

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**ROLIANDRO ANTUNES DA COSTA**

**A REGULAÇÃO ESTATAL ORDENADORA COMO INSTRUMENTO DE  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE CIVIL**

**Piracicaba**

**2014**

**Roliandro Antunes da Costa**

**A REGULAÇÃO ESTATAL ORDENADORA COMO INSTRUMENTO DE  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE CIVIL**

Dissertação submetida à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Remédio

**Piracicaba**

**2014**

**ROLIANDRO ANTUNES DA COSTA**  
**A REGULAÇÃO ESTATAL ORDENADORA COMO INSTRUMENTO DE**  
**CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE CIVIL**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. José Antonio Remédio  
Presidente/Orientador – Unimep

---

Prof. Dr. Wilson Lavorenti  
Membro – Unimep

---

Prof. Dr. Antonio Isidoro Piacentin  
Membro – Mackenzie

---

Prof. Dr. Rui Décio Martins  
Coordenador do Curso de Mestrado em Direito

## **Dedicatória**

À minha esposa e parceira, Érica, pelo carinho e amor.

Ao meu falecido pai, com carinho especial.

À minha mãe, meus irmãos, avós, tios e primos por fazerem parte da minha vida.

Aos meus amigos.

## **Agradecimentos**

Ao programa de Pós-graduação em Direito da Unimep, e aos professores, em especial ao professor José Antonio Remédio, pela orientação e pelas aulas que me proporcionaram conhecimento e destreza para pensar o Direito Público, ao professor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez pela inspiração no mestrado com ensinamentos filosóficos acerca dos direitos humanos, e aos demais professores pelas ponderações e dedicação na análise e avaliação deste trabalho. Agradecimento ao programa de bolsa da CAPES pelo incentivo nos estudos.

## Resumo

A presente dissertação busca identificar a necessidade de uma nova regulação estatal ordenadora pautada numa rede de regras e princípios constitucionais vinculantes de forma que supere a ideia de Poder de Polícia, insuficiente para a solução de todos os problemas concretos e também insuficiente para a concretização dos preceitos constitucionais democráticos do Estado moderno. A mudança do pensamento face ao poder de polícia e mecanismo de produção de função administrativa pela edição de atos administrativos se faz necessária para corroborar todos os preceitos constitucionais democráticos e proporcionar uma justificação de validade normativa de forma a considerar valores materiais e não meramente formais, proporcionando a concretização do Estado Democrático de Direito, resultado da evolução dos paradigmas meramente liberais e sociais. A Administração ordenadora se volta para organizar o *campo privado* de atuação no Estado, disciplinando ações dos indivíduos em seu campo privado. O direito público nasce dos anseios da sociedade civil e, numa evolução histórica, se trabalha com conceitos desenvolvidos na Idade Moderna. O Estado contemporâneo é resultado das contingências históricas e para sua compreensão é necessário um resgate da evolução do paradigma liberal para o social até a concepção atual. A função administrativa será analisada nas perspectivas desses modelos para que se possa compreender sua função no atual Estado Democrático de Direito enquanto instrumento de efetivação e materialização dos direitos fundamentais sociais, através da atuação Estatal efetiva em contraposição à neutralidade liberal, de forma a proporcionar uma melhoria nas relações das pessoas para com o Estado, seja nas relações funcionais do agente integrante dos quadros estatais, seja quando o particular é contratado pela Administração ou mesmo quando o particular é beneficiário do uso especial de bem público. A administração ordenadora deverá ser um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na sociedade civil mitigando a aplicação do poder de polícia e reeditando a visão quanto à função administrativa através dos atos administrativos.

**Palavras-chave:** Estado social. Estado democrático. Idade Moderna. Regulação estatal ordenadora. Direito administrativo ordenador. Direitos fundamentais individuais e coletivos. Sociedade civil.

## Abstract

The present study tries to identify the necessity of a new ordering state regulation guided by a grouping of binding constitutional rules and principles in order to overcome the idea of Police Power, which is clearly insufficient to solve all practical problems and also insufficient for the achievement of democratic constitutional precepts of the Modern State. The change of thought against police power as well as the production mechanism of administrative role by the publishing of administrative acts is necessary to corroborate all the constitutional democratic precepts and provide a justification of normative validity in order for material values and not only formal values to be considered, yielding the solidification of the Democratic State of Law resulting in the evolution of mere liberal and social paradigms. The ordering Administration turns itself to the organization of the private playing field of the state, disciplining actions of individuals in their private sector. Public law is born out of the civil society's desire and, through a historical development, it takes into account concepts that have been developed in Modern Age. The contemporary State is the result of historical contingencies and if one wants to fully understand it, it is necessary to trace back the evolution of the liberal paradigm through to the social paradigm and through to the current understanding of the matter. The administrative function will be analyzed from the perspectives of these models so that we can understand its role in the current Democratic State of Law as an instrument of solidification and materialization of fundamental social rights, through the effective State acting as opposed to the liberal neutrality in order to provide an improved relationship between individuals and the State, either through the state-employed functional agent's relations or when the individual is hired by the Administration Sector or even when the individual is a beneficiary of special use of public property. The ordering administration should be an instrument of fundamental rights enforcement in civil society abandoning the police power and reissuing its role as for administrative roles through administrative acts.

**Key-words:** Social status. Democratic state. Modern Age. State regulation ordering. Administrative law officer. Individual and collective fundamental rights. Civil society.

# Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1. IDADE MODERNA: A ERA DAS GRANDES REVOLUÇÕES</b> .....	<b>14</b>
1.1. A CONCEPÇÃO DO ESTADO NA IDADE MODERNA .....	19
1.2. DIREITO PÚBLICO: OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTADO MODERNO .....	23
<b>2. DIREITO E ESTADO</b> .....	<b>31</b>
2.1. FUNDAMENTOS DE CONSTITUIÇÃO .....	33
2.2. DAS LEIS NATURAIS, RELAÇÃO CONTRATUAL E RELAÇÃO JURÍDICA .....	38
2.3. O ATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO .....	41
2.3.1 <i>Definições: Fatos, atos jurídicos e ato administrativo</i> .....	41
2.4. IDENTIDADE DO ESTADO .....	45
2.5. CONSTITUCIONALISMO .....	45
2.6. ESTADO INTERVENционISTA E ESTADO LIBERAL .....	50
2.6.1 <i>O Estado intervencionista</i> .....	50
2.6.2. <i>O Estado Liberal</i> .....	52
2.6.3. <i>Modelo constitucional brasileiro</i> .....	55
2.7. FUNÇÕES DO ESTADO .....	56
<b>3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS E EXPLÍCITOS E A RELAÇÃO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO, A SOCIEDADE CIVIL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E COLETIVOS</b> .....	<b>59</b>
3.1. CONTEÚDO PRESCRITIVO E NECESSÁRIO NA POSITIVAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO .....	60
3.2. SOCIEDADE CIVIL .....	60
3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS .....	62
3.4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	63
3.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	65
3.6. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SUA INDISPONIBILIDADE .....	68
3.7. PODER DE POLÍCIA .....	70
3.8. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE .....	72
3.8.1 <i>Razoabilidade</i> .....	73
3.8.2 <i>Proporcionalidade</i> .....	74
<b>4. ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO</b> .....	<b>76</b>
4.1. ESSÊNCIA .....	76
4.2. SISTEMA DE NORMAS .....	78
4.3 O ATO ADMINISTRATIVO COMO ESPINHA DORSAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....	79
4.4. A CONTINUADA CRISE DO ATO ADMINISTRATIVO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO .....	80
4.5. AS NOVAS RELAÇÕES JURÍDICAS DO PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE CIVIL .....	86
<b>5. ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA</b> .....	<b>87</b>
5.1. ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	89
5.2. CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS PRIVADOS POR ATO ADMINISTRATIVO .....	91
5.3. ESTRUTURAÇÃO DA EFETIVA ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA .....	92
5.4. A ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS .....	96
5.5. A CONCEPÇÃO E ABRANGÊNCIA DA REGULAÇÃO ESTATAL ORDENADORA .....	100
A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE PROMOVE UMA VISÃO MAIS COESA PARA UTILIZAÇÃO DA REGULAÇÃO ESTATAL ORDENADORA EM SUBSTITUIÇÃO, NESTES CASOS, AO <i>PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO</i> . A VISÃO É A MELHOR INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS PARTICULARES FACE À ADMINISTRAÇÃO, POR SEREM ESSES ESCUDADOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	103
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>107</b>



## INTRODUÇÃO

O ser humano reflete acerca da vida política vez que vive em sociedade, pois caso vivesse isoladamente muito provavelmente não desenvolveria o pensamento filosófico voltado para um viés político, tampouco desenvolveria teorias sobre o Estado e sua relação com ele, mesmo porque o Estado nunca existiria.

Há muito tempo o Poder Público interfere no agir das pessoas, controlando e dirigindo a sociedade, tendo num primeiro momento sequer obedecido às normas jurídicas e, depois, com uma evolução lenta e contínua chegando à formação estatal que temos nos dias de hoje, tendo passado necessariamente por um constitucionalismo. Atualmente, lançando mão da utilização do *poder de polícia*, qual o limite de atuação estatal nessa interferência no agir das pessoas e no controle e direção da sociedade? A legalidade por si só não responde ao questionamento, sendo necessária discussão mais aprofundada para obtenção de resposta. O *poder de polícia* pautado na supremacia do interesse público é o que basta para uma atuação estatal que atenda aos interesses individuais e coletivos?

Consta do preâmbulo da nossa Magna Carta de 1988 que o Estado Democrático brasileiro é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, com fundamento numa harmonia social e compromissada com a solução pacífica de controvérsias, tanto em âmbito interno como na esfera internacional.

Essa referência do preâmbulo, embora não haja uniformidade de pensamento, traz princípios e faz parte do próprio texto da Magna Carta, nos mesmos termos e de acordo com Paulo de Barros Carvalho:

[...] enquanto plexo de enunciados cujas significações revelam valores, tendências e objetivos devidamente aprovados no mesmo documento de teor prescritivo da Lei Constitucional. Nele, preâmbulo, poderemos recolher importantes enunciados de fundo axiológico, que haverão de penetrar as regras do sistema, no trabalho de construção do sentido do direito posto.<sup>1</sup>

Os direitos humanos, na amplitude dada pela sociedade, rompem as fronteiras dos Estados, capaz de conjugar direitos civis e políticos com os direitos sociais, culturais e econômicos. A positivação constitucional desses direitos humanos se dão na forma dos

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

direitos fundamentais. “A internacionalização pressupõe, do ponto de vista dos fundamentos dos Direitos do Homem, uma *retomada da clássica reivindicação de seu caráter universal e supraestatal*. Este último é inegável. E dele se pode facilmente caminhar para caráter universal”.<sup>2</sup>

A sociedade civil brasileira inserida nesse contexto de Estado Democrático é fruto de uma evolução histórica ocidental, conforme estudaremos nos capítulos a seguir.

A regulamentação estatal ordenadora está intimamente ligada a ideia de interferência das autoridades na maneira de agir dos indivíduos num contexto privado de atuação, seja nas relações funcionais do agente integrante dos quadros estatais, seja quando o particular é contratado pela Administração ou mesmo quando o particular é beneficiário do uso especial de bem público<sup>3</sup>. Com vistas à preservação do interesse privado as ações do Poder Público lançando mão de mecanismos legislativos e executivos de coerção e exigibilidade especialmente calcados no Poder de Polícia.

De acordo com Sundfeld:

A consagração constitucional dos direitos do indivíduo resultou em severa restrição à interferência estatal. Entretanto, a liberdade e a propriedade, pelo fato de serem direitos, haveriam de ser regulamentados pela lei, ao menos para compatibilizar o exercício de todos os direitos.<sup>4</sup>

Dentro das funções administrativas do Estado, a administração ordenadora disciplina, nos termos da legislação de regência, os comportamentos privados das pessoas inseridas na sociedade.

Justen Filho afirma que:

Tradicionalmente, costuma-se aludir à existência dos “princípios do direito administrativo”, os quais seriam os fundamentos da organização do regime de direito administrativo. Essa formulação é imprecisa e deve ser aperfeiçoada, já que o regime de direito administrativo é produzido pelos direitos fundamentais.<sup>5</sup>

Essa interferência estatal na vida privada tem como escopo, dentro do sistema jurídico vigente, a busca por atender aos direitos fundamentais, bem como aos direitos sociais, sendo que muitos destes direitos sociais são considerados normas programáticas no teor da nossa Constituição Federal.

---

<sup>2</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 403.

<sup>3</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

<sup>4</sup> SUNDFELD, 2003, p. 9.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

Em razão do exposto é que se faz relevante o estudo dos aspectos constitucionais e seus princípios que definem um Estado Democrático de Direito e um Estado Social, com sistemas reguladores dos indivíduos em sociedade, mas num trabalho paralelo e simultâneo na defesa dos direitos fundamentais, inclusive os direitos metaindividuais.

O conjunto das normas jurídicas, ou seja, sua pluralidade produz o direito fundamental.

A supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade serão explicitados como fundamentadores da atuação estatal na atualidade face aos particulares.

O método adotado é o hipotético-dedutivo. A metodologia adotada na elaboração do presente trabalho consiste na análise dos direitos fundamentais num sistema de conhecimento e normatização jurídica de forma a identificar uma ordenação jurídica administrativa do Estado face à sociedade. A investigação referencial se dará no primeiro capítulo e se concluirá com o quinto, justificando-se enquanto mecanismo para atender aos interesses da sociedade face à utilização de mecanismos duma regulação estatal ordenadora no último capítulo.

## 1. Idade Moderna: a era das grandes Revoluções

Novas percepções de mundo foram geradas por transformações ocorridas em grande volume entre os séculos XVI e XVIII, como as grandes Revoluções, as quais refletem em nosso tempo e, sem receio de errar, irão refletir sempre na sociedade humana. Dois fenômenos da Idade Contemporânea estão intrinsecamente ligados à Idade Moderna, quais sejam: grande desenvolvimento tecnológico e globalização. Com as grandes navegações sendo uma demonstração de tecnologia, que gerou acúmulo de capitais na Europa, aliado ao comércio ter expandido pelo mundo, as ações econômicas geraram o embrião da globalização.

Assim, navegações nos mares nunca antes navegados gerando encurtamento entre as distâncias, desvendar as teorias da física, descobrir as situações da natureza, proporcionaram dentre outras coisas o afloramento de novos direitos.

Na Idade Moderna houve um processo de pensamento no sistema organizacional dos Estados. Nesse espaço de quase quatro séculos ocorreram revoluções liberais defensoras da divisão política do poder político, bem como ampliação dos meios de intervenção política. Nesse andar, “o Poder político – *Potestas* e não *potentia* – é uma construção jurídica, tanto é que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõem restrições e limites.”<sup>6</sup>

Dallari menciona que as deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do *Estado Moderno*. Para ele a aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo Estado Medieval, iria crescer de intensidade em consequência da nova distribuição da terra. Com efeito, o sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, constituída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores. Salienta que os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstância, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízo à vida econômica e social.<sup>7</sup>

Não podemos olvidar que neste momento histórico os monarcas europeus consumavam o seu poder hegemônico, sendo este o grande combustível para que tais revoluções e transformações ocorressem.

---

<sup>6</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 2.

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

Ademais, naqueles séculos e especialmente no século XVIII, o espírito investigativo dos pensadores e estudiosos, principalmente filósofos e cientistas, acabou por gerar grande avanço no conhecimento. Historicamente podemos apontar inclusive a chamada Revolução Científica, a qual ocorreu neste período com o desenvolvimento de máquinas e instrumentos o que algum tempo depois proporcionou a primeira fase da Revolução Industrial.

Desde a primeira fase da Revolução Industrial a mentalidade econômica de empresários, patrões, operários e consumidores mudou.

Considerar a Idade Moderna como uma era de Revoluções é simples na medida em que podemos facilmente elencar algumas delas, tais como: Revolução Científica (séculos XVI a XVIII), Reforma Protestante<sup>8</sup>, Revolução Gloriosa (a partir de 1688), Revolução Industrial (1760 até aproximadamente 1840), Revolução Americana (1776). No entanto, num olhar apurado para a Idade Moderna é bastante complexa pelo conteúdo de tudo o que fora pensado e realizado neste período.

Historicamente se entende a Revolução Científica, ocorrida aproximadamente entre os anos 1500 a 1700, como sendo um momento de mudanças na forma de pensamento e

---

<sup>8</sup> REFORMA (in. *Reformatiōn-*, fr. *Reformatio*ii. ai. *Reformatioui*; it. *Riforma*). Renovação religiosa ocorrida na Europa durante o séc. XVI como retorno às origens do cristianismo. Preparada pelo humanista Erasmo de Roterdã, a R. foi iniciada pelo monge agostiniano Martinho Lutero (1483-1516) que em 1517 afixou nas portas da catedral de Wílienberg noventa e cinco teses contra a venda das indulgências. Em sua orientação global, a R. protestante apresenta-se como uma das vias de realização do *retomo cios princípios*, lema do *Renascimento* (v.). No domínio religioso, o retorno aos princípios levava a negar o valor da tradição, portanto tia Igreja, que se julgava sua depositária e intérprete. Lutero contrapunha à tradição eclesiástica e a todos os rituais e interpretações por ela acumulados durante séculos o retorno direto à palavra de Jesus Cristo, concretizada no Evangelho. Segundo Lutero, o ensinamento fundamental do Evangelho é a *justificação por meio da fé* que implica dois corolários fundamentais. 1- Um deles é a negação do valor das obras como técnicas religiosas (ritos, sacrifícios, cerimônias), com a redução tios sacramentos aos mencionados na Bíblia (batismo, penitência e eucaristia), mas sem qualquer supervisão sacerdotal, sendo eles considerados expressão tia relação direta do homem com Deus. Ao culto sacerdotal. Lutero opôs o exercício dos deveres civis, como único "serviço divino" com valor religioso. 2" C) outro é a negação da liberdade humana e o reconhecimento da predestinação por parte de Deus. A te é o sinal seguro dessa predestinação, portanto indício de salvação (*A' liberlale cbrisliana*, 1520). Foi este aspecto que deu origem á polêmica entre Erasmo (Lutem: à *Diatribes de libero arbítrio* (1524) e Lutero. Lutero respondeu com *De serro arbítrio* (1525) em que insistia no caráter imperscrulável da escolha divina (ef. predestinação). Das outras duas figuras principais da R. protestante, Ulrico Zwinglio (1584-1531) e João Calvino (1509-15). O primeiro foi bem além de Lutero na negação tias formas religiosas tradicionais, atribuindo ao próprio sacramento tia eucaristia valor meramente simbólico e negando a obediência passiva á autoridade política; o segundo considerou o retorno aos princípios especialmente como retorno à religiosidade do Antigo Testamento. Em *Instituição da religião cristã* (publicada em latim em 1530 e em francês em 1531 essa tradução é o primeiro texto literário tia prosa francesa), Calvino propôs-se efetivamente a mostrar a unidade do Antigo e tio Novo Testamentos, extraindo daquele o princípio de que o bom sucesso nas atividades tia vida é prova evidente do favorecimento de Deus sinal de sua predileção. Foi esse princípio que transformou o calvinismo em ética inspiradora da burguesia capitalista emergente, com seu espírito ativo e agressivo, marcado pelo desprezo por sentimentos e orientado para o bom êxito tios negócios. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 850).

fé no continente europeu. Contribuíram para esta mudança de pensamento Nicolau Copérnico<sup>9</sup>, Galileu Galilei<sup>10</sup>, Rene Descartes<sup>11</sup>, Christian Huygens e Isaac Newton<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Copérnico, Nicolau (1473-1543) Considerado o fundador da moderna astronomia e um dos criadores da nova concepção de universo desenvolvida pela ciência moderna, Copérnico nasceu na Polônia, tendo estudado na Universidade de Cracóvia e depois na Itália. Criticou o sistema geocêntrico ptolomaico, então universalmente aceito, desenvolvendo um sistema heliocêntrico inspirado no astrônomo grego Aristarco de Samos (séc.111 a.C.). Em sua obra principal *As revoluções dos orbes celestes* (1543), procurou demonstrar matematicamente as hipóteses de que a Terra é redonda e gira em torno do Sol através de um movimento uniforme. Suas teorias encontraram forte reação, sobretudo por parte da Igreja e das doutrinas escolásticas, por abalarem a visão tradicional de mundo da Idade Média, principalmente ao manter que a Terra não é o centro do universo, o que trazia graves e profundas consequências políticas e religiosas para a ordem hierárquica então em vigor. A "revolução copernicana" foi realizada por Galileu (JAPIASSU, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 47-48).

