Humberto Ávila (2001, p. 4) critica a habilidade da doutrina e jurisprudência brasileira em banalizar e encerrar sob o manto da palavra “princípio” palavras que rotulam conceitos ambíguos, até mesmo carregados por fenômenos do mundo da vida totalmente diversos. Assim, a palavra “princípio” passa a significar tudo e nada ao mesmo tempo.

Nesta esteira, propõe que na palavra “princípio” podem-se identificar pelo menos duas variantes: princípio como axioma, princípio como postulado (ÁVILA, 2001, p. 4).

Os princípios são axiomas, pois “(usado, originalmente, como sinônimo de postulado) denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la” (ÁVILA, 2001, p. 7). Dessa forma, os princípios são verdades universalmente aceitas por todos, frente as quais não necessita sequer debate, por serem auto evidentes, auto demonstráveis ou óbvios. São postulados “no sentido kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento” (ÁVILA, 2001, p. 5).

Os postulados são imprescindíveis para que se atinja o conhecimento da essência e da aplicabilidade da norma frente ao Direito, por estar esta inserida em um conjunto harmônico. Por isso os postulados “são entendidos como a possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito” (ÁVILA, 2001, p. 6).

Os “princípios” se manifestam como verdadeiros postulados, e, por isso, concebe-se que:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento

obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada (BANDEIRA DE MELO, 2013, p. 975).

Por esses motivos é mais acertado adotar o termo técnico “postulado” ao invés de “princípio”, pois a proporcionalidade, a razoabilidade e a juridicidade são verdadeiros postulados que possibilitam a exata compreensão das normas postas no ordenamento jurídico.

A aplicação de tais postulados conferem coerência lógica e harmônica frente ao Direito tanto dos atos praticados pela Administração Pública, no exercício da atividade não vinculada (discricionariedade e valoração de conceitos jurídicos indeterminados), bem como do controle jurisdicional na aferição de legitimidade e juridicidade de tais atos.

Tem-se no atual paradigma do estado Democrático de Direito brasileiro a Constituição Cidadã, uma constituição principiológica na esteira das constituições das nações na atualidade, dotada de normatividade jurídica que vincula a todos na comunidade política, dotada de eficácia social e a possibilidade da construção e reconstrução do Direito frente às mutações que são inerentes as sociedades hipercomplexas. Por isso, vê-se a importância dos princípios como nascedouros das normas, peçadros de generalidade, primariedade e dimensão axiológica, que são em si não somente ponto de partida das normas postas, mas também o ponto de chegada que confere legitimidade e harmonia de todo ordenamento jurídico.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MEIO DE CONFERIR LEGITIMIDADE ÀS NORMAS POSTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Com a constitucionalização e com o advento do Postulado da Juridicidade, o Judiciário ocupa o vértice da arquitetura constitucional no atual paradigma do Estado de Direito.

Em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, quando ocorrer ameaça ou afronta ao direito do cidadão, o judiciário está autorizado a verificar os atos

administrativos para além da forma, para além da legalidade estrita, e sindicalizar se tais atos se coadunam com a juridicidade.

Com isso, percebe-se nas últimas décadas uma crescente intensidade no controle jurisdicional da atividade administrativa, uma vez que não há um divórcio entre o Direito Administrativo e o Constitucional: compartilham um condomínio comum (KRELL, 2013, p. 107). Assim, afasta-se de forma paulatina o conceito de que os atos administrativos são insindicáveis pelo Poder Judiciário.

A ideia de controle, fiscalização, coordenação e cooperação recíprocos torna-se o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes no atual paradigma (MORAES, 1999, p. 100).

Ademais, o presidencialismo de coalizão, o conchavo do Executivo como o Legislativo, faz com que a Administração Pública produza normas para sua própria vinculação (autovinculante). Isto é, as normas produzidas no parlamento, com influência da vontade imperiosa do Executivo, desagua em uma legalidade autovinculante, em que a Administração produz a legalidade que vincula a si mesma.

Se o Executivo e Legislativo se unem, o que resta ao cidadão/administrado? Como poderá valer a concretização dos direitos insculpidos na Constituição? Como poderá se defender de possíveis (e quase certas) abusividades da Administração? Como se daria a legitimidade da atividade administrativa?