<sup>10</sup> Galileu (1564-1642) Considerado um dos criadores da ciência moderna, Galileu Galilei, geralmente conhecido como Galileu, nasceu em Pisa, Itália, tendo sido professor em diversas universidades italianas como Pisa e Pádua. (...) O uso do telescópio em suas observações astronômicas deu nova base para a comprovação das hipóteses de Copérnico. A principal contribuição de Galileu ao desenvolvimento da ciência moderna está precisamente na combinação do uso da linguagem matemática na construção das teorias, o que lhes dá maior rigor e precisão, com o recurso aos experimentos que permitem comprovar empiricamente as hipóteses científicas. Em 1633, Galileu foi preso pela Inquisição, já que suas teorias contradiziam a visão tradicional do universo mantida pela \*escolástica e iam contra a doutrina cristã. Forçado a retratar-se, continuou, entretanto, suas pesquisas em silêncio. Obras principais: *O mensageiro das estrelas* (1610), *11 Saggiatore* (1623). *Diálogo sobre os dois principais sistemas do mundo* (1632) e *Discurso sobre as duas novas ciências* (1638) (JAPIASSU, 2006, p. 88).

<sup>11</sup> Descartes, René (1596-1650) René Descartes nasceu na França, de família nobre. (...) Viaja muito. Alista-se nas tropas holandesas de Maurício de Nassau (1618). Sob a influência de Beeckmann, entra em contato com a física copernicana. (...) A fim de evitar problemas com a Inquisição, vai para a Holanda (1629), onde estuda matemática e física. Escreve muitos livros e cartas. Os mais famosos: *O discurso do método*, *As meditações metafísicas*, *Os princípios de filosofia*, *O tratado do homem* e *O tratado do mundo*. Convidado pela rainha Cristina, vai passar uns tempos em Estocolmo, onde morre de pneumonia um ano depois. Suas frases mais conhecidas: "Toda filosofia é como uma árvore cujas raízes são a metafísica e as ciências os ramos"; "O bom senso (ou razão) é o que existe de mais bem repartido no mundo"; "Jamais devemos admitir alguma coisa como verdadeira a não ser que a conheçamos evidentemente como tal"; "A proposição *Penso, logo existo* é a primeira e mais certa que se apresenta àquele que conduz seus pensamentos com ordem". Toda a obra de Descartes visa mostrar que o conhecimento requer, para ser válido, um fundamento metafísico. Ele parte da dúvida metódica: se eu duvido de tudo o que me vem pelos sentidos, e se duvido até mesmo das verdades matemáticas, não posso duvidar de que tenho consciência de duvidar, portanto, de que existo enquanto tenho essa consciência. O cogito é, pois, a descoberta do espírito por si mesmo, que se percebe que existe como sujeito: eis a primeira verdade descoberta para o fundamento da metafísica e cuja evidência fornece o critério da ideia verdadeira. Assim, a metafísica é fundadora de todo saber verdadeiro (JAPIASSU, 2006, p. 55).

<sup>12</sup> Newton, Isaac (1642-1727) Matemático e físico inglês, professor na Universidade de Cambridge. Newton pode ser considerado o criador da física moderna, devido à formalização que efetuou da mecânica de \*Galileu, à formulação da lei da gravidade, e a suas pesquisas em ótica e sobre a natureza da luz. A contribuição de Newton à física levou ao amadurecimento da concepção de ciência moderna inaugurada por Francis Bacon, Galileu e Descartes. Sua mecânica é a primeira formulação elaborada de uma teoria geral unificada do movimento, aplicando-se não só ao movimento de um corpo na superfície da Terra como ao movimento dos corpos celestes, tendo como princípio básico a lei da gravitação universal. Newton empregou com sucesso o formalismo matemático na construção de sua teoria física, ao mesmo tempo defendeu a necessidade e a importância do método experimental. Foi grande a influência de Newton no desenvolvimento da ciência, podendo-se considerar que sua física fornece um paradigma de ciência que irá vigorar praticamente até o período contemporâneo, tendo também grande influência na filosofia. As implicações da mecânica de Newton tiveram grande impacto na filosofia dos empiristas ingleses sobretudo em Locke, que pretende explicar o conhecimento humano do mundo natural levando em conta a nova descrição desse mundo formulada por Newton. Kant considerava a física de Newton um modelo de ciência desenvolvida e acabada, devendo servir de inspiração à filosofia e às demais ciências (JAPIASSU, 2006, p. 143).

Teorias foram criadas e outras revistas, especialmente no que tangem aos conhecimentos da física, onde grandes avanços ocorreram.

Após a Idade Média ocorreram reformas religiosas, por conta da insatisfação com as atitudes da igreja católica. Como cediço, a igreja era poderosa e interferia nas decisões políticas sempre apoiada durante a Idade Média no sistema feudalista. Era patente o distanciamento dos princípios bíblicos face às atitudes tomadas ao longo dos tempos pela igreja católica.

A igreja sempre preconizou a ideia do pecado e, à época, fazia a venda das indulgências, consistindo no perdão fora dos sacramentos, o que motivou o inconformismo de Martinho Lutero, monge agostiniano da região da saxônia, gerando a Reforma Protestante. Os burgueses que se fortaleceram na Idade Moderna precisavam justamente de uma religião que vendesse o perdão a quem cometesse.

Nesse andar, outros fatores geraram as reformas, especialmente a contrassenso existente entre princípios bíblicos condenarem acúmulo de capitais e a própria igreja católica abertamente acumular riquezas.

O Papa Leão X, com seu papado entre 1513-1521, na intenção de terminar a Basílica de São Pedro, determinou a venda de indulgências aos cristãos pecadores. Lutero condenou publicamente essa prática, o que fez o Papa exigir a retratação de sua fala. No entanto, Martinho Lutero não se retratou, tendo sido excomungado pelo Papa Leão X. Martinho Lutero foi protegido pelo príncipe Frederico da Saxônia quando o Papa Leão X determinou que o abrigassem no castelo de Wartburg.

Revoltas ocorreram e algumas bandeiras importantes foram levantadas, vez que houve morte de milhares de camponeses nas lutas em face da servidão então existente.

De outra banda, a Revolução Gloriosa, no legislativo, direcionou ao Parlamento o poder na administração, afastando a Inglaterra do absolutismo<sup>13</sup>. Houve aprovação da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), instituindo inclusive o direito de livre petição.

---

<sup>13</sup> ABSOLUTISMO (in. *Absolutisni*; fr. *Absolutisme*, ai. *Absolutismus*; it. *Assolutismo*). Termo cunhado na primeira metade do séc. XVIII para indicar toda doutrina que defenda o "poder absoluto" ou a "soberania absoluta" do Estado. No seu sentido político original, esse termo agora designa: 1) o A. utopista de Platão em *República*; 2) o A. papal afirmado por Gregório VII e por Bonifácio VIII, que reivindica para o Papa, como representante de Deus sobre a Terra, a *plenitudo potestatis*, isto é, a soberania absoluta sobre todos os homens, inclusive os príncipes, os reis e o imperador; 3) o A. monárquico do séc. XVI, cujo defensor é Hobbes; 4) o A. democrático, teorizado por Rousseau no *Contrato social*, por Marx e pelos escritores marxistas como "ditadura do proletariado". Todas essas formas do A. defendem igualmente, embora com motivos ou fundamentos vários, a exigência de que o poder estatal seja exercido sem limitações ou restrições. A exigência oposta, própria do

Numa contextualização histórica, Comparato ressalta:

Durante todo o século XVII, a Inglaterra foi agitada por rebeliões e guerras civis, alimentadas por querelas religiosas.

Carlos I foi deposto, condenado à morte e executado em 1642, sob a acusação de tentar restabelecer o catolicismo como religião de Estado. Após a ditadura de Cromwell, que durou até 1658, a dinastia Stuart, restabelecida no trono (...). Carlos II, que reinou até 1685, logrou abafar todas as tentativas de revolta. Durante os quatro últimos anos de seu reinado, dispensou a convocação do Parlamento para a votação de impostos, graças ao copioso subsídio que recebeu pessoalmente de Luis XIV. Mas essa decisão imprudente acabou por acrescentar à virulenta querela religiosa outros movimentos de animadversão à coroa, considerada agora culpada de manter ligações traiçoeiras como o inimigo secular do país, o rei da França.

Sucedendo a Carlos II, seu irmão Jaime II suscitou contra si, em pouco tempo, a oposição mortal da nobreza e do alto clero. Em 1688, o nascimento de um herdeiro do trono, ao assegurar a continuidade da monarquia na religião católica, desencadeou a rebelião que fermentava havia vários anos. (...). No dia 11 de dezembro, Jaime II fugia para a França.

Reunido por sua própria iniciativa, o Parlamento declarou então vago o trono da Inglaterra, e decidiu operar uma mudança dinástica. (...)

Os novos soberanos tomaram os nomes de Guilherme III e Maria II, após aceitarem, em sua integralidade, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) votada pelo Parlamento, a qual passou a constituir uma das Leis Fundamentais do Reino.<sup>14</sup>

Desta feita, essa Revolução ocorreu na Inglaterra entre 1688 e 1689, também chamada de *Revolução Sem Sangue*, tendo sido o rei Jaime II destituído do trono britânico, proporcionando a substituição da dinastia Stuart, católica, pela dinastia protestante Guilherme, que na língua inglesa chama-se William, Príncipe de Orange, da Holanda. Guilherme era genro do rei Jaime II, casado com Maria II, sua filha. Assim, “promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta<sup>15</sup>, no qual todo o poder emana do rei e em seu nome é exercido”<sup>16</sup>.

---

*liberalismo* (v.), é a que prescreve limites e restrições para o poder estatal. No uso filosófico corrente, esse termo não se restringe mais a indicar determinada doutrina política, mas estende-se à designação de toda e qualquer pretensão doutrinária ou prática ao absoluto, em qualquer campo que seja considerado. Diz p. ex., Reiehenbach (*The Theory of Probability*, p. 378): "Devemos renunciar a todos os resíduos do A. para compreender o significado da interpretação, em termos de frequência, de uma asserção de probabilidade em torno de um caso individual. Não há lugar para o A. na teoria das asserções de probabilidade referentes à realidade física. Tais asserções são usadas como regras de conduta, como regras que determinam a conduta mais eficaz em dado estágio do conhecimento. Quem quiser encontrar algo a mais nessas asserções descobrirá no fim que perseguiu uma quimera". O A. filosófico não é tanto de quem fala do Absoluto ou de quem lhe reconhece a existência, mas de quem afirma que o próprio absoluto apoia suas palavras e lhes dá a garantia incondicional de veracidade. Nesse sentido, o protótipo do A doutrina é o Idealismo romântico, segundo o qual, na filosofia, não é o filósofo como homem que se manifesta e fala, mas o próprio Absoluto que chega à sua consciência e se manifesta. (ABBAGNANO, 2007, p. 13).

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104 e 105.

<sup>15</sup> Dante Alighieri já refletia sobre o papel da monarquia absolutista que prevaleceu na Idade Média: A Monarquia temporal, que se chama Império, é o único principado que se ergue sobre todos os seres que vivem no tempo, ou sobre tudo aquilo que é medido pelo tempo. Três questões se levantam acerca desta Monarquia. Pergunta-se, primeiro, se é ela indispensável à boa ordenação do mundo. A seguir, se o povo romano se atribuiu



Bonavides afirma que “da ‘Revolução Gloriosa’ emerge um novo poder, uma nova inteligência para compreensão dos organismos sociais”<sup>17</sup>. “O século XVII em filosofia política, é inglês, ao passo que o século XVIII será francês”<sup>18</sup>. Ademais, “quando a filosofia investiga a relação do homem com os seus semelhantes, ou seja, quando a filosofia investiga a política, chamamos de filosofia política”.<sup>19</sup>

A Revolução Industrial, divide-se em duas fases. No período, ainda no século XVIII, tivemos a primeira fase em que um conjunto de mudanças ocorreram nas formas de produção com a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e com o uso de máquinas. A Inglaterra foi o berço desta revolução uma vez que possuía uma rica burguesia e uma importante zona comercial inclusive de exportação. A segunda fase da Revolução Industrial ocorre num momento posterior já na chamada Idade Contemporânea.

Fora do continente europeu, a Revolução Americana ocorrida em 1776 foi um movimento de ampla base popular juntamente com a burguesia colonial, levando à proclamação em 4 de julho da independência de treze Colônias, formando os Estados Unidos com a adoção de uma Constituição política escrita.

De acordo com Comparato:

A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.<sup>20</sup>

Tais fatos diligentemente estudados contribuem para a justificativa do pensamento social, da formação de uma sociedade civil enquadrada dentro do Estado.

### **1.1. A concepção do Estado na Idade Moderna**

Para muitos autores o conceito de Estado surgiu no passado, mais especificamente no Renascimento, como forma de resposta à realidade política do continente europeu. A soberania das Nações aliada às necessidades sociais formataram o Estado Moderno.

---

com legitimidade o exercício da Monarquia. Por último, se a autoridade da monarquia lhe vem imediatamente de Deus, ou lhe é, antes, concedida por intermédio dum ministro ou vigário de Deus. (ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 257).

<sup>16</sup> COMPARATO, 2013, p. 105.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 268.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 268.

<sup>19</sup> MAZZILLI, Marcello. *Estado? Não, obrigado*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 13.

<sup>20</sup> COMPARATO, 2013, p. 111.

Bonavides acentua que:

Da titularidade internacionalizada e invisível, esta nova e dissimulada soberania dos mercados executa o projeto recolonizador das gigantescas associações de capital, que ignoram por completo os direitos dos povos e das Nações periféricas a romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização mergulhou<sup>21</sup>.

Aliás, “o estudo da origem do Estado implica em duas espécies de indagação: uma a respeito da época do aparecimento do Estado; outra relativa aos motivos que determinaram e determinam o surgimento dos Estados”<sup>22</sup>. Diante desta constatação, vamos nos ater no presente estudo aos fatos ocorridos durante a chamada Idade Moderna<sup>23</sup>.

As maiores contribuições e o pressuposto teórico do presente trabalho estão embasados na teoria analítica de pensadores como Nicolau Maquiavel, Martinho Lutero, Thomas Hobbes, René Descartes, John Locke, Charles Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, Adam Smith, Immanuel Kant, Georg Wilhelm e Friedrich Hegel.

Não há um apego ao sistema jurídico positivo sob o prisma das estruturas lógicas das normas jurídicas, mas sim um apego aos princípios do pensamento Estatal na época e as consequentes revoluções sociais ocorridas.

Dallari leciona:

De antemão temos que ter a ciência de que o homem vive em sociedade e mesmo antes da formação de um conceito de Estado, tendo sido discutida ao longo da história o motivo que leva o homem a viver coletivamente. Muitos séculos antes de Cristo, Aristóteles já dissera que “o homem é naturalmente um animal político”.<sup>24</sup>

No mesmo andar Santo Tomás de Aquino afirmara que “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade”.<sup>25</sup>

Maquiavel escreveu com base no sonho de que a Itália, fragmentada em vários Estados, pudesse um dia unificar-se, o que ocorreu muito tempo depois. Mas, sua contribuição ao pensamento Estatal alinha à ideia de que “todos os Estados e governos que tenham tido, e que tenham no presente, soberania sobre os homens, têm sido ou são repúblicas

---

<sup>21</sup> BONAVIDES, 2012. p. 35.

<sup>22</sup> DALLARI, 2007, p. 51.

<sup>23</sup> Entre os anos de 1500 até 1789.

<sup>24</sup> DALLARI, 2007, p. 10.

<sup>25</sup> DALLARI, 2007, p. 10.

ou principados”<sup>26</sup>, tangenciando a ideia de supremacia do interesse público sobre o particular. Daí desenvolve-se uma série de conceitos frente aos principados hereditários ou novos, bem como de uma concepção da ética Estatal durante a administração ou gestão da coisa pública, um verdadeiro rompimento com o pensamento antigo.

Em sua obra Maquiavel ao tratar da crueldade e piedade pergunta: é melhor ser amado ou temido? E responde:

Voltando agora à pergunta se é melhor ser amado ou temido, concluo que, como os homens amam a seu bel-prazer e são inspirados pelo medo ao bel-prazer do príncipe, um príncipe sábio deve sempre se apoiar na sua vontade e não na dos outros. Porém, acima de tudo, ele sempre deve se esforçar para evitar ser odiado, como já afirmei acima.<sup>27</sup>

De tal assertiva depura-se que Maquiavel tinha uma visão da necessária governança dentro do Estado, especialmente para que houvesse a expressa noção de poder político ligado a ideia de comando de um administrador, de um administrador com presteza e uma ética própria.

Não é possível, contudo, conceber o Estado no contexto exposto, sem suas atuações democráticas, diferentes do pensamento inicial que Maquiavel teve, especialmente na concepção de que o Estado tinha por função resolver o problema político da dispersão do poder, típica da Idade Média, através da criação de uma entidade que concentrava e unificava em si todos os poderes da sociedade, e que encarnava na pessoa do príncipe.

Numa análise, pode-se dizer que desde a primeira frase do *Príncipe*, de Maquiavel, o termo *Estado*, sem ser definido de modo rigoroso, designa uma configuração política que implica a organização da relação de forças entre o comando e a obediência: ele caracteriza, na sua ‘verdade efetiva’, o “novo principado” que Maquiavel sonda.<sup>28</sup>

Ademais, toda essa relação entre os administradores e administrados carece de legislação positivada com bases de Direito Público. As revoluções sociais ocorridas na Idade Moderna nos dão uma dimensão da formação do Estado que temos hoje. Note o pensamento de Montesquieu quando se refere das leis e suas relações com os diversos seres. Para ele as leis, no seu sentido amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade possui suas leis; o mundo material

---

<sup>26</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Golden Books, 2008, p. 44.

<sup>27</sup> MAQUIAVEL, 2008, p. 44.

<sup>28</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 19.

possui suas leis; as inteligências superiores aos homens possuem suas leis; os animais possuem suas leis; o homem possui suas leis.<sup>29</sup>

Tal afirmativa está escudada na razão, sendo a lei a primeira expressão das relações que existem entre os seres. Assim:

Os seres particulares inteligentes podem possuir leis feitas por eles, mas possuem também as que não fizeram. Antes da existência de seres inteligentes, esses eram possíveis; tinham, portanto, relações possíveis e, conseqüentemente, leis possíveis. Antes de haver as leis feitas, existiam relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo nem de injusto senão o que as leis positivas ordenam ou proíbem, é dizer que antes de ser tração o círculo todos os seus raios não eram iguais.<sup>30</sup>

Conforme referência de Bonavides, a filosofia política inglesa do século XVII é campo fértil para Locke, “... com seus tratados, consubstancia a primeira crítica séria e refutadora feita ao absolutismo”<sup>31</sup>.

Ainda completa Bonavides:

De Locke a Montesquieu e de Montesquieu a Rosseau, o liberalismo aristocrático descreve uma trajetória que principia onde o absolutismo expira como doutrina e acaba onde a democracia moderna ganha com Rosseau seu mais profundo teorista: o genial filósofo da *vontade geral*. Doutrinariamente, a tese de Montesquieu é a mesma de Locke: a salvaguarda da liberdade, o extermínio da tirania.<sup>32</sup>

Numa análise, as preocupações sociais também estão expressas nas palavras de Rousseau, ao discorrer sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens ele refere que concebe na espécie humana dois tipos de desigualdade:

uma a que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença de idades, de saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral, ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e é estabelecida, ou pelo menos autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios, de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o de serem mais ricos, mais homenageados, mais poderosos ou mesmo o de se fazerem obedecer.<sup>33</sup>

Justamente quando Rousseau trata da desigualdade moral, ou política é que se tem esse viés da preocupação da proteção do interesse social, mas também escancara as situações

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1979, p. 25.

<sup>30</sup> MONTESQUIEU, 2009, p. 25.

<sup>31</sup> BONAVIDES, 2012. p. 269.

<sup>32</sup> BONAVIDES, 2012. p. 269.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 48.

da época quanto aos privilégios dos administradores frente aos administrados, bem como dos cidadãos administrados frente a outros cidadãos administrados.

As relações sociais humanas necessitam de regramento em âmbito civil e público. Esse reconhecimento quanto à importância da legislação pública, inclusive em âmbito internacional, ainda que de maneira embrionária é admitida por Montesquieu na seguinte passagem:

Considerados como habitantes de um planeta tão grande, a ponto de ser necessária a existência de diferentes povos, existem leis nas relações que esses povos mantêm entre si; é o **Direito das Gentes**. Considerados como vivendo numa sociedade que deve ser mantida, possuem leis nas relações entre os que governam e os que são governados; é o **Direito Político**. Possuem-nas ainda nas relações que todos os cidadãos mantêm entre si: é o **Direito Civil**.<sup>34</sup> (grifo nosso)

Além do direito positivado, já como preocupação naquele momento, tão importante para a formação do Direito Político e Direito Público, há a constatação principiológica das relações sociais que existiam na Idade Moderna e que influenciaram na construção do conceito de Estado e Estado de Direito.

Segundo a lição de Goyard-Fabre:

Dada essa carência, o conceito de Poder permaneceu durante muito tempo cercado de um halo de incerteza e ambiguidade. Em compensação, com a filosofia moderna, a imprecisão que velava a ideia do Poder se dissipou gradualmente graças a uma problematização e a uma investigação novas: em vez de considerar a autoridade do Poder no Estado através da relação de comando com a obediência, isto é, na relação interpessoal entre os governantes e governados, a indagação incidiu sobre os princípios imanentes que permitiram sua emergência, determinaram sua natureza e regeram sua realização. De Maquiavel a Kelsen, as análises convergem para mostrar que, na esfera do Estado, o Poder não pode confundir-se, a não ser desnaturando-se, com o fato de poderes interpessoais.<sup>35</sup>

Segue análise dos princípios norteadores do Estado Moderno.

## **1.2. Direito Público: os princípios norteadores do Estado moderno**

No processo evolutivo entre a Idade Média e a Idade Moderna houve uma mudança de pensamento, o que levou à formação dos princípios norteadores do Estado Moderno. O pensamento moderno substituiu a dogmática jurídica medieval, fundada na autoridade dos textos do Direito Romano e na providência divina, pela fonte da verdade pela

<sup>34</sup> MONTESQUIEU, 1979, p. 27.

<sup>35</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 56 e 57.

soberania do Estado e racionalidade humana<sup>36</sup>. Diga-se, conforme Dallari, que a soberania<sup>37</sup> é elemento e não princípio. “A Europa fatigada dos excessos do absolutismo responderá agora ao apelo e à impaciência das classes que impetram participação mais responsável na direção da máquina governativa”.<sup>38</sup>

A base do pensamento dos juristas modernos era a justificativa racional para o fenômeno histórico do Estado nação bem como da racionalização do processo de criação e aplicação das normas que nele vigoravam. Dessa forma, o pensamento jurídico moderno transpôs para o direito um esquema lógico-dedutivo, aplicado inicialmente às ciências da natureza e inspirado pelo pensamento de Descartes. O jusracionalismo passou a investir em padrões axiomáticos de organização do direito. As normas jurídicas deveriam ser uma decorrência de juízos racionais e não de contingências históricas. As normas traduziam a vontade do soberano e deveriam ser impostas à sociedade, mesmo que contra os costumes ou tradições<sup>39</sup>.

Goyard-Fabre ao tratar do serviço público e normatividade do Poder no Estado entende que a originalidade de Maquiavel transparece em *O Príncipe*, em que é, acima de tudo, o pensador da *ação* política. A seu ver, o Poder não se define pela ideia, mas pelos procedimentos que levam a ele e permitem nele se manter. Considerado filosoficamente, o pensamento político de Maquiavel implica, desde o princípio na rejeição da ideia do direito natural e, mais amplamente, na recusa da filosofia política tradicional.<sup>40</sup>

Nesta obra temos o *serviço público e normatividade do Poder Estatal* como um elemento do *princípio da ordem pública segundo Maquiavel*.<sup>41</sup> E mais: “a normatividade do Poder se exprime na maneira que o Estado tem – seja ele principado ou república – de adotar novas leis para atender às dificuldades da situação. A coisa é árdua, por vezes até impossível, em razão do peso dos costumes”.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381-384.

<sup>37</sup> Nos dizeres de Dallari “a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estrados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica” (DALLARI, 2007, p. 84).

<sup>38</sup> BONAVIDES, 2012. p. 269.

<sup>39</sup> MENDONÇA, 2003, p. 381-384.

<sup>40</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 60.

<sup>41</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 59.

<sup>42</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 62.

Quando Maquiavel se refere aos Principados Civis ele menciona que “os príncipes que tentarem transformar um governo civil em absoluto correrão grandes riscos, pois tais príncipes ou comandam pessoalmente ou através de magistrados”<sup>43</sup>. Ressalta, ainda que:

Um príncipe sábio, portanto, constantemente usará métodos que façam com que os cidadãos de seu Estado, sempre e em qualquer circunstância, sintam necessidade de sua autoridade e, assim, sempre provarão ser fiéis a ele.<sup>44</sup>

Ademais, *os imperativos organizacionais do Estado moderno*<sup>45</sup>, são apregoados por Maquiavel em toda sua obra. Uma passagem que bem retrata esse ímpeto organizacional de Maquiavel está estampada quando ele trata de que modo se deve governar cidades ou principados que, antes de conquistados, viviam de acordo com suas leis:

Os Estados conquistados acostumados com a liberdade e a governar com suas próprias leis podem ser mantidos pelo conquistador de três maneiras diferentes: a primeira é de arruiná-los; a segunda é eles ali estabelecerem residência; a terceira é permitir que eles continuem a viver de acordo com a suas próprias leis, sujeitos a tributos regulares, e criar um governo de poucos, que conseguirá fazer com que a região se lhe torne amigável.<sup>46</sup>

Goyard-Fabre afirma que, numa perspectiva hobbesiana temos o Estado-Leviatã, o que proporciona o *princípio de autoridade*<sup>47</sup>. Entre os modelos inglês e francês, a epistemologia hobbesiana, em sua ambição não hesita: o legalismo centralizador da França exprime as potências do racional. Hobbes procurará, portanto, explicando como elas estruturam o Poder, sistematizar seu significado conceitual e sua capacidade organizadora. Assim, a filosofia política será uma ciência política.<sup>48</sup>

Para Hobbes, quando trata da condição natural da humanidade relativamente à sua felicidade e miséria, mesmo que jamais tivesse havido um tempo em que os indivíduos se encontrassem numa condição de guerra de todos contra todos, de qualquer modo em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa de sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude dos gladiadores, com as armas assestadas, cada um de olhos fixos nos outro; constantemente com espiões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra. E segue dizendo que desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto, é consequência: que nada pode ser

<sup>43</sup> MAQUIAVEL, 2008. p. 115

<sup>44</sup> MAQUIAVEL, 2008, p. 116.

<sup>45</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 66.

<sup>46</sup> MAQUIAVEL, 2008, p. 72.

<sup>47</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 71.

<sup>48</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 73.

injusto. As noções de bem e mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça.<sup>49</sup>

Depura-se da leitura desses trechos a necessidade de se ter a autoridade dentro do sistema jurídico do Direito Político ou Direito Público. E, ainda, trata acerca da necessidade de algumas regras basilares constituintes do Estado.

Branco afirma:

Hobbes deplora a situação, que decorre da luta de facções na disputa pelo poder. Entende que o soberano deve ser individualizado de modo claro, para se prevenir a dissolução do Estado. O soberano disporia dos poderes básicos, que coincidem com os indicados por Bodin. A associação política necessita de uma lei fundamental, em que o soberano fosse individualizado, com a especificação de seus poderes irrevogáveis. Sem essa lei fundamental, o Estado não subsistiria.<sup>50</sup>

Para Goyard-Fabre, num nível diferente de entendimento quanto à postura de Maquiavel, Hobbes afirma que, embora, quando apresenta o Estado-Leviatã como o lugar de um governo forte e centralizador, pareça repetir a lição do *Príncipe*, ele a eleva a um nível totalmente diferente: do conceito e da teoria geral, na própria perspectiva em que, no século XX, R. Carré de Malberg, H. Kelsen e C. Schmitt ainda a estudarão. Quaisquer que sejam as censuras político-ideológicas tão frequentemente formuladas – com ou sem razão – contra Hobbes, apresentado como “horrendo” doutrinador do despotismo, o rigor da análise e o equacionamento lógico do poder descobrem as linhas mestras da teoria do Estado moderno: as capacidades de comando e de regulação do Poder procedem, no âmago do *humanismo* jurídico, de uma concepção *individualista e igualitarista* da existência pública, embasada num *racionalismo* estrito.<sup>51</sup>

Ademais, nesse período de formação do pensamento jurídico tivemos o chamado *contratualismo*. Este pensamento trata da relação social existente, bem como do mecanismo de ligação entre as pessoas e o Estado.

Para Flamarion Caldeira:

De uma maneira geral, o termo Contratualismo designa toda teoria que pensa que a origem da sociedade e do poder político está num contrato, um acordo tácito ou explícito entre aqueles que aceitam fazer parte dessa sociedade e se submeter a esse poder. (...)

<sup>49</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 47.

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

<sup>51</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 75.



Diferentes tradições – liberal, absolutista, democrática, jusnaturalista, juspositivista – perpassam o Contratualismo. E não obstante, há algo como o Contratualismo, um ponto em comum que une Hobbes, Locke e Rousseau. Se esses autores não partilharam dos mesmos ideais políticos e das mesmas tradições, partilharam por certo de uma *sintaxe comum*, para fazer uso de uma expressão de Mattelucci, no verbete Contratualismo do *Dicionário de política* editado por ele, Bobbio e Pasquino.<sup>52</sup>

Sempre escudado na relação jurídica, o pensamento *contratualista* acabou por ser importante para o desenvolvimento jurídico.

Conforme o referido autor:

Além disso, a tese *contratualista* implica que a política se funda sobre uma relação jurídica. Para o contratualismo a sociedade política não apenas se funda sobre uma relação jurídica, como se distinguem das outras formas de comunidade precisamente por isso(...)

Por meio dela se pensa esse subsolo jurídico da política nos termos específicos de um contrato: é a relação contratual, não a natureza, que oferece os padrões e critérios de legitimação das relações políticas, instituídas por ela. Serão legítimas as instituições que estiverem de acordo com os seus termos – daí por que seja fundamental conhecê-los bem, como procuraram fazer o *contratualistas*, cada um ao seu modo.<sup>53</sup>

Sérgio Resende de Barros destaca o contraponto entre o pensamento de Tomas Hobbes e John Locke.

Para Hobbes, no seu esquema do contratualismo, a guerra de todos contra todos (*bellum omnium erga omnes*) era a contingência natural da sociedade humana. A esse estado selvagem, para superá-lo, ele opõe a união dos homens pelo consentimento, constituindo o estado civilizado que chamou de ‘pessoa civil’ ou, na versão latina do Leviatã, ‘uma pessoa artificial, tal como uma cidade’. Em uma dada cidade ou república, ‘leis de natureza e leis civis se contêm uma nas outras’. São de igual extensão. ‘Com efeito, no estado de pura natureza, as leis naturais, que consistem na equidade, na justiça, na gratidão, e noutras virtudes morais dependentes dessas primeiras, não são propriamente leis, mas qualidades que dispõem os homens à paz e à obediência’. Somente depois que ‘uma República seja estabelecida (e não antes) é que elas se tornam efetivamente leis, enquanto sejam então comandos da República e, em consequência, sejam também leis civis.

Contraponto a respeito do pensamento de Locke, assinala Barros que:

Locke (1632-1704) opõe-se a Hobbes: estado de guerra não se confunde com estado de natureza. “O estado de guerra é um estado de inimizade e destruição” em que “os homens não estão sobre os laços da lei comum da razão” e “não têm outra regra senão a da força e violência e, por isso, devem ser tratados como bestas de presa”: como “aquelas criaturas perigosas e nocivas que certamente nos destruirão sempre que cairmos em suas mãos”. Para Locke, no estado de natureza, há três **carências institucionais**. A saber: (1) falta “uma lei estabelecida, firme e conhecida”; (2) falta “um juiz reconhecido e neutro com autoridade para resolver todos os litígios de

<sup>52</sup> RAMOS, Flamarion Caldeira <et al>. *Manual de Filosofia Política*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

<sup>53</sup> RAMOS, 2012, p. 98 e 99.

acordo com a lei estabelecida”; (3) “frequentemente falta um poder para apoiar e sustentar a sentença, quando justa, e dar-lhe a devida execução”.<sup>54</sup>

Dessas ponderações fica clara a necessidade de organização estatal, especialmente com um Poder Judiciário isento e imparcial proporcionando que as demandas sociais sejam solucionadas com um senso de Justiça, o que ainda com a institucionalização e divisão de Poderes é buscada até nos dias de hoje.

Num outro viés, Rousseau trata da desigualdade entre os homens que baliza a busca pela igualdade de tratamento, como também acontece nos princípios do Direito Público. Num dado momento ele ressalta em tom de crítica:

Da extrema desigualdade das condições e das fortunas, da diversidade das paixões e dos talentos, das artes inúteis, das artes perniciosas, das ciências frívolas, surgiriam uma infinidade de preconceitos igualmente contrários à razão, à felicidade e à virtude. Ver-se-ia fomentado pelos chefes tudo o que pudesse enfraquecer os homens reunidos, desunindo-os; tudo o que pudesse dar à sociedade um ar de concórdia aparente e nela semear um germe de divisão real; tudo o que pudesse inspirar às diferentes ordens uma desconfiança e um ódio mútuos pela oposição de seus direitos e interesses, e por conseguinte, fortificar o poder que os contém a todos.<sup>55</sup>

Quanto ao conceito de *democracia* integrar o Direito Público na Idade Moderna se destacam as ponderações feitas por Montesquieu. Em dado momento ele explica que existem três espécies de governo: o Republicano, o Monárquico e o Despótico.<sup>56</sup> Na sequência diz:

Quando, numa república, o povo como um todo possui o poder soberano, trata-se de uma *Democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, trata-se de uma *Aristocracia*. O povo, na democracia é, sob alguns aspectos, o monarca; sob outros, o súdito.<sup>57</sup>

Dessa linha de raciocínio Montesquieu desenvolve vários aspectos de participação popular na composição das Assembleias, bem como qual o processo legislativo a ser adotado, ao dizer que “é ainda uma lei fundamental da democracia que só o povo institua as leis. Há contudo, mil ocasiões em que o senado deve estatuí-las; é mesmo frequente experimentar oportunamente uma lei antes de estabelecê-la”<sup>58</sup>.