O Estado se manifesta por meio dos seus agentes, e estes são humanos, o exercício da atividade administrativa pode se manifestar vícios que afrontam os princípios gerais do Direito, que violam os princípios da Administração Pública bem como os direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Por isso, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se o postulado da inafastabilidade da constituição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988².

² BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 Ago. 2015.

O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um verdadeiro marco civilizatório e um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, que decorre da expressa soberania popular consubstanciada no constituinte originário.

Habermas, na criação e aplicação da norma jurídica, divide o discurso em dois momentos: o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação³. Por discurso de aplicação entende-se o momento de elaboração das normas (HABERMAS, 2004, p. 255). E por discurso de aplicação entende-se como a prática interpretativa para concreção da norma posta no discurso de fundamentação (HABERMAS, 2012, p. 239).

No discurso de aplicação, quando o judiciário é chamado para a concreção e interpretação da norma, a legitimidade se afere por meio de uma depuração de toda norma injusta que foi produzida por meio de *lobbies* e grupos de pressão presentes no presidencialismo de coalizão, tudo isso no momento da criação da norma. Com isso é possível uma aproximação da sociedade e da legislação, de forma a ser possível extrair legitimidade da legalidade (CRUZ, 2004, p. 227).

Por isso, tendo em vista as mudanças estruturais entre as esferas públicas e privadas (HABERMAS, 2014), na atualidade é impossível conceber uma Administração Pública “fechada”, impermeável aos reclames da comunidade política, que não considere a vontade dos destinatários das normas que são também os autos das normas postas no sistema constitucional.

Assim, deve-se conceber que a abertura de participantes da sociedade civil na interpretação e valoração das normas do ordenamento jurídico é imprescindível no Estado Moderno. Há muito percebeu-se a necessidade da ruptura do modelo de interpretação conferido tão somente a uma “sociedade fechada” (juízes e procedimentos formalizados) para uma “sociedade aberta” onde estejam vinculados os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os grupos presentes na sociedade e todos os cidadãos (HÄBERLE, 2002, p. 12).

³ Tais argumentos são sustentados por Habermas nas seguintes obras: HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, 352 p. HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, 236 p. HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidade de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, 517 p.

É indubitável que o pluralismo é característica das sociedades modernas, por isso os “critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co interpretá-la (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Logo, é impensável uma interpretação e vivência democrática da constituição sem contar com os cidadãos e grupos sociais que vivem no contexto regulado pela norma, sendo estes os destinatários da norma. Assim, percebe-se que a interpretação das normas do Sistema Constitucional não é um evento exclusivamente estatal, sendo imperioso o acesso de toda a comunidade política a este exercício interpretativo. (HÄBERLE, 2002, p.14/23).

Assim, as normas do sistema constitucional não seriam “reserva do jurista, mas um fio condutor para o uso de todos os cidadãos” (FERNANDES, 2012, p. 94).

O controle jurisdicional da atividade administrativa possibilita que uma comunidade política localizada historicamente e geograficamente vivencie e a interprete as normas, de tal forma que transbordem as paredes dos tribunais e da Administração Pública, e alcance suas necessidades e especificidades por meio do consenso, o que dota de legitimidade o ordenamento jurídico constitucional.

Com isso, a ampliação dos círculos de intérpretes conseqüentemente integrará a realidade no processo de interpretação, pois são estes interpretes que compõe a realidade social pluralista, perquirindo o ordenamento jurídico da nação ser um verdadeiro “espelho da realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 30).

É certo que as diversas comovisões na complexa sociedade moderna produzem a interpretação das normas com um viés multifacetado, dando azo a uma intenso debate, tendo em vistas as diversas concepções de “vida boa”. É neste momento em que ser torna imperioso uma eficácia harmonizadora dos diversos interesses buscando-se um consenso. Com isso esse consenso “resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses” (HÄBERLE, 2002, p. 51).

Percebe-se que a vida nas sociedades modernas pluralistas tem sido vivida pelo conflito e compromisso, que, em uma comunidade aberta de intérpretes das normas que vinculam a sociedade, há, assim, a legitimidade das decisões judiciais e administrativas, tornando essa tensão permanente salutar para a higidez social.