Segundo Bonavides:

<sup>54</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. 1ª. ed. São Paulo: Millennium, 2007, p. 17.

<sup>55</sup> ROUSSEAU, 1981, p. 114.

<sup>56</sup> MONTESQUIEU, 1979, p. 31.

<sup>57</sup> MONTESQUIEU, 1979, p. 31.

<sup>58</sup> MONTESQUIEU, 1979, p. 33.

Com efeito, Montesquieu, filósofo político, assinala a fase preparatória do liberalismo, quando este toma pela vez primeira consciência de suas estruturas, possibilitando e influenciando deliberadamente o ordenamento constitucional do Estado liberal.

Locke vira apenas o homem e sua liberdade, o homem e seus direitos naturais, sem ter visto o homem e a garantia dessa mesma liberdade e desses direitos. Nem precisava, aliás, de vê-los, pois a tradição inglesa, o temperamento do povo, o caráter da sociedade britânica fazia idônea essa garantia, escusando na vida daquele povo o aparato ostentoso dos preâmbulos solenes e dos artigos minuciosos com o que a Europa continental gravava suas Constituições, após a dor e o holocausto das revoluções, o teor da liberdade recém adquirida.<sup>59</sup>

Numa síntese, se pode dizer que a Idade Moderna encontrou um momento propício para grandes revoluções inclusive as intelectuais que acabaram por balizar todos os fatos históricos naqueles séculos, gerando reflexos nos dias atuais em relação a inúmeros pontos, inclusive quanto ao Direito Político ou Direito Público.

Num contexto maior, a Administração Pública tem no seu escopo o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Todos estes valores são supremos numa sociedade que promulga uma Constituição que manifeste expressamente ser fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias. A rigor, esse é o espírito contido no corpo do Estado brasileiro quando da promulgação da atual Constituição Federal. Esse também deve ser o caminho trilhado pelo Direito Administrativo.

A construção, na Idade Moderna, de princípios norteadores do Estado Moderno, na verdade acabou por gerar princípios que são aplicáveis nos dias de hoje no conceito de Estado e conseqüentemente no sistema jurídico atualmente em vigência, fruto, também, de uma pós Revolução Francesa.

Azambuja reconhece que o Estado não é imutável e deverá ser, portanto, fruto da dinâmica social e da forma política da sociedade.

O objetivo, a causa final do poder é manter a ordem, assegurar a defesa e promover o bem-estar da sociedade; é realizar enfim o bem público. Por isso o poder político é natural e necessário, ainda que variável no seu conteúdo, pois as sociedades se modificam e as suas exigências variam. E, por ser natural e necessário, é legítimo, isto é, a sua justificação está quem que ele não pode deixar de existir sem que a sociedade pereça. Mais ainda, ou porque realmente se extingue ou porque submerge na anarquia que, para ela, é uma forma de morte.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> BONAVIDES, 2012. p. 272.

<sup>60</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962, p. 109-110.

Nos dias de hoje, por exemplo, se sintetiza que o Estado brasileiro fazendo uso do Direito tem como objetivo satisfazer seus governados, buscando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos e da ordem social sob o prisma daquela sua norma preambular.

Jorge Miranda afirma que o Estado é um processo histórico, sendo que o Estado deve ser encarado como processo histórico a par de outros. Quer como ideia ou concepção jurídica ou política quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando.<sup>61</sup>

Em razão de todo o exposto é que se faz relevante o estudo dos principais aspectos jurídicos da Idade Moderna que definem o Estado, influenciando diretamente o nosso Direito Político ou Público.

A concepção de Estado gerou, por consequência, com o passar do tempo, o Direito Administrativo. Direito Administrativo este também fruto do contencioso administrativo, por ocasião da Revolução Francesa (que marca o fim da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea), o qual consiste na noção de decisão jurídico-pública, ou seja, o conflito entre administrados e administração e entre entes da própria Administração Pública.

Na lição de Pascoal Dias Pereira da Silva:

Conscientes da experiência anterior, os revolucionários franceses, após a conquista do poder, recebiam que o controlo da actuação da Administração pelos tribunais ordinários pudesse pôr em causa a “nova ordem” estabelecida, criando desnecessários entraves à actuação das autoridades administrativas (a partir daí “em boas mãos”).<sup>62</sup>

Tem-se a partir daí a formação do Direito Administrativo em franco desenvolvimento nos séculos seguintes.

---

<sup>61</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19-23.

<sup>62</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 23.

## 2. Direito e Estado

No primeiro capítulo foi dissertado acerca dos pensamentos formadores do Estado ocorrido especialmente no recorte temporal da Idade Moderna. Neste capítulo será estudado o início da formação do Direito Administrativo na França, pós Revolução Francesa, marco do surgimento do Estado de Direito na busca pela afirmação da proteção aos direitos humanos e fundamentais que ao longo dos séculos posteriores foram se desenvolvendo.

Num estudo comparado relativo ao final do século passado Canotilho ressalta que:

Desde o século passado (cfr. *infra*, cap. 2º) que o conceito de Estado é assumido como uma forma histórica (a última para os modernos, porventura a penúltima para os pós-modernos) de um *ordenamento jurídico geral* (GIANNINI) cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: (1) *territorialidade*, isto é, a existência de um território concebido como "espaço da soberania estadual"; (2) *população*, ou seja, a existência de um "povo" ou comunidade historicamente definida; (3) *politicidade*: persecução de fins definidos e individualizados em termos políticos. A organização política do Estado era, por sua vez, uma parte fundamental ("parte orgânica") da Constituição. Esta articulação do "Estado" com o "texto" daí a tradicional designação de "Constituição do Estado" é também questionada nos esquemas de representação da pós-modernidade. Vejamos como.

A organização política *não tem centro*: (1) é um *sistema de sistemas autônomos, auto organizados e reciprocamente interferentes*; (2) é *multipolar e multiorganizativa*. Com efeito, ao lado do "Estado", existem, difusos pela comunidade, entes autônomos institucionais (ordens profissionais, associações) e territoriais (municípios, regiões). Daí a referência à *perda do centro* (do Estado concebido como organização unitária e centralizada) e a existência de um *direito sem Estado*, isto é, de modos de regulação (contratos, concertação social, negociações) constitutivos daquilo a que se poderá chamar *reserva normativa da sociedade civil*.<sup>63</sup>

Desta feita, nota-se a importância do entendimento jurídico entre a sociedade civil e o Estado na busca pela citada afirmação da proteção aos direitos humanos e fundamentais que ao longo dos séculos vem se desenvolvendo.

No tocante ao desenvolvimento terminológico dos *direitos fundamentais* destaca Nunes Júnior que a doutrina constitucional também utiliza as expressões *liberdades públicas*, *direitos humanos*, *direitos subjetivos públicos* e *direitos fundamentais*. Ele afasta cada uma das expressões até concluir que:

Em suma, a expressão *direitos fundamentais* é a mais precisa. Primeiro, pela sua abrangência. O vocábulo *direito* serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ªed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 15.

termo *fundamental* destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.<sup>64</sup>

E, mais, quanto à relação entre direitos humanos *internacionais* e direitos fundamentais nacionais Tavares ressalta:

Os autores da Declaração Universal de 1948 foram fortemente influenciados pelos direitos fundamentais positivados em diversos ordenamentos nacionais, especialmente o norte-americano e o francês.

Uma vez que o catálogo de direitos humanos passou a ser cristalizado no âmbito internacional, foi a vez de as constituições nacionais receberem sua inspiração, como ocorreu com a Lei Fundamental de Bonn.

Atualmente, mais de  $\frac{3}{4}$  das Constituições mundiais foram promulgadas após 1969, com o que fica clara a influência mundial que o documento em questão apresenta. De outra parte, no âmbito nacional se desenvolvem direitos novos, que se irradiam. Ex.: Proteção de dados, Direito Ambiental, Direito das Comunicações.

Alguns Estados chegaram ao ponto máximo de relação como os direitos humanos, pois constitucionalizaram diretamente os textos internacionais sobre direitos humanos no lugar de seu catálogo de direitos fundamentais ou ao seu lado, como a Áustria e o Peru.<sup>65</sup>

Então vejamos os fundamentos do Estado constitucional e as relações contratuais e jurídicas da sociedade civil.

Canotilho compendia os elementos constitutivos do Estado: “(1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo* = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado *território*.” O Estado mantém o monopólio do direito positivo e da coação física legítima, necessária para que se efetivem suas regulamentações e comandos.<sup>66</sup>

Para Dallari, na sua obra *Elementos de Teoria Geral do Estado*, o Estado compreende quatro elementos, quais sejam: povo, território, ordem jurídica e finalidade.

Claramente se nota a preocupação com aspectos organicistas nesta relação Estado e Direito. Com efeito, com excessivo pragmatismo jurídico organizacional não se leva em consideração ou ao menos erroneamente se deixa para segundo plano os fins desejados pelo Estado, ou seja, a essência da existência estatal.

Para Bonavides:

A fusão pragmática e filosófica do Estado e da Sociedade, enquanto entidades orgânicas que se consubstanciavam num todo único, conforme derivação de ideia

<sup>64</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 79-80.

<sup>65</sup> TAVARES, 2014, p. 405.

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90.

hegeliana, determinou, perante as escolas positivistas, a consideração do Estado como um fim em si mesmo.

Já outra variante social da teoria do Estado, o marxismo, sem embargo de sua afinidade mecanicista com as teorias do individualismo jusnaturalista, ao separar ostensivamente a ordem social da ordem estatal, embora reconhecesse a origem desta naquela, levou a indiferença das doutrinas organicistas diante do problema dos fins do Estado a uma consequência muito mais radical e violenta: a negação e supressão do próprio Estado!<sup>67</sup>

Na lição jurídica e política de Dallari, “a concepção do Estado como pessoa jurídica representa extraordinário avanço no sentido da disciplina jurídica do interesse coletivo”. Ele acrescenta, ainda, que “a origem da concepção do Estado com pessoa jurídica pode ser atribuída aos contratualistas, através da ideia de coletividade ou povo como unidade, dotada de interesses diversos dos de cada um dos seus componentes, bem como de uma vontade própria, também diversa das vontades de seus membros isoladamente considerados”.<sup>68</sup>

No pós Revolução francesa (1789) e constitucionalismo americano passa haver um ambiente propício para criação do regime jurídico de direito público e, inclusive, a sedimentação do ramo do Direito Administrativo, vez que o Estado também passa ser sujeito de deveres face à legislação de regência. Assim, as normas jurídicas elaboradas pelo próprio Estado passaram a ser por ele obedecidas.

## 2.1. Fundamentos de constituição

Rivero leciona direito administrativo comparado asseverando que primeiramente, o comparativismo nasceu em mundo ainda liberal. Por isso, não poderia ele influir sobre o direito constitucional, que apresentava, de um lado, “a carta das liberdades” e de outro, sobre o direito privado, que definia o meio jurídico, do liberalismo.<sup>69</sup> Com tal metodologia será feito o estudo a seguir aliado à análise histórica da filosofia política francesa.

O estudo histórico tem início no destaque do papel da burguesia na evolução para se tornar uma classe social; tal atuação da burguesia estremeceu o continente europeu a ponto de ao longo do tempo a sociedade alcançar um conceito de Estado de Direito.

Consoante Bonavides, por conta das raízes da ascensão política da burguesia até o momento em que ela se torna classe dominante, “verificamos que o fenômeno não se pode desmembrar em guerras de religião e das competições econômicas que dificultavam em certa

<sup>67</sup> BONAVIDES, 2012. p. 113.

<sup>68</sup> DALLARI, 2007, p. 121.

<sup>69</sup> RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 54.

maneira a chamada *política do equilíbrio europeu*.” E mais: dessa política se faziam órgãos as Dinastias reinantes, as quais sempre oscilavam entre a paz e a guerra, entre a diplomacia e as armas, entre a segurança e a instabilidade. Nesse andar, o caldo dos conflitos que se fez paulatinamente a ascensão da classe burguesa, até o dia em que, levando a cabo por via revolucionária o desafio ao Absolutismo, pôde ela decretar o fim da ultrapassada sociedade de privilégios ainda presente por corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, qual apêndice morto ou cadáver de uma ordem econômica extinta: a dos feudos medievais.<sup>70</sup>

Bonavides quando trata da liberdade e do Estado como problema de resistência ao absolutismo, afirma que:

O problema da liberdade, para sua exata compreensão, deve ser posto em confronto dialético com a realidade estatal, a fim de que possamos conhecer-lhe o conteúdo histórico e os diferentes matizes ideológicos de que se há revestido, até alcançarmos, no moderno Estado Social, as linhas mestras de sua caracterização na consciência ocidental contemporânea.

Trata-se de tema reconhecidamente controverso, que agitou, de maneira profunda, o pensamento político da Idade Moderna, acompanhando-se, através de seu estudo, a própria conquista da democracia.<sup>71</sup>

Justamente este Estado Social<sup>72</sup> é fruto de uma sociedade civil organizada e que carece de conceitos de cidadania<sup>73</sup>, bem como uma regulamentação estatal ordenadora, sempre atrelado ao Direito Administrativo.

No mais, no contexto liberal para que se remonta à Revolução Francesa e a seu entendimento acerca do princípio da separação de poderes para entendimento da gênese do contencioso administrativo, fruto da Constituição Francesa de 1791.

Num primeiro momento, a necessidade de criação de um ambiente favorável para preparação de um ramo do Direito que tivesse a capacidade de regular o Estado dá ensejo a dualidade de jurisdição como uma das primeiras medidas a serem tomadas na França pós Revolução, daí a criação de um contencioso administrativo, do Conselho de Estado Francês.

<sup>70</sup> BONAVIDES, 2012. p. 41 e 42.

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 39.

<sup>72</sup> Historicamente o Estado Social se desenvolve no século XX.

<sup>73</sup> O termo “cidadania”, que possui origem na palavra latina *civitatem*, cuida de tradução do greco *polis*, que é entendida como comunidade política. No dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, o termo “cidadania” é definido como “a qualidade ou estado de um cidadão”. O cidadão, por sua vez, é aquele que “goza dos direitos civis ou políticos de um Estado, ou no desempenho de seus deveres para com este”. (MORAES, Alexandre de. KIM, Richard Pae. *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais e coletivos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 17-18).



Somente a Administração decidia os seus conflitos com os particulares, já que o Poder Judiciário não podia fazê-lo.

O ato administrativo está intimamente ligado à evolução histórica do mencionado contencioso administrativo na França. Assim, o conceito de ato administrativo possui sua importância no direito pátrio mediante estudo e compreensão do nascimento do referido contencioso administrativo, sobretudo como eixo do direito administrativo.

No viés do estudo comparado, a doutrina clássica do Direito Administrativo disserta que houve no Brasil a preferência pelo sistema da jurisdição única, ou seja, a do controle administrativo pela justiça comum. Nem assim o contencioso administrativo francês perde força no embasamento teórico do eixo do Direito Administrativo pátrio.

E, ainda, as intervenções do Estado perante os administrados eram pouco desenvolvidas nos séculos anteriores ao XIX, ocasionando do ponto de vista prático poucas oportunidades ao cidadão entrar em contato com outras administrações a não ser as do mesmo país, tornando, desta maneira, um ciclo vicioso de ineficiência de desenvolvimento doutrinário do direito público.

Assim, utilizando o direito comparado, temos que os artigos 7º do decreto de 22 de setembro de 1789, 13 da lei 16-24 Agosto de 1790, artigo 3º da Constituição de 05 de setembro de 1791, decreto 16 do Frutidor, ano III da Revolução Francesa ressaltam que:

Em nome do princípio da separação de poderes, vai proibir os tribunais comuns de se imiscuirem no domínio da Administração, considerando que a revolução dos litígios administrativos (diferentemente da dos litígios inter-privados) não deveria estar submetida a controlo jurisdicional.<sup>74</sup>

Desta forma o princípio da separação de poderes acaba criando uma “justiça especial” para a Administração Pública<sup>75</sup>, justiça esta que de tão confusa inicialmente sequer teve força para sustentar-se. Assim, “em vez de considerar que julgar a Administração é ainda

<sup>74</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 12.

<sup>75</sup> Administração Pública: Num sentido amplo a *administração pública* pode ser compreendida como uma das manifestações do *poder público* na gestão ou execução de atos ou de negócios políticos. Assim se confunde com a própria função política do poder público, expressando um sentido de *governo*, cujo conceito, por vezes, se entrelaça com a da *administração*, por tal forma que, dificilmente, se poderá, de pronto, traçar uma diferenciação exata entre os órgãos que estruturam o governo propriamente dito e as funções que indicam o seu setor administrativo... em sentido estrito, administração pública, sem divergir do sentido equivalente em administração privada, significa a simples direção ou gestão de negócios ou serviços públicos, realizados por todos os seus departamentos ou institutos especializados, com a finalidade de prover às necessidades de ordem geral ou coletiva (SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, São Paulo: Forense, 2000, p. 39).

julgar, preferia-se considerar que ‘julgar a Administração é ainda administrar’ e que a ‘jurisdição era o complemento da acção administrativa’.<sup>76</sup>

Junto ao citado artigo 13 da Lei 16-24/1790, continha os seguintes termos:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas as funções administrativas. Não poderão os juizes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem.<sup>77</sup>

A situação formada naquele momento histórico mostrou-se ambígua, haja vista que “em nome da separação entre a Administração e a Justiça, o que verdadeiramente se realiza é a indiferenciação entre as funções de administrar e julgar”.<sup>78</sup>

Com esta justiça especial sem contornos definidos, e que sequer teve força para sustentar-se, acabou sobressaindo a teoria de Mário Nigro, citado por Pascoal Dias Pereira da Silva, de que “Julgar a Administração é ainda administrar”.<sup>79</sup> A confusão de competências primordiais inicialmente citada se mostra patente.

Entre 1789 e 1799 é que teve lugar esta primeira fase confusa do sistema administrador-juiz, em que julgamentos litigiosos eram remetidos para os próprios órgãos da Administração Pública.

Destes apontamentos anteriormente feitos, absorvemos que, ao nível do contencioso administrativo, mesclam-se as velhas receitas monárquicas com os novos (para a época) princípios e ideais liberais, “não existindo neste domínio ruptura, mas continuidade entre as instituições do Estão absoluto e do Estado liberal”.<sup>80</sup> Importante nunca perder de vista que o *ato administrativo*, que consiste no eixo central do direito administrativo nos dias de hoje, está intimamente ligado a esta evolução histórica do contencioso administrativo francês apresentado.

No entanto, superada esta fase de incertezas, ocorreu o que os autores chamaram de milagre da justiça administrativa. Este consistia na submissão da Administração às normas jurídicas geradas pela atuação dos tribunais administrativos.

Pascoal Dias Pereira da Silva entende que:

<sup>76</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 12.

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

<sup>78</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p.12.

<sup>79</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 27.

<sup>80</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 28.

O “milagre” não está no facto de o Estado se ter de submeter ao direito – o qual está para além dele, e não é apenas o resultado da criação dos seus órgãos -, mas sim no facto de uma instituição, que nasceu com o objectivo de proteger a Administração do controlo dos tribunais, se ter transformado num verdadeiro tribunal através de sua actuação, e de ter dado simultaneamente origem ao Direito Administrativo, cujo fim não é a defesa da Administração, mas a garantia dos particulares perante o poder administrativo.<sup>81</sup>

Mas, era a tentativa de afastamento da influência do absolutismo que havia imperado na Idade Média e Idade Moderna.

No entendimento de Bonavides:

Para colocarmos o problema da liberdade na esfera do constitucionalismo ocidental (liberal e social-democrático) é indispensável termos sempre em conta o *Estado burguês de Direito*, de que nos fala Carl Schmitt, ou os conceitos histórico e racional-normativista da Constituição, segundo o esquema ibérico de García Pelayo. Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como maior inimigo da liberdade.<sup>82</sup>

Ademais, se reforça que o ato administrativo está intimamente ligado à evolução histórica do contencioso administrativo na França. Assim, não há como tratar do conceito de ato administrativo, tampouco da sua importância no direito pátrio, sem o estudo do nascimento do referido contencioso administrativo, sobretudo para que haja capacidade de se entender o seu papel como eixo do direito administrativo.

Repisamos que houve no Brasil a preferência pelo sistema da jurisdição única, ou seja, a do controle administrativo pela Justiça Comum.

Assim, fundamentos de constituição estatal passam necessariamente pela regulamentação social legalmente constituída, organizando, inclusive o próprio poder estatal. As leis distinguem quanto ao seu conteúdo, eficácia e destino; no entanto, essencialmente há uma Constituição.

Para Branco:

O reconhecimento do valor jurídico das constituições na Europa continental tardou mais do que na América. Na Europa, os movimentos liberais, a partir do século XVIII, enfatizaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento, o que terminou por deixar ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 36.

<sup>82</sup> BONAVIDES, 2009, p. 39-40.

<sup>83</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 44.

Havia enraizado na Europa a ideia de que o poder do monarca era absoluto e perpétuo, gerando a desnecessidade da devida importância de uma Constituição. No entanto, conforme susodito, os fundamentos de constituição estatal passaram necessariamente pela regulamentação social legalmente constituída, organizando, inclusive o próprio poder estatal, ora ou outra, com a respectiva Constituição.

O valor normativo da Constituição é essencial para a fixação de elementos formadores e organizadores do Estado. Ademais, esta mesma Constituição tem poder ímpar de regulamentar as condutas sociais da coletividade, a autodeterminação dos indivíduos, tudo ancorado em valores éticos, morais e políticos.

## **2.2. Das leis naturais, relação contratual e relação jurídica**

As relações humanas sempre passam por duas vertentes: liberdade e poder; especialmente quando tratamos das relações sociais frente aos poderes do Estado. No entanto, importante destacar que a essência, o objetivo maior da sociedade como um todo, e de cada indivíduo, é uma convivência pacífica, equilibrada e sadia.

Hobbes tratando de leis naturais afirma que:

Uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la. Porque embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *jus* e *lex*, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. Pois o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria.<sup>84</sup>

Nessa linha do pensamento natural pregada por Hobbes, as atividades sociais geram a possibilidade com a consequência de se fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim. Ainda de acordo com o citado autor:

E dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Consequentemente é um preceito ou regra geral da razão, Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso

---

<sup>84</sup>HOBBS, 1988, p. 47.

não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, isto é, procurara paz, e segui-la. A segunda encerra a suma do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos.<sup>85</sup>

De outra banda, tais relações sociais foram estudadas no âmbito contratual, ou seja, numa relação firmada entre os integrantes da sociedade como um todo.

Rousseau afirmou:

Suponho aos homens terem chegado a um ponto em que os obstáculos que atentam a sua conservação no estado natural, excedem, pelas suas resistências a forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então, se esse estado primitivo não pode subsistir e o gênero humano pereceria se não mudasse de modo de ser.

Pois bem, como os homens não podem engendrar novas forças, senão somente unir e dirigir as existentes, não tem outro recurso para sua conservação além de formar por agregação de uma soma de forças que possa sobrepujar a resistência, pô-las em jogo para um só móvel e fazê-las agir conjuntamente.<sup>86</sup>

Ainda segundo Rousseau, essa força que faz mover conjuntamente e de maneira associada que defende e protege a pessoa e seus bens de cada associação e ainda proporcione liberdade individual é o *contrato social*.

Hobbes quando trata de relações contratuais, ressalta que a transferência mútua de direitos é aquilo a que se chama contrato. Há uma diferença entre a transferência do direito a uma coisa e a transferência ou tradição, ou seja, a entrega da própria coisa. Porque a coisa pode ser entregue juntamente com a translação do direito, como na compra e venda com dinheiro a vista, ou na troca de bens e terras; ou pode ser entregue algum tempo depois. Ademais, acrescenta que, por outro lado, um dos contratantes pode entregar a coisa contratada, por seu lado, permitindo que o outro cumpra a sua parte num momento posterior determinado, confiando nele até lá. Nesse caso, da sua parte o contrato se chama pacto ou convenção. Ambas as partes podem também contratar agora para cumprir mais tarde, e nesse caso, dado que se confia naquele que deverá cumprir sua parte, sua ação se chama observância da promessa, ou fé; e a falta de cumprimento (se for voluntária) chama-se violação de fé.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> HOBBS, 1988, p. 48.

<sup>86</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito público*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 34.

<sup>87</sup> HOBBS, 1988, p. 49.

No entanto, para Rousseau, *o contrato social* tem uma característica relevante que é o contrato ser celebrado com cláusulas em favor de toda a sociedade, tendo que gerar uma união perfeita quanto possível para nenhum associado ter direito a reclamar.

Por que, pois, o pacto social não seja uma fórmula vã, deve encerrar tacitamente esta obrigação; só ele pode dar força aos outros, sendo aquele que recusar obedecer a vontade geral compelido a isso por todos, o que não significa outra coisa senão que lhe obrigará a ser livre, porque tal é a condição que, oferecendo cada cidadão à pátria, esta o garante de toda a dependência pessoal, natureza que constitui o artifício da máquina política e que legitima as relações civis, as quais sem ela seriam absurdas, tirânicas e sujeitas aos maiores absurdos.<sup>88</sup>

Esse *contrato* mencionado por Hobbes ou *contrato social* tratado por Rousseau possui implicações diretas numa relação com a personificação do Estado. Hobbes menciona que ninguém cumpre o contrato imediatamente e as partes devem confiar uma nas outras, com a seguinte observação:

Mas num Estado civil, onde foi estabelecido um poder para coagir aqueles que de outra maneira violariam sua fé, esse temor deixa de ser razoável. Por esse motivo, aquele que segundo o pacto deve cumprir primeiro é obrigado a fazê-lo.<sup>89</sup>

Nesse andar, segundo Rousseau, temos, ainda:

A transição do Estado natural ao civil produz no homem mudança notável, substituindo em sua conduta a justiça do instinto e dando aos seus atos a moralidade de que antes careciam. Somente então, substituindo a voz do dever ao impulso físico e o direito do apetite, o homem que, até tal ponto, não observava senão a si mesmo, vê-se obrigado a agir, tendo em conta outros princípios e a consultar sua razão antes de atender a caprichos.<sup>90</sup>

De tais relações sociais acabam por frutificar a necessidade das relações jurídicas, regulamentadas pelo Estado. Pelo pacto social damos existência e vida ao corpo político. Trata-se de dar-lhe agora o movimento e a vontade pela legislação. Porque o ato primitivo, pelo qual este corpo se forma e se une, nada determina ainda do que deve fazer-se para conservá-lo.<sup>91</sup>

Por isso, na visão de Rousseau, “o legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é pelo seu talento, não o é menos pelo seu cargo”<sup>92</sup>. O Legislativo tem a função precípua de regular as relações jurídicas inovando o ordenamento

<sup>88</sup> ROSSEAU, 1999, p. 38.

<sup>89</sup> HOBBS, 1988, p. 50.

<sup>90</sup> ROUSSEAU, 1999, p. 39.

<sup>91</sup> ROUSSEAU, 1999, p. 53.

<sup>92</sup> ROSSEAU, 1999, p. 57.

jurídico, sendo que as leis, na esfera que for, devem ser colocadas em prática pelo Executivo com os conflitos dirimidos pelo Judiciário.

### 2.3. O ato administrativo como instrumento jurídico

O ato administrativo constitui expressão da atuação do Poder Público. O Estado com seus três Poderes formadores pode praticar atos administrativos, ou seja, o Legislativo administra, assim como o Poder Judiciário. Logicamente estamos falando de funções secundárias dos Poderes Legislativo e Judiciário, mas não menos importantes.

Remédio cita como exemplo que “tanto o Poder Legislativo como o Judiciário, quando ordenam seus serviços internos, dispõem sobre seus servidores ou adquirem mercadorias para consumo, pratica atos administrativos, os quais se sujeitam a regime jurídico próprio, ou seja, ao regime jurídico-administrativo”<sup>93</sup>.

Uma vez havendo grande incidência de atuação administrativa por parte do Estado pode-se encarar tal instituto como a espinha dorsal do ordenamento jurídico administrativo. Tal percepção se depura da doutrina clássica e contemporânea do Direito Administrativo brasileiro.

#### 2.3.1 Definições: Fatos, atos jurídicos e ato administrativo

Cretella Júnior assevera ao introduzir o tema que a contemplação objetiva do que ocorre *no mundo* em que vivemos revela ao observador a existência de duas categorias de eventos: os que se verificaram, se verificam e se verificarão sem a interferência humana e os que procedem do ser humano.<sup>94</sup>

Quando fala a respeito do fato jurídico Cretella menciona:

Nem todo *fato do mundo* interessa ao direito. Na verdade, a maioria dos *fatos do mundo* são estranhos ao *mundo jurídico*. Só interessa ao *mundo jurídico* o *fato do mundo* com implicações jurídicas, acontecimento que interfere numa relação de direito, dando-lhe nascimento, extinguindo-a, alterando-a, modificando-a, protegendo-a. É o evento que em sua movimentação ultrapassa os confins do mundo jurídico e cai sob o impacto de um feixe de normas jurídicas, como por exemplo, todo fenômeno meteorológico que inutiliza colheitas e que, por isso, mas só agora, matéria de cogitação jurídica.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> REMÉDIO, José Antonio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 225.

<sup>94</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio – São Paulo: Forense, 1966, p. 13.

<sup>95</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1966, p. 13.

Como bem conceituado na doutrina, há distinção entre ato e fato; “o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem que dele dependem apenas indiretamente”<sup>96</sup>.

Para Cretella Júnior:

Os acontecimentos passados, presentes ou futuros que se concretizam, prescindindo da participação humana, permitem a estruturação de uma *teoria do fato*, contentando-se o observador em olhar – *speculare* –, descrever, anotar as leis que regem os movimentos dos seres, provocá-los, quando possível, como meio de contraprova, enfim, situá-los num sistema gravitacional em que nada acontece por acaso, mas obedecendo a regras pouco a pouco descobertas e dominadas pelos homens.<sup>97</sup>

No entendimento de Cretella Júnior, “ao ato do homem que tem implicações de natureza jurídica damos o nome de ato jurídico”(…) Ato jurídico é toda ação ou omissão lícita do homem que produz efeitos na órbita do direito”.<sup>98</sup>

O conceito de *ato administrativo* encontra-se intimamente ligado ao de ato jurídico conhecido no direito privado, mas possui incidência a finalidade pública.

Como forma de entendimento se percebe que os acontecimentos ou fatos que são juridicamente relevantes, porque previstos em normas jurídicas (na legislação funcionam como suportes fáticos), fazem nascer, no plano do pensamento humano, o chamado mundo jurídico.

Devem-se verificar os planos do mundo jurídico para que possamos fixar a sua existência, analisando que nele entram todos os fatos jurídicos, quer sejam lícitos ou ilícitos, não se fazendo considerações sobre a validade ou eficácia do fato jurídico. Assim, cogita-se apenas e tão somente se o fato descrito na lei ocorreu em sua plenitude. Como segundo plano, do mundo jurídico destacamos o da validade, o qual consiste em se verificar a presença de vícios na manifestação de vontade humana.

Há, ainda, a verificação da eficácia, ou seja, análise de onde são produzidos os efeitos dos fatos jurídicos (situações jurídicas, relações jurídicas, etc.). Esses são tópicos basilares para o entendimento do conceito de ato administrativo.

Com efeito, será realizada análise da essência conceitual de fato administrativo, ato da administração, fato da administração e, de ato administrativo.

<sup>96</sup> DI PIETRO, 2014, p. 199.

<sup>97</sup> CRETILLA JÚNIOR, 1966, p. 13.

<sup>98</sup> CRETILLA JÚNIOR, 1966, p. 14-15.



O fato administrativo (fato jurídico-administrativo) consiste naquele que produz efeitos jurídicos no âmbito da Administração Pública independentemente da vontade humana, tratando-se de uma realização material. Exemplo típico consiste na morte de um funcionário público, a qual produz a vacância do cargo público. Outro exemplo é a construção de um prédio público.

Remédio assevera que “nem todo ato praticado pela Administração pode ser considerado ato administrativo, ou seja, a Administração, em determinadas circunstâncias age afastando-se das prerrogativas que lhe são inerentes, equiparando-se, no caso, ao particular”<sup>99</sup>. Nesse andar, existe a diferenciação entre *ato da Administração* e *ato administrativo*.

O ato da administração consiste em todo ato em que a vontade humana é relevante, que produz efeitos jurídicos e é praticado em equivalência ao ato privado, só que no exercício da função administrativa. Como exemplo, podemos citar: emissão de parecer opinativo a respeito de determinado assunto, emitido pela consultoria jurídica de órgão da Administração Pública<sup>100</sup>.

No que tange ao ato administrativo, em princípio, advertimos que este advém de uma necessidade de uma espécie de *ato jurídico* que veda a arbitrariedade que era cometida pelos governantes absolutistas especialmente antes da formação do Direito Administrativo, hoje protegida constitucionalmente no Brasil no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal com a expressa previsão do *princípio da legalidade*. Desta forma, o ato administrativo se mostra um dos principais meios pelos quais as entidades públicas atuam através de seus órgãos administrativos representados pelas autoridades e agentes públicos podem atuar.

Neste momento, importante verificar os mais abalizados conceitos de *ato administrativo* existentes na doutrina.

O conceito dado por Carvalho Filho, ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que sob o regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.<sup>101</sup>

Com efeito, é de se salientar mais uma vez que a supracitada vontade do Estado, neste conceito, deve ser sempre ligada à Lei, nos termos do princípio da legalidade estrita (*caput* do art. 37 da CF).

---

<sup>99</sup> REMÉDIO, 2012, p. 227.

<sup>100</sup> REMÉDIO, 2012, p. 227.

<sup>101</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo, Atlas, 2013, p. 101.

Outro conceito de ato administrativo muito empregado é o de Hely Lopes Meirelles:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.<sup>102</sup>

Desta feita, nos dias de hoje, o Ato Administrativo é espécie do gênero Ato da Administração, dotado de efeitos jurídicos, constituindo-se em instrumento de atuação do Poder Público executor da função administrativa seja ela emanada pelos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Remédio afirma que “o ato administrativo é toda manifestação unilateral e lícita de vontade da Administração Pública ou de terceiros no exercício legal da função pública, que tenha por fim adquirir, transferir, modificar ou extinguir direitos ou impor obrigações”<sup>103</sup>.

Segundo classificação doutrinária e previsão legal o ato administrativo possui cinco elementos, sendo um deles a forma. Di Pietro cita:

É a orientação aqui adotada e que está consagrada no direito positivo brasileiro a partir da Lei n. 4.717, de 29-6-65 (Lei da ação popular), cujo artigo 2º, ao indicar os atos nulos, menciona cinco elementos dos atos administrativos: **competência, forma, objeto, motivo e finalidade**.<sup>104</sup>

Com tais elementos, especialmente o elemento *forma*, patente fica a instrumentalidade do ato administrativo dentro do direito administrativo pátrio. E desta instrumentalidade decorre a asseveração de que nesse ramo do direito, como o que ocorre no processo penal e civil, a forma, elemento vinculado do ato, é mero instrumento, nascedouro do princípio da instrumentalidade das formas. Consiste, assim, no instrumento, no que se pode materializar perante o Estado – Administração.

Nesse andar, pelos motivos da evolução do próprio *Estado Administração* é que tratamos, neste momento, desse tema, onde se coloca em xeque esta conotação da instrumentalidade na prática. O *eixo central* do direito administrativo seria se o ato administrativo deve ser analisado sob a perspectiva da Administração prestadora de serviços sociais, concluindo-se pela necessidade de um *novo eixo central*, o que será trabalhado no quarto capítulo desta dissertação.

<sup>102</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152.

<sup>103</sup> REMÉDIO, 2012, p. 228.

<sup>104</sup> DI PIETRO, 2014, p. 211.

## 2.4. Identidade do Estado

Consoante Adeodato, numa busca por delinear a identidade do Estado, se faz necessário também um apego aos aspectos jurídicos instituídos ao longo do século XX. Com Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, o papel da abstração e da autoridade estatal na construção de uma ciência do direito teve o enfoque primordial na estruturação do ordenamento jurídico, referenciando todo o sistema jurídico em uma norma fundamental, que funcionaria como pressuposto de validade para todas as demais normas em vigor no ordenamento, identificando o conceito de direito com o de norma jurídica<sup>105</sup>.

De acordo com Kelsen:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.<sup>106</sup>

O pensamento jurídico moderno, embora tenha se calcado nos pensamentos romano e medieval, a partir da Idade Moderna, rompeu com seus próprios fundamentos. Os esquemas formais de base matemática se revelaram insuficientes para a ciência jurídica. O direito foi reduzido à condição de simples instrumento normativo-sistêmico, que o poder utiliza funcionalmente para a estabilização social<sup>107</sup>.