O argumento que não cabe o Judiciário invadir a seara do Executivo tem sido mitigado paulatinamente, haja vista que a juridicidade impõe ao Estado a concreção dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República.

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS), reformou acórdão da corte gaúcha que entendeu que não caberia ao Poder Judiciário adentrar em matéria reservada à Administração Pública. O Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS), em sede de Ação Civil Pública, requereu a reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. Alegou que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, e que questões de ordem orçamentária não podem impedir a implementação de políticas públicas que visem garanti-los. Sustentou o princípio da dignidade da pessoa humana norteia todo ordenamento constitucional, para dar condições minimamente dignas a quem se encontra privado de liberdade⁴.

O Relator do RE 592581, Ministro Ricardo Lewandowski, fundamentou que

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.⁵

Percebe-se que há compatibilidade no controle jurisdicional da Administração Pública e o princípio da separação dos poderes, uma vez que cabe à atividade administrativa observar a juridicidade, sob pena de não o fazendo, ser legítimo o controle judicial para verificação e correção de quaisquer vícios de antijuridicidade.

5 CONCLUSÕES

⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 592581 RG, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128).

⁵ Idem, Ibidem.

Percebeu-se que no Estado contemporâneo o princípio da tripartição dos poderes sofreu uma releitura. Como bem expressa o artigo 2º CRFB/1988, os poderes são independentes e harmônicos entre si. Percebe-se, desta forma, que além de suas funções típicas, cada um dos Poderes exercem funções atípicas, sempre com o fito de fazer cumprir os objetivos plasmados no texto constitucional.

Verificou-se também que o presidencialismo de coalizão possibilita que o Executivo, por meio de troca e favores, detenha a maioria no Parlamento e faz viger a sua vontade na produção da legalidade. A legalidade, fruto desse processo legislativo, passa exprimir o que o Executivo quer uma legalidade autovinculante. Assim, a Administração produz a legalidade que a vincula. Isso faz com que o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade percam o seu sentido clássico.

Apreendeu-se que na marcha dos paradigmas do Estado de Direito houve uma releitura do princípio da legalidade, surgindo o postulado da juridicidade, que é formado não somente pelos princípios expressos como também pelos princípios reconhecidos pelo sistema constitucional.

Conclui-se, então, que os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes são compatíveis entre si, pois, quando o exercício da atividade administrativa resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, à luz dos princípios expressos no texto constitucional bem como à luz daqueles que são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, à luz do postulado da juridicidade.

Ademais, no discurso de aplicação, quando o cidadão/administrado atua na jurisdição constitucional para concreção e interpretação da norma, há uma depuração de toda norma injusta que foi produzida no presidencialismo de coalizão, tudo isso no momento da criação da norma. Com isso é possível uma aproximação da sociedade e da legislação, de forma a ser possível extrair legitimidade da legalidade. O que possibilita, também, que o cidadão/administrado se veja como autor e intérprete na juridicidade que vincula a todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, 607 p.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. **Discricionariedade administrativa e processo sancionatório: inconsistências normativas e possibilidades interpretativas em torno da Lei n. 8.666/93**. Revista Do Tribunal De Contas Do Estado De Minas Gerais jan/mar, 2011, v. 78, n. 1, ano XXIX. Disponível em: <<http://www.revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1130.pdf>>. Acesso em: 24 Jul. 2013.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 Set. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, 138 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 1.136 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 110 p.

BARROSO, Luis Roberto. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**, 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32895>>. Acesso em 07 Set. 2012.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 341 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 Mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 15 Ago. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 592581 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, 1.250 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: 7 Letras, 2004, 475 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 727 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, 1.305 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, 55 p.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, 326 p.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, 236 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, 352 p.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Denilson Luís Werle. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, 565 p.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, I: racionalidade de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, 517 p.

KRELL, Andreas j. **Discricionariade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, 200 p.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 269 p.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 664 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 509 p.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. Atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 298 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 702 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 1616 p.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2009, 207 p.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, 212 p.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, 1.191 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 306 p.

SANTOS, Abraão Soares dos; GOMES, Fernando Alves. **Direito Constitucional – Tomo I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 198 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**, 2011. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em 07 Set. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, 212 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência Política e teoria de Estado**. 5 ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 211 p.