Não podendo subsistir o direito positivado apenas com a legislação, foi necessária a disseminação do constitucionalismo, o que se deu para muitos países europeus apenas no pós-guerras ocorridas no século passado.

## 2.5. Constitucionalismo

Socialmente relevante o constitucionalismo pode ser definido como um movimento numa linha de atuação pautado num corpo normativo máximo com grande alcance jurídico.

---

<sup>105</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

<sup>106</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem; São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 216-217.

<sup>107</sup> NEDEL, Antonio. *Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 283-284.

Para Matteucci citado por Tavares, “o constitucionalismo representa as instituições (ou técnicas) que devem estar contempladas nos diversos regimes políticos, e que, portanto, acabam variando de época para época, cujo objetivo último deve ser o ‘ideal das liberdades do cidadão’”.<sup>108</sup>

O Estado Moderno teve seu início como instituição pautada no absolutismo, tendo havido uma conversão ao longo do tempo do Estado Moderno absolutista num Estado constitucional, o que significa dizer que houve a retirada do poder da pessoa do Rei e transmitido ao ordenamento legal.

Historicamente o constitucionalismo está intimamente ligado ao conceito e formação da sociedade civil, a qual nasce de um movimento lento e contínuo, estando atrelado especialmente ao desenvolvimento da burguesia. Assim, menciona Sérgio Resende de Barros:

Desse modo, a partir já do mercantilismo, ao superar o modo feudal no curso histórico ocidental, o capitalismo deu origem e definição àquele novo conceito político da sociedade, dicotômico, irrompendo com a burguesia no momento em que ela evoluía na base social, no terceiro estado, identificada com este na oposição aos dois estados ou estamentos dominantes: a nobreza e o clero. Nesse momento nasceu a sociedade civil ou sociedade burguesa, contrastando com os dois estamentos que, por governarem a anterior sociedade feudal, vieram a constituir a primeira manifestação do Estado na transição para a sociedade capitalista, marcada pela distinção do domínio político em face do domínio econômico.<sup>109</sup>

Temos, ainda, segundo Barros:

Tendo assim principiado na regeneração do reino, o processo histórico de reconstituição da sociedade política pela sociedade civil evoluiu – desenvolveu-se – pela transformação do Estado nacional em Estado constitucional, o que determinou na maioria das sociedades políticas da civilização ocidental a constitucionalização formal, isto é, a fixação da constituição real do Estado capitalista numa forma ideal que o deve aprimorar ao máximo e o garantir em última instância: a Constituição.<sup>110</sup>

Nesse mesmo andar, Bonavides menciona que:

Tornando às raízes da ascensão política da Burguesia até se tornar classe dominante, verificamos que o fenômeno não se pode desmembrar das guerras de religião e das competições econômicas que dificultavam em certa maneira a chamada *política do equilíbrio europeu*<sup>111</sup>.

Dessa política se faziam órgãos as Dinastias reinantes, as quais oscilavam entre a paz e a beligerância, entre a segurança e a instabilidade.

<sup>108</sup> TAVARES, 2014, p. 22.

<sup>109</sup> BARROS, 2007, p. 13.

<sup>110</sup> BARROS, 2007, p. 9.

<sup>111</sup> A política do equilíbrio europeu consistiu no acordo de paz para não permitir a formação de uma grande potência territorial europeia.

Mas, foi no caldo desses conflitos que se fez paulatinamente a ascensão da classe burguesa, até o dia em que, levando o cabo por via revolucionária do desafio ao Absolutismo, pôde ela decretar o fim da caduca sociedade de privilégios ainda presente por corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, qual apêndice morto ou cadáver de uma ordem econômica extinta: a dos feudos medievais.<sup>112</sup>

Assim, se depura que houve um mecanismo lento de superação do feudalismo, criando-se a ideia de um Absolutismo que posteriormente vem a sofrer a gradual mutação para um Estado constitucional.

Dentro desta dinâmica e evolução do pensamento do Estado constitucional pode-se entender haver o Estado constitucional de separação dos Poderes (Estado Liberal), o Estado Constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social) e a terceira fase o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo).<sup>113</sup>

O *Estado constitucional da separação de Poderes* é fruto da Revolução Americana ocorrida em 1776, o qual foi um movimento de ampla base popular juntamente com a burguesia colonial, levando à proclamação em 4 de julho da independência de treze Colônias, formando os Estados Unidos com a adoção de uma Constituição política escrita. Mas, também foi fruto da Revolução Francesa ocorrida em 1789 que acabou por acarretar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, nos anos seguintes, na Constituição Francesa em 1791.

De acordo com Bonavides, “o Estado constitucional, artefato político, social, moral e jurídico de uma rebelião de ideais, foi obra de filósofos contratualistas inclinados a transformar o mundo e a refazer as instituições”.<sup>114</sup>

Daí a relevância da Idade Moderna estudada no primeiro capítulo quando se falou dos teóricos publicistas mais importantes, gerando o Direito Constitucional, especialmente por conta de que “na Europa, a Revolução Francesa havia assumido a tarefa de superar todo o regime político e social do Antigo Regime. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço”.<sup>115</sup>

Branco ressalta que:

<sup>112</sup> BONAVIDES, 2012, p. 41-42.

<sup>113</sup> BONAVIDES, 2012, p. 43.

<sup>114</sup> BONAVIDES, 2012, p. 44.

<sup>115</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 49.

O exercício da vontade suprema do povo é, então, reconhecido aos seus representantes no Legislativo. Sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição. O Parlamento passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo, e nesses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual de propriedade, que não encontravam amparo adequado sob o regime monárquico absolutista<sup>116</sup>.

No século XIX as Constituições eram liberais. Algumas dessas Constituições que foram surgindo pelo mundo, especialmente pela Europa, eram promulgadas e outras outorgadas. Bonavides destaca:

Nas primeiras avultava em termos de legitimidade o poder constituinte exercitado em nome da Nação ou do Povo. Nas outorgadas, de mais baixa legitimidade, a vontade do monarca se afigurava decisiva em determinar os conteúdos constitucionais, tendo a Carta o sentido de uma autolimitação de poder da autoridade delegante.

(...)

O mais frequente era a passagem do regime da Monarquia absoluta ao de Monarquia constitucional, tendo por base um compromisso político, um pacto firmado entre o rei e a Nação. A Constituição vinha, assim, sacralizar a aliança dos dois ramos da soberania, que aceitavam uma recíproca limitação de poderes<sup>117</sup>.

A Constituição francesa de 1791 se propunha a romper amplamente com o regime absolutista anteriormente vigente, trazendo a Monarquia Constitucional ao lado de novas forças sociais, dentre elas a burguesia.

Toda a evolução do constitucionalismo na França influenciou paralelamente a criação do ramo do Direito Administrativo, vez que a legislação de regulamentação infraconstitucional também se fez necessária para amparar a própria Constituição Federal.

Ademais, ainda que deliberadamente, num primeiro momento, não tenha havido a divisão de Poderes formadores do Estado francês, a Constituição Federal definiu ao Parlamento uma relevância, também criando funções Executiva e Judiciária, sendo que também previu o Conselho de Estado Francês. Como já falado, nesse primeiro momento pós Revolução houve a necessidade de criação de um ambiente favorável para preparação de um ramo do Direito, no caso o Direito Administrativo, que tivesse a capacidade de regular o Estado há a dualidade de jurisdição, daí a criação de um contencioso administrativo, do Conselho de Estado Francês (fase: administrador-juiz). Também houve em 1819 a inauguração da cadeira de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Paris.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 49.

<sup>117</sup> BONAVIDES, 2012, p. 47.

<sup>118</sup> DI PIETRO, 2014, p. 6-7.

Paralelamente, a supremacia do Parlamento dificultava a defesa de valores Constitucionais, uma vez que o controle judiciário ainda estava em formação ou ao menos em mutação.

Branco, citando Valdés, assevera que:

A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva e, portanto, com valor jurídico de menor tomo, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção da Constituição, isto é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e no primeiro quartel do século XX.<sup>119</sup>

Canotilho, citando *Teubner e Ladeur* ressalta:

A Constituição é um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto regulações, de sugestões no sentido da evolução político social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas.<sup>120</sup>

Na linha que estamos tratando, importante frisar que em nenhuma das formas estatais pré-modernas o modelo de dominação era legal-racional<sup>121</sup>; eis, então o elemento fundamental de transição para o Estado moderno, onde o vassalo do senhor feudal passa a ser súdito do rei (no absolutismo), bem como se inicia uma centralização do poder.

De mais a mais, algumas ponderações são extremamente relevantes para o Constitucionalismo. Paulo Bonavides afirma que “também as formas de governo aparecem por traço qualitativo do Estado da separação de Poderes”<sup>122</sup>. No mesmo andar, arremata o pensamento afirmando que o mais importante, em qualquer sistema ou regime, são “a competência, o comportamento, a lealdade, a devoção, a ética do homem público, a par do civismo, da participação, da democratização, da ilustração política, da liberdade, da justiça reinante nas esferas sociais – fatores que imprimem fé nos governados e legitimidade nos

<sup>119</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 57.

<sup>120</sup> CANOTILHO, 1993, p. 14.

<sup>121</sup> Segundo Max Weber, a dominação legal é um dos três tipos puros de dominação legítima “en virtud de estatuto [...], su tipo más puro es la dominación burocrática, su idea básica es: que cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente em cuanto a la forma.” Os outros dois define como sendo a dominação tradicional “en virtud de creencia en la santidad de los ordenamientos y los poderes señoriales existentes desde siempre [...], se obedece a la persona en virtud de su dignidad propia, santificada por la tradición: por fidelidad”; e a dominação carismática “en virud de devoción afectiva a la persona del señor y a sus dotes sobrenaturales (carisma) y, en particular: facultades mágicas, revelaciones o heroísmo, poder intelectual u oratorio [...], sus tipos más puros son el dominio del profeta, del héroe guerrero y del grande demagogo”. (WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 706-711.)

<sup>122</sup> BONAVIDES, 2012, p. 48.

governantes. Sem isso não se concretizam direitos fundamentais, nem auferem estabilidade a Constituições e Governos”<sup>123</sup>.

Jorge Miranda afirma:

Mais do que um ramo a par de outros, o Direito constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica (2). Integrando e organizando a comunidade e o poder, ele enuncia (na célebre expressão de PELLEGRINO Rossi) as *têtes de chapitre* dos vários ramos do Direito, os princípios fundamentais que os enformam; e enuncia-os, porque tais princípios revestem um significado político, identificam-se com as concepções dominantes acerca da vida colectiva, consubstanciam uma ideia de Direito.<sup>124</sup>

Tavares menciona que Louis Henkin:

“pretendeu catalogar as principais exigências para se reconhecer o constitucionalismo: 1) soberania popular para o constitucionalismo atual (*we the people*); 2) supremacia e imperatividade da Constituição, limitando e estabelecendo o Governo; 3) sistema democrático e governo representativo, mesmo em tempos de emergência nacional; 4) governo limitado, separação de poderes e *checks and balances*, controle civil dos militares, governo das leis e *judicial control*, assim como um Judiciário independente; 5) direitos civis respeitados e assegurados pelo governo, geralmente aqueles indicados na Declaração Universal. Os direitos podem ser limitados, mas essas limitações devem ter limites; 6) instituições que monitorem e assegurem o respeito à Constituição; 7) respeito pelo *self-determination*, o direito de escolha política livre.”<sup>125</sup>

A Constituição foi a via eleita para a proteção dos direitos fundamentais e coletivos da maioria das nações, bem como estruturaram as normas jurídicas sociais e normas jurídicas também válidas para o próprio Estado.

## 2.6. Estado intervencionista e estado liberal

### 2.6.1 O Estado intervencionista

A verdadeira essência da discussão política de sociedade é na intenção de formatar um modelo de Estado que adote componentes democráticos e atendam ao interesse da sociedade.

Na lição de Bonavides:

A ordem social e econômica fez primeiro sua estreia ideológica nos grandes debates de filosofia política do século XIX. Mas quase toda confinada à simplória alternativa de eleição entre o capitalismo e o marxismo. Todo o peso e agudeza do argumento socialista se abatia então sobre as cruéis injustiças e contradições do sistema

<sup>123</sup> BONAVIDES, 2012, p. 48.

<sup>124</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 16.

<sup>125</sup> TAVARES, 2014, p. 23.



capitalista, cujas colunas políticas e institucionais de sustentação estavam todas fincadas na modalidade do Estado liberal, forma neutra, indiferente à utilização do próprio Estado e de seu aparelho coercitivo para retificar dentro do reino econômico e social as distorções e desigualdades maciças que pareciam ser o ônus necessário da expansão e concentração de riqueza trazida pela revolução industrial, e sua apropriação privada dos meios de produção.<sup>126</sup>

O Estado presta serviços públicos e também exerce atuação no domínio das atividades econômicas. A Constituição de 1988 trata da ordem econômica como sendo fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando princípios elencados no artigo 170. Desta forma, a ordem econômica consiste num complexo de normas jurídicas balizadas em princípios que disciplinam as atividades econômicas.

Observa Scaff:

Como abordamos retro, temos que qualquer expressão que denote “intervenção” do Estado no domínio econômico é, em si, temerária, pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir.<sup>127</sup>

Nesse andar, o Estado atua na ordem econômica, num contraponto ao liberalismo, visto que a eclosão dos movimentos sociais denunciava o inconformismo com a forma de direção do poder e, de outro, novos filósofos sociais procuravam incutir ideias antagônicas à da excessiva liberdade.<sup>128</sup>

Continua Scaff nas suas ponderações:

Então o que caracteriza o Estado como “intervencionista”, já que ele o é desde há muito? Temos que a chave para solução desta questão somente pode ser encontrada quando se contrapõe ao regime econômico contemporâneo o regime econômico liberal. Daí surge que no Estado Liberal o Estado não “intervinha” na economia como dantes.<sup>129</sup>

As novas ideias que contrapunham ao liberalismo acabaram por inspirar uma nova posição do Estado ante a sociedade, passando a necessitar de uma posição mais atuante e fiscalizadora do Estado. “O governo recebe certas funções distributivas e alocativas, isto é,

<sup>126</sup> BONAVIDES, 2012, p. 379.

<sup>127</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 37.

<sup>128</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 910.

<sup>129</sup> SCAFF, 1990, p. 37.

busca proporcionar uma equânime distribuição de riqueza e fornecer a certas categorias sociais alguns elementos de proteção contra as regras exclusivamente capitalistas”<sup>130</sup>.

Nos dizeres de Carvalho Filho, “o sistema do dirigismo econômico implantado pelo Estado no fim do século passado e início do atual propiciou o estabelecimento de regras jurídicas reguladoras da ordem econômica em várias Constituições”.<sup>131</sup>

Na nossa Constituição de 1988, as atividades econômicas têm três categorias, nos termos do disposto no parágrafo 1º do artigo 173, quais sejam: produção, comercialização e prestação de serviços. Essas atividades econômicas possuem regime jurídico de direito privado, mas com respaldo fiscalizador e regulador do Estado brasileiro. Desta feita, numa análise de dispositivo constitucional podemos depurar que como agente normativo e regulador da atividade econômica cabe ao Estado brasileiro exercer, na forma disposta na legislação de regência, as funções de: fiscalizar, incentivar e planejar (artigo 174).

Desta feita, a função da intervenção do Estado no domínio econômico não visa sua socialização, mas atenuar os conflitos verificados durante o Estado liberal. Para tanto, o Estado intervencionista passou a atuar em áreas que antes eram reservadas unicamente para o desenvolvimento de negócios privados, atingindo a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção.<sup>132</sup>

### **2.6.2. O Estado Liberal**

A partir do século XVIII no palco americano e também europeu houve o desenvolvimento da liberdade e da igualdade, especialmente marcados pela Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 e Revolução Francesa em 1789. O Estado liberal pode ser delineado como sendo aquele que possui a separação de Poderes, das formas de governo e dos direitos da liberdade (direitos individuais, civis e políticos). Em outros termos, configurava o antigo e clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo<sup>133</sup>.

O Estado liberal visava propiciar uma economia livre, com liberdade de propriedade privada e nos meios de produção, bem como na celebração de contratos. “Tanto o

---

<sup>130</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 910.

<sup>131</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 911.

<sup>132</sup> SCAFF, 1990, p. 40-41.

<sup>133</sup> MIRANDA, 1997, p. 16.

*Princípio da Legalidade* quanto a *Separação de Poderes* serviram de instrumento para que aquelas características econômicas fossem mantidas”.<sup>134</sup>

Neste contexto liberal, se remonta à Revolução Francesa e a seu entendimento acerca do princípio da separação de poderes, já estudado, facilitando entendimento da gênese do contencioso administrativo também analisado.

A necessidade da criação de um Estado surge, ainda, “como uma forma de auto-determinação do poder público relativamente aos vínculos internos e internacionais que o limitavam”<sup>135</sup>

Vejamos a explicação de Pascoal Dias Pereira da Silva nesta passagem:

Recorrendo à metáfora, pode-se aproximar a evolução futura do Estado à história de Robinson Crusoe, dividindo-a em <<dois momentos distintos, mais lógicos do que cronológicos (...). Ao chegar à ilha, Robinson começa por se fortificar, reunido todas as armas salvas do navio; só no 2º momento, quando se sentia já suficientemente seguro, ele parte à descoberta da sua ilha, estabelecendo relações de liberdade com as coisas, acabando por encontrar o Sexta-feira>>. De igual modo, na ‘história’ do Estado, há um primeiro momento de máxima concentração e unificação do poder, que corresponde à teorização do Estado ditatorial (neste sentido, sejam-se as concepções de autores tão diferentes como MAQUIAVEL, BODIN, HOBBS e ROUSSEAU); e um segundo momento, em que <<o Estado se sente já suficientemente ‘forte’ para ir à procura do Homem, para estabelecer uma organização política que seja o garante da liberdade e dos direitos individuais dos cidadãos, através do expediente técnico da separação de poderes>>, que corresponde à teorização liberal (e que encontra a sua expressão, entre outros, nas obras de LOCKE e de MONTESQUIEU).<sup>136</sup>

Assim, o Estado liberal surge do resultado da comunhão de duas visões antagônicas, ficando de um lado Hobbes e Rousseau (modelo de Estado com a teorização do elemento democrático) e de outro Locke e Montesquieu, os quais teorizaram o elemento liberal do Estado, a ideia de autolimitação do poder político como garantia de liberdade individual.

O Estado democrático e liberal nasceu com uma genética mista, composta em parte por ideais liberais e em parte por ideias autoritárias. O resultado era uma formação estatal liberal em que havia um compromisso “entre princípios liberais, ao nível da organização do poder político, e princípios autoritários, ao nível do funcionamento e controlo da administração”.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> SCAFF, 1990, p. 38.

<sup>135</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 14.

<sup>136</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 15.

<sup>137</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 16.

Desta miscigenação de ideais em algum momento na França, até pela lógica, acabaria por surgir algo agora prático e assim se fez. Diz Pascoal Dias Pereira da Silva: “Daí que, no que respeita ao contencioso administrativo, <<na realidade, a concepção que prevaleceu, sob uma fachada jurídica, traduzia uma concepção política herdada da experiência do Antigo Regime: a desconfiança perante o poder judicial>>”.<sup>138</sup>

Isto significa que, pela desconfiança herdada do absolutismo através da atuação dos Parlamentos do Antigo Regime, os pensadores liberais da Revolução Francesa acabaram utilizando o já citado princípio da separação de poderes para criar a *justiça especial* para julgar as lides em que se envolvesse como parte a Administração Pública. Ocorre, portanto, que o contencioso administrativo não é uma invenção do liberalismo, determinada pelo princípio da separação de poderes, mas sim esta exata herança do Antigo Regime.

Bonavides diz que o problema da liberdade, ou seja, do liberalismo, numa exata compreensão, “deve ser posto em confronto dialético com a realidade estatal, a fim de que possamos conhecer-lhe o conteúdo histórico e as diferentes matrizes ideológicas de que se há revestido, até alcançarmos, no moderno Estado Social, as linhas mestras de sua caracterização na consciência ocidental contemporânea”<sup>139</sup>.

Nesta mesma linha encontramos na *Declaração francesa dos Direitos do Homem de 1789* expressamente no artigo 15º a seguinte redação: “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”. Mais uma vez a preocupação de fazer com que o Estado também passe a ter responsabilidades pela sua atuação administrativa, devendo prestar contas.

O mais interessante é o aparente paradoxo de elementos fortificadores do Estado como separação de poderes e controle estatal, face as questões prementes sobre liberdades, direitos civis, direitos fundamentais e coletivos. Trata-se de amarras ao mecanismo de atuação estatal frente ao liberalismo clássico, ou seja, a forma de pensar na liberdade da vida social e política.

---

<sup>138</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 21.

<sup>139</sup> BONAVIDES, 2009, p. 39.

### 2.6.3. Modelo constitucional brasileiro

Os fundamentos da ordem econômica estão em dois postulados básicos: a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa*.<sup>140</sup> Tal assertiva se confirma nos dizeres do disposto no artigo 170 da Constituição de 1988.

De mais a mais, o Estado brasileiro possui como características básicas a soberania e autonomia, sendo que a soberania estatal pode ser conceituada, numa visão interna, como o poder do Estado mais alto existente dentro do próprio Estado e, numa visão externa, pode ser entendida como relações recíprocas estatais com plena igualdade e sem qualquer subordinação. Nos dizeres de Branco a “soberania é entendida como poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno.”<sup>141</sup>

A autonomia é entregue pelo poder soberano do Estado dentro das competências legalmente previstas aos demais entes federados.

O Estado Federal, como no caso do Brasil, possui uma ordem jurídica que incide para toda a sociedade inclusive ao próprio Estado brasileiro, prerrogativa maior para a existência das relações do direito público e do Estado de Direito.

O modelo constitucional brasileiro atual é fruto de épocas diferentes com influências europeias e americanas, mas é de se ressaltar que as razões geográficas e de formação cultural foram preponderantes, especialmente para adoção do federalismo. Bonavides destaca que “reparte-se em três distintas épocas ou períodos o constitucionalismo no Brasil, na medida em que reflete ele o grau de influxo ora das instituições europeias, ora das americanas, designadamente aquelas dos Estados Unidos”.<sup>142</sup>

Na Constituição Federal de 1988 temos a tripartição de funções do Estado. Essa tripartição de funções ou poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, tem atuação direta dos entes federados União, Estados Membro, Distrito Federal e Municípios.

Todo o arcabouço constitucional de competências executivas, legislativas e de jurisdição é inerente à busca pela efetividade constitucional, o que por si só, logicamente, não é suficiente, haja vista inúmeros outros fatores influenciando diretamente na aludida efetividade.

---

<sup>140</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 912.

<sup>141</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 856.

<sup>142</sup> BONAVIDES, 2012. p. 73.

A efetividade num sentido amplo pode ser dita como a capacidade de uma norma jurídica produzir efeitos. Ademais, a efetividade pode ser jurídica ou com caráter social.

Retomando a intervenção do Estado na ordem econômica, na Constituição de 1988, há um sistema de dirigismo econômico vez que as três categorias de atividades econômicas<sup>143</sup>, quais sejam: produção, comercialização e prestação de serviços (parágrafo 1º do artigo 173), possuem o Estado brasileiro como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos da lei, as funções de fiscalizar, incentivar e planejar (artigo 174).

Carvalho Filho, ao estabelecer os postulados *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa*, ressalta que a Constituição de 1988 pretendeu indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles compatibilizar-se. Extrai-se dessa premissa, por conseguinte, que, se a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando referidos fundamentos, será considerada inválida e inconstitucional.<sup>144</sup>

## 2.7. Funções do Estado

O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789, dispõe que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. O Estado Constitucional, desde então, adota a tripartição de funções.

Numa análise histórica feita por Tavares, constata-se que:

A própria autoria da doutrina é controvertida. Há os que consideram, como MARCELO CAETANO, ser LOCKE seu autor original. Outros, atribuindo a MONTESQUIEU a autoria da doutrina, consideram LOCKE mero precursor: Finalmente, há os que não admitem na obra de LOCKE nenhuma doutrina da separação de poderes, entendida como exigência de equilíbrio, mas apenas uma distinção das funções estaduais, como CARRÉ DE MALBERG. Tudo, segundo PIÇARRA, decorre da compreensão que se tenha sobre o que era a verdadeira (ou pelo menos originária) versão da teoria da separação dos poderes. “Só não verá em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores, que nesta doutrina incluem um poder judicial autônomo e sublinhem ideias de equilíbrio entre os vários poderes do Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Tais ideias são estranhas à versão originária da doutrina da separação de poderes e decorrem da sua associação à ideia de constituição mista. Em Locke são ainda inexistentes ou incipientes, mas farão parte integrante das versões do século XVIII, entre as quais se destaca a versão da balança dos poderes ‘amálgama de constituição

<sup>143</sup> Atuação para não haver abuso, protegendo especialmente a iniciativa privada. O artigo 170 da Constituição de 1988 traz as regras e princípios.

<sup>144</sup> CARALHO FILHO, 2014, p. 912-913.

mista, supremacia legislativa e separação de poderes’, em que se inspirará a versão de Montesquieu”.<sup>145</sup>

As funções do Estado são essencialmente três, quais sejam, executar, legislar e julgar, com característica de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem funções principais e secundárias.

Tais funções são geradoras de atuações diversas do Estado, ora pela prática de atos administrativos, ora pela edição de atos legislativos, ora por atuação judicial, bem como outras atividades com o cunho de atender aos interesses da sociedade. O poder Judiciário tem como função precípua dirimir conflitos sociais, inclusive aqueles em que o Estado figure como parte no processo. Os três Poderes possuem, ainda, a função de fiscalização e controle estatal.

No texto da Constituição de 1988, em seu artigo 2º, temos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Tavares citando Karl Loewenstein menciona que:

... o que corretamente se designa como ‘separação de poderes estatais’ é na realidade, distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado. A utilização de ‘poderes’, embora profundamente enraizada, deve ser entendida de maneira meramente figurativa.

Nesse quadro de funções dos Poderes da República temos que o cabe ao Poder Legislativo as tarefas principais de legislar e fiscalizar. O Poder Legislativo nas suas funções secundárias e atípicas também administra e julga.

Como bem assenta Paulo Gustavo Gonet Branco, “o legislativo opera por meio do Congresso Nacional por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal”.<sup>146</sup> Em âmbito estadual temos as Assembleias Legislativas e na esfera municipal as Câmaras Municipais. Inovar o ordenamento jurídico, editando atos normativos que instituem e criam obrigações e direitos, bem como fiscalizar são as principais funções do aludido Poder Legislativo.

As funções do Executivo são de acordo com a Constituição, mas destaca-se o exercício de controle das ações dos membros da sociedade pelo chamado poder de polícia administrativo, no qual há limitações e condicionamentos impostos à liberdade em favor do interesse público. Também possui como função a prestação de serviços públicos e a

<sup>145</sup> TAVARES, 2014, p. 918.

<sup>146</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 911.

realização de atividades de fomento como incentivar setores sociais, estimulando o desenvolvimento, inclusive, por vezes, econômico.



### **3. Princípios Constitucionais implícitos e explícitos e a relação com o Direito Administrativo, a sociedade civil e os direitos fundamentais e coletivos**

A Administração Pública se orienta por princípios implícitos e explícitos na relação jurídico administrativa. No Capítulo VII do Título III, da Constituição de 1988, em seu artigo 37, constam expressamente os princípios a serem observados por todos os integrantes da Administração Pública, sendo eles diretrizes básicas e essenciais para validade da conduta administrativa. O princípio da legalidade está desenvolvido ao logo do presente trabalho.

As atividades administrativas do Poder Público se desenvolvem sob a égide de princípios de natureza variada, bastando que se mencione que podem ser de natureza jurídica ou não jurídica: quanto a estes últimos, os referentes à Ciência da Administração, como os da racionalização, da descentralização e outros técnicos. Mas, o que realmente orienta as atividades administrativas e que constituem dever da Administração, exigíveis pelos administrados, são os princípios jurídicos.<sup>147</sup>

Tais princípios jurídicos são os elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988.

Quanto aos princípios reconhecidos, visto que são implícitos, destacar-se-ão os pressupostos da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade. Também trataremos dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visto que todos são essenciais para a formação do regime jurídico administrativo, nos termos adiante abordados.

Na mesma linha para entendimento, serão abordados os conceitos de sociedade civil e os direitos fundamentais e coletivos.

A sociedade civil é um fenômeno necessariamente ligado a movimentos, mutações constantes, especialmente como expressão de vontade dos seus integrantes.

Diga-se que os direitos coletivos são os de terceira geração ou interesses metaindividuais, sendo que:

fala-se em interesse metaindividuais ou transindividuais para significar aquela parcela de interesses que pertencem a um grupo razoavelmente extenso de pessoas, que os titularizam e que possuem uma característica em comum, que as une, ainda que trata de um laço de união extremamente débil.<sup>148</sup>

<sup>147</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

<sup>148</sup> TAVARES, 2014, p. 756.

Tavares acentua que na realidade, esses interesses existem desde a organização do homem como sociedade. Ressalta, ainda, que, no entanto, é fato incontestável que na sociedade moderna despontam com maior agressividade, e, por esse motivo, aspirou-se apenas mais recentemente à tutela específica e própria de tais instituições.<sup>149</sup>

### **3.1. Conteúdo prescritivo e necessário na positivação do sistema jurídico**

A Constituição Federal, ao determinar os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das conseqüentes tomadas de decisões, bem como maneiras de atuação por parte dos órgãos político constitucionais, traz relação direta com o Direito Administrativo.

Desta feita, o Direito Constitucional como direito político que é, sintetiza ideias, objetos, formas, procedimentos e, especialmente, princípios de direito publico, tudo num viés de formação da vontade e decisões políticas a serem adotadas para a sociedade, implicando diretamente no Direito Administrativo, com mecanismos de atuação *tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*<sup>150</sup>.

Regras e princípios jurídicos, na cultura jurídica moderna, formam normas jurídicas de uma sociedade organizada, sendo concebido tais princípios jurídicos como formadores da estrutura básica do direito público.

Todo este arcabouço jurídico deve ter como mote principal proporcionar direitos e garantias fundamentais para os membros da sociedade, proporcionando a almejada harmonia entre o Estado e as demais pessoas.

O direito positivo é formado de enunciados, textos legais que contém proposições que são as normas jurídicas.

### **3.2. Sociedade Civil**

O século XVIII, com suas ideias revolucionárias, acabou por promulgar Constituições do Estado de Direito e, ao mesmo tempo, houve a codificação regulamentadora de uma sociedade civil.

A sociedade civil é um fenômeno que, na visão de cada sociólogo ou filósofo, possui peculiaridades, mas que não há como negar que ela está intrinsecamente ligada a

---

<sup>149</sup> TAVARES, 2014, p. 757.

<sup>150</sup> MEIRELLES, 2009, p. 40.

movimentos, mutações constantes, especialmente como vontade e anseios dos seus integrantes. Consequentemente se discute a liberdade e as relações sociais, que numa visão imediatista deve primar pela proteção aos direitos fundamentais.

Sergio Resende de Barros afirma:

A sociedade civil é o conjunto dinâmico – a trama – das relações sociais em que os seres humanos empregam as forças produtivas por eles desenvolvidas e acumuladas para satisfazer as suas necessidades materiais e espirituais. Dentro do modo de produção em que essas forças são dinamizadas, a sociedade civil é o reino das relações econômicas, o subordinante, ao passo que o Estado é o reino das relações políticas, o subordinado.<sup>151</sup>

De certa forma, isso significa dizer que o Estado, o Poder Público foi criado e curado pelos governantes e mandatários, seja quem for o outorgante, inclusive muitas vezes, em face de uma construção paralela e lenta da sociedade civil fomentadora das atividades econômicas e social do poder.

Desse modo, o Estado e a sociedade civil surgiram como fenômenos intrincados no movimento evolutivo em que o modo de produção capitalista distanciou os agentes políticos dos agentes econômicos, desencadeando as forças sociais, a política e a civil, determinando a distinção entre sociedade civil ou burguesia (base, sede das relações econômicas) e a sociedade política ou Estado (superestrutura, âmbito das relações políticas).<sup>152</sup>

Logicamente a sociedade civil europeia se organizou para politicamente ganhar força inclusive mediante regular representação junto ao Poder Legislativo de cada nação. A opção há muito feita pela sociedade pelo envolvimento econômico numa estruturação mutante do capital também é característica marcante (capitalismo).

Ao longo da história revolucionária,

a burguesia subverteu, como não poderia deixar de ser, a própria organização política da sociedade humana, dando causa histórica e constituição jurídica a uma antítese básica – consistente na contraposição entre sociedade civil e sociedade política – antítese essa que realmente absorve e dissolve relações tradicionais, como também gera e extingue novas relações, até antes que possam assentar-se.<sup>153</sup>

A sociedade política é aquela que pode proporcionar os direitos políticos e fazer uso deles para criar os mecanismos legais que concedem direitos e impõe deveres para as

---

<sup>151</sup> BARROS, 2008, p. 5.

<sup>152</sup> BARROS, 2008, p. 5.

<sup>153</sup> BARROS, 2008, p. 34.

peças da sociedade civil. Lado a lado caminham a ideia do liberalismo e as restrições impostas pelo Leviatã<sup>154</sup>.

### 3.3. Direitos fundamentais individuais e coletivos

O ordenamento jurídico de todo Estado possui como elemento os direitos fundamentais. Na lição de Alexy “os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais do ordenamento jurídico nacional respectivo. Por outro, porém, eles remetem além do sistema nacional.”<sup>155</sup> Aliás, o avanço do Direito Constitucional está par e passo com os direitos fundamentais. Quando remetem além do sistema nacional estamos tratando de direitos humanos.

Direitos fundamentais possuem diferentes concepções filosóficas. Paulo Gustavo Gonet Branco citando o português Jorge Miranda aponta:

Assim, para os jusnaturalistas, os direitos dos homens são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.<sup>156</sup>

Podemos dizer que faz parte de uma raiz antropológica vital da constituição e do poder político a existência dos direitos fundamentais, sendo que sem estes não há que se falar hoje numa sociedade pautada num Estado de Direito.

Num estudo comparado com o Direito Constitucional português, citamos, o que fora dito por Canotilho:

Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (cfr. CRP, arts. 24.º ss.). A importância das normas de direitos fundamentais deriva do facto de elas, directa ou indirectamente, assegurarem um status *jurídico material* aos cidadãos.<sup>157</sup>

Para Paulo Gustavo Gonet Branco, num dos vieses, os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, “são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”<sup>158</sup>.

<sup>154</sup> Expressão utilizada por Hobbes para referir-se ao Estado.

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

<sup>156</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 157.

<sup>157</sup> CANOTILHO, 1993, p. 177.

<sup>158</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 159.

José Afonso da Silva esclarece que os direitos fundamentais designam face ao ordenamento jurídico:

no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o concretiza na garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive<sup>159</sup>.

Como forma de explicitar a conceituação de direitos e garantias fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou recentemente no seguinte sentido:

Os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, contemplados na dimensão objetiva, consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepor à arbitrariedade estatal. 3. O Estado tem o dever de proteção dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares. 4. Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático.<sup>160</sup>

Depura-se que há contextos históricos e valorativos subjetivos a partir da perspectiva dos valores da dignidade humana, da integridade física e íntima de cada ser humano, da propriedade, e da segurança, inclusive jurídica.

### **3.4. Proteção dos direitos humanos**

O indivíduo e grupos humanos podem ser passíveis de proteção aos seus direitos; tais direitos foram historicamente gerados e discutidos nas mais diferentes esferas, tais como religiosa, filosófica, sociológica e política. O que é certo, hoje, é a proteção aos chamados direitos humanos. Existem inúmeros instrumentos internacionais de proteção aos direitos fundamentais da pessoa.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados na Constituição, instrumento normativo máximo escolhido especialmente a partir do século XX para fixar tais direitos. No que tange aos direitos humanos podemos entender ser declarações principiológicas que dão caráter globalizado aos interesses e direitos essenciais para a pessoa.

<sup>159</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 162-163.

<sup>160</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 93874 / DF. Ministro Manoel Erhardt. Brasília: Diário de Justiça, 18 dez. 2013. Disponível em: < <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24866518/apelreex-apelacao-reexame-necessario-reex-38941720124058300-trf5>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

Desta feita, podemos afirmar que os direitos humanos são fruto da globalização ideológica e principiológica que proporciona a positivação constitucional dos direitos fundamentais.

Num pensamento desdobrado de uma evolução histórica, pós-liberalismo, que engloba especialmente o início do século passado, temos a formação da ideia do Estado Social de Direito, passando por fatos históricos e contributivos para tanto como a Revolução Russa, a reconstrução da Alemanha no pós Primeira Guerra Mundial (Constituição de Weimar em 1919) e a Revolução Mexicana e sua consequente Constituição Mexicana de 1917<sup>161</sup>.

Denota-se ser esta fase um resultado de uma longa transformação desde o Estado Liberal clássico, com parte na própria ideia de Estado de Direito, o qual incorpora, inclusive, os direitos sociais para além dos direitos civis. Repisando que isso tudo advém da sociedade civil organizada.

Numa perspectiva dos direitos humanos e dos direitos sociais Flávia Piovezan menciona:

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Sob esta perspectiva integral, identificam-se dois impactos: a) a inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos; e b) a paridade em grau de relevância de direitos sociais, econômicos e culturais e de direitos civis e políticos.<sup>162</sup>

Nesse viés de importância da proteção aos direitos humanos a discussão que se faz é acerca da efetividade jurídica, por exemplo, da Declaração Universal de 1948, visto que

---

<sup>161</sup> A Carta Política Mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou o “longo século XIX”; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo sócio econômico ainda é largamente contestada. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição Mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria. (COMPARATO, 2013, p. 190)

<sup>162</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147-148.

os costumes e legislações de diferentes Estados preconizam das mais variadas formas os direitos civis e sociais do seu povo.

Consoante Comparato:

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma *recomendação* que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originariamente, como uma etapa preliminar da adoção à ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto, como lembrado acima.<sup>163</sup>

No entanto, este excesso de formalismo tem sido combatido para designar a força jurídica do aludido instrumento internacional de proteção aos direitos humanos como cita o próprio Comparato:

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade da pessoa humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. (...)

Já se reconhece, aliás, de há muito, que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional é também constituído pelos costumes e os princípios gerais de direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38) (...)

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II.<sup>164</sup>

As condições do Estado Social de Direito frente aos anseios sociais protegidos pela gama de direitos humanos (demanda) se configura no desafio da atuação do Poder Público, nos mais diversos países.

Na lição de Piovesan:

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irreduzível”.<sup>165</sup>

### 3.5. Direitos Fundamentais Sociais

<sup>163</sup> COMPARATO, 2013, p. 238-239.

<sup>164</sup> COMPARATO, 2013, p. 238-239.

<sup>165</sup> PIOVESAN, 2013, p. 149.

O Estado social passou a existir na moderna sociedade tendo sido caracterizado pelos direitos fundamentais de segunda geração<sup>166</sup>. Nos dizeres de Bonavides “o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”.<sup>167</sup> Os direitos sociais, pela Constituição Federal de 1988, também fazem parte do rol dos direitos fundamentais; esse fenômeno da constitucionalização de direitos sociais e a busca pela garantia de tais direitos via Judiciário é um fenômeno dos Estados ocidentais democráticos.

Historicamente, no Brasil os direitos fundamentais sociais somente passaram a ser admitidos após 1930, uma vez que “esgotado o modelo liberal de economia e das lutas populares empreendidas desde meados do século XIX na Europa”, se passou a acolher o direito ao bem-estar da coletividade, sendo positivados até adquirem *status* de vinculação jurídica do Estado em relação à sociedade e ao indivíduo.<sup>168</sup>

Na Constituição de 1988 há um rol de direitos sociais, tais como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (artigo 6º).

Na visão de Mendes, os direitos sociais, assim como as liberdades individuais, implicam tanto nos direitos de prestações em sentido estrito (positivos) quanto em direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para sua garantia, numa linha de prestação (positiva) dos direitos sociais com um argumento contrário à sua judicialização. Nesse andar, a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornar exigíveis.<sup>169</sup>

Nessa linha da busca pela igualdade, vinculado a uma noção de Justiça, logicamente decorrem os instrumentos de judicialização das relações sociais.

Barroso afirma:

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Essa difusão da Lei

<sup>166</sup> São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 156)

<sup>167</sup> BONAVIDES, 2009, p. 184.

<sup>168</sup> ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Ed. Método, p. 23.

<sup>169</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 677-678.



Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral.<sup>170</sup>

As políticas públicas são instrumentos de efetivação dos direitos sociais. Para Moura Agra:

Os direitos sociais são a espécie de direitos humanos apresentada, como requisito para sua concretização, a exigência da intermediação dos entes estatais, que na realização de uma prestação fática quer na realização de uma prestação jurídica. Os direitos de liberdade são forcejados no individualismo, posteriormente sendo reestruturados para o consumidor. Já os direitos sociais consideram o homem além de sua condição individualista, abrangendo-o como cidadão que necessita de prestações estatais para garantir condições mínimas de subsistência. A titularidade dos direitos fundamentais sociais é deslocada da esfera exclusiva do indivíduo para incidir na relação cidadão-sociedade.<sup>171</sup>

Ademais, por conta da intervenção do Estado nas atividades econômicas, nos termos do Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, o Estado Social carece de enfrentar a regulação das atividades privadas na economia.

Bonavides afirma que toda Constituição moderna, que se confessa instituidora do Estado social, levanta necessariamente o debate ideológico e filosófico mais profundo de saber dentro de que limites tal projeto pode ser levado a cabo, se ele é ou não revolucionário em face da organização social e econômica estabelecida e se existem ou inexistem instrumentos concretos de governo ou administração que possam servir aos dirigentes políticos para fazer o mandamento constitucional compatível com a realidade e sobretudo com a função que no desempenho desse objetivo deve necessariamente assumir o legislador ordinário.<sup>172</sup>

Moura Agra, citando Jorge Miranda, assevera que os direitos sociais tendem a incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, munindo-os das condições necessárias para que eles possam livremente desenvolver suas potencialidades.<sup>173</sup> Quanto à estrutura dos direitos sociais, caminha no seguinte sentido:

Robert Alexy, do ponto de vista teórico-estrutural, classifica os direitos sociais com base em três critérios: direitos objetivos e subjetivos; vinculantes ou não vinculantes; direitos e deveres definitivos ou *prima facie*. O primeiro prisma delinea

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 409.

<sup>171</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 515.

<sup>172</sup> BONAVIDES, 2012, p. 378.

<sup>173</sup> MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2010, p. 515.

as normas quando elas obrigam o Estado ou fornecerem liberdades aos cidadãos. O segundo critério tem como vetor a possibilidade de haver uma sanção pelo descumprimento ou não do dispositivo no caso de seu inadimplemento. E o terceiro quando sua incidência já está predeterminada ou vem a ser definida em cada caso concreto.<sup>174</sup>

Numa observação dos casos de ordem prática analisados pelo Poder Judiciário, especialmente calcado naquilo constitucionalmente previsto, houve uma ampliação significativa dos direitos sociais, tendo passado a se exigir do Estado maior intervenção para garantir tais direitos fundamentais sociais.

Como sabido, os direitos sociais são nascidos do conflito histórico entre capital e trabalho, sendo que lucra a pessoa trabalhadora que tem seus anseios sociais satisfatoriamente atendidos; lucra a pessoa que tem acesso à educação e saúde com universalidade e qualidade; no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal está expresso que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, em que pese alguns incisos do citado artigo 5º tenha eficácia limitada.

### **3.6. Supremacia do interesse público e sua indisponibilidade**

Os princípios funcionam como parâmetro para observância das normas jurídicas e também auxiliam quando esgotada a hermenêutica, no processo de integração. Quando se trata da supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público estamos diante de dois pressupostos que sustentam a Administração Pública e sua relação com a sociedade. O destinatário da atuação administrativa é um grupo social e, caso assim não ocorra, poderá haver enquadramento em desvio de finalidade.

O interesse público está previsto desde a elaboração da norma jurídica, em seu competente processo legislativo, visto que o legislador no bojo do conteúdo normativo já deve atender o interesse da coletividade; a execução concreta do conteúdo normativo, quando da atuação da Administração Pública, deve seguir a linha traçada pela legislação de regência.

O texto do artigo 2º, caput, da Lei n. 9.784/99 (regula o processo administrativo no âmbito federal) especifica que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio do *interesse público*; no parágrafo único, inciso III, do mesmo artigo trata que nos processos administrativos será observado também o critério de objetividade no atendimento do interesse público.

---

<sup>174</sup> MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2010, p. 519.

Di Pietro assevera:

No que diz respeito a sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de direito público.<sup>175</sup>

Na lição de Carvalho Filho, temos que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Nesse entender, isso ocorre mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.<sup>176</sup>

O interesse público tem supremacia em face de determinado interesse particular, sendo indisponível por parte das pessoas administrativas que possuem sua guarda e realização funcional.

Na visão de Araújo:

O princípio da **supremacia do interesse público** relaciona-se com a noção de *puissance publique* (potestade pública), e fundamenta-se nas próprias ideias iniciais da entidade “Estado”, em que os membros de certa coletividade, como dizia Hobbes em sua obra, *Leviatã*, abdicam de parte de sua liberdade integral em favor de um comando disciplinador para a vida nessa mesma comunidade, que tornará medidas para sua defesa, segurança e progresso. Como esse comando são deferidas essas atribuições de interesse geral, em contrapartida, em nome desse interesse, ele terá o poder de ditar regras gerais de comportamento para a vida em comunidade, que devem ser por todos obedecidas, pois tais regras, de interesse geral (interesse público), devem preponderar sobre os interesses particulares.<sup>177</sup>

Di Pietro afirma:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competência que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.<sup>178</sup>

<sup>175</sup> DI PIETRO, 2014, p. 66.

<sup>176</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 33.

<sup>177</sup> ARAÚJO, 2014, p. 73.

<sup>178</sup> DI PIETRO, 2014, p. 67-68.

Araújo acentua que, tratando-se de Direito Administrativo, há o estabelecimento dos traços e conotações que tipificam, e colocam a Administração em posição privilegiada (verticalidade) na relação jurídico-administrativa. Menciona, ainda, que se trata de um traço comum na análise da maioria dos autores: o regime jurídico administrativo, dois deles como faces diferentes da mesma moeda: o da **supremacia do interesse público** sobre o privado, e o da **indisponibilidade dos interesses públicos** pelo administrador público, ou seja:

ao mesmo tempo que o interesse público fundamenta a posição privilegiada da Administração em sua relações com o particular, do mesmo interesse público não pode **dispor**, impondo-se restrições à sua liberdade de ação a que em geral não estão sujeitos os particulares, em conotação clara de que, as **prerrogativas** que tal supremacia determina, correspondem **sujeições** para que o interesse público se configure indisponível.<sup>179</sup>

Assim, o interesse público não se acha à livre disposição do administrador, devendo os agentes públicos cuidar para o cumprimento da finalidade pública.

### 3.7. Poder de Polícia

Conforme os ensinamentos de Cretella Jr., antes do aprofundamento no *poder de polícia* há necessidade de destacar a importância do estudo dos *direitos públicos subjetivos*, vez que podemos considerá-lo:

Capítulo obrigatório e preliminar a vários setores do direito público e, em especial do direito administrativo deixa em dúvida o sistematizador quando pretende enquadrá-lo no lugar exato porque tanto poderia anteceder o título relativo ao poder de polícia, como preceder o estudo das relações entre o Estado e os particulares com todo o conjunto de controvérsias resultantes dessas restrições.<sup>180</sup>

E explica que o direito subjetivo é o fenômeno jurídico subsequente a uma situação jurídica, o qual surge quando o indivíduo, investido numa situação jurídica, entra em relação jurídica com outro indivíduo, em virtude dos poderes e deveres que emanam de sua situação jurídica, sendo o *poder de exigir*, que o titular do direito exerce em direção àquele com o qual entra em relação jurídica.<sup>181</sup>

Di Pietro afirma que o regime jurídico administrativo proporciona prerrogativas e sujeições para a Administração Pública, sendo que aspectos opostos existem tais como a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual. E complementa:

---

<sup>179</sup> ARAÚJO, 2014, p. 71.

<sup>180</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1966, p. 325.

<sup>181</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1966, p. 327.

O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão que quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia.<sup>182</sup>

Carvalho Filho citando Marcelo Caetano conceitua Poder de Polícia:

É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.<sup>183</sup>

Na Constituição de 1988 há expressão do poder de polícia no artigo 145, inciso III, quando autoriza as entidades federadas instituir taxas. No artigo 78 do Código Tributário Nacional existe a conceituação expressa de poder de polícia:

Art. 78 - Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Di Pietro afirma acerca do crescimento do poder de polícia:

De um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora de alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício de profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras;

De outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a política tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vista em assegurar o bem comum, como base no princípio da função social da propriedade.<sup>184</sup>

Remédio afirma que o poder de polícia é expressado por meio da prática de um ato administrativo e, como tal, é formado pelos mesmos elementos ou pressupostos que integram os atos administrativos em geral (competência, finalidade, motivo, objeto e forma) e

<sup>182</sup> DI PIETRO, 2014, p. 121.

<sup>183</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 77.

<sup>184</sup> DI PIETRO, 2014, p. 123.

dotado dos mesmos atributos que os caracterizam (dentre os quais, presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e coercibilidade)<sup>185</sup>.

O objeto, limites e controle exercidos pelo Poder de Polícia serão tratados em conjunto com a concepção e abrangência da regulação estatal ordenadora no item 5.5 deste trabalho.

### **3.8. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade**

Razoabilidade e proporcionalidade são princípios, vetores obrigacionais da conduta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como das entidades da Administração Pública Indireta e, inclusive, das entidades privadas paraestatais<sup>186</sup>.

Remédio assevera que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, embora não previstos expressamente na Constituição de 1988, são aplicáveis ao Direito em geral e, em particular, à atuação administrativa.<sup>187</sup>

Tais princípios estão ligados ao mérito do ato administrativo. O mérito do ato administrativo consiste na margem de liberdade que os atos administrativos discricionários possuem na medida delineada pela própria legislação, vez que a conveniência e oportunidade constituem núcleo da discricionariedade pautada na lei. A razoabilidade e proporcionalidade funcionam como imposição de limites à discricionariedade administrativa, proporcionando possibilidade de análise judicial de medida que não atenda a estes princípios.

Do estudo da diferença entre razoabilidade e proporcionalidade, Queiroz citado por Tavares afirma:

A diferença reside na classificação e nos elementos constitutivos desses princípios, já que a razoabilidade é mais ampla que a proporcionalidade. Sustentar a fungibilidade entre os termos, no Brasil, é dar a proporcionalidade um raio de aplicação maior que suas possibilidades (...).<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> REMÉDIO, 2012, p. 216.

<sup>186</sup> Entidades paraestatais “são pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros) e, agora, as organizações sociais, cuja regulamentação foi aprovada pela Lei 9.648, de 27.05.98. As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São denominados *entes de cooperação* com o Estado”. (MEIRELLES, 2009, p. 68)

<sup>187</sup> REMÉDIO, 2012, p. 73.

<sup>188</sup> TAVARES, 2014, p. 638.

Na ótica de Remédio apesar de bastante próximos e inter-relacionados, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se equivalem.<sup>189</sup>

### 3.8.1 Razoabilidade

O artigo 111 da Constituição Paulista afirma que a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá dentre outros princípios ao da razoabilidade.

A proporcionalidade está contida na razoabilidade no entender de Di Pietro ao citar Bandeira de Mello:

Embora a Lei n. 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestação inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.<sup>190</sup>

No entender de Carvalho Filho, razoabilidade “é a qualidade do que é *razoável*, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que o juízo de valor que provocaram aquela conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”<sup>191</sup>. Na linha de raciocínio do doutrinador, o afrontamento da razoabilidade está diretamente ligado ao não atendimento da legalidade. Para o autor, não há eliminação do poder discricionário da Administração diante da aplicação do princípio da razoabilidade, podendo até abrandar o excesso de poder administrativo, mas mantém ao administrador a detenção do poder jurídico de valorar condutas e decisões que são de sua atribuição.<sup>192</sup>

Acentua Carvalho Filho:

Assim, na esteira da doutrina mais autorizada e rechaçando algumas interpretações evidentemente radicais, exacerbadas e dissonantes do sistema constitucional vigente, é preciso lembrar que, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a *ação efetiva e indiscutivelmente ilegal*. Inexiste por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se

<sup>189</sup> REMÉDIO, 2012, p. 73.

<sup>190</sup> DI PIETRO, 2014, p. 81.

<sup>191</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 40.

<sup>192</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 41-42.

não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público.<sup>193</sup>

Araújo questiona e responde pautado no dicionário Aurélio: “Existe, mesmo, um princípio da razoabilidade? O que é ser “razoável”, em termos de Direito Administrativo? Etimologicamente, a palavra significa ‘conforme a razão, racional, moderado, comedido, acima de medíocre, aceitável, regular, justo, legítimo, ponderado, sensato. E complementa afirmando:

Portanto, o princípio da razoabilidade deve ser entendido como o desbordar da liberdade dentro da lei que é característica dos atos administrativos discricionários, quando a medida é desproporcional ou inadequada ao fim de interesse público concretamente existente, o que é mais fácil verificar se o agente externar as razões do ato (motivar). Isto que faz com que alguns administrativistas entendam como inválidos, em qualquer caso (e não apenas nas hipóteses de atos vinculados), os atos que não tragam explicitada sua motivação, o que ao menos atualmente, frente ao ordenamento e o princípio da legalidade estrita, não é verdade. Mas, é inegável que uma providência desarrazoada não pode ser tida como legal, a desproporcionalidade entre motivos, medidas e finalidade, é um dos sintomas denunciadores de desvio ou abuso de poder (que é também ilegalidade) do administrador público.<sup>194</sup>

### 3.8.2 Proporcionalidade

Na concepção de Tavares o critério da proporcionalidade, “numa primeira aproximação, é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade”. Desta feita, assim compreendida a proporcionalidade é correto afirmar que a preocupação em observá-la vem de longa data.<sup>195</sup>

No ordenamento jurídico moderno há um destaque para a proporcionalidade, sendo que existem duas diferentes influências históricas na elaboração teórica, quais sejam: alemã e norte-americana.

Nos dizeres de Nohara, citando a doutrina alemã, a proporcionalidade pode ser desdobrada em adequação, necessidade e exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação consiste na ponderação da aptidão que o meio escolhido tem para alcançar o resultado pretendido, assim, não seria adequada, sendo, portanto, irrazoável, a imposição de quarentena sanitária a veículo como meio de punir pessoa que ultrapassou sinal vermelho de trânsito; necessidade ou inexigibilidade correspondem à indagação acerca do grau de restrição do meio escolhido em relação aos demais direitos fundamentais e; a proporcionalidade em sentido estrito, que envolve a razoável proporção no equilíbrio ou ponderação entre bens e

<sup>193</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 41.

<sup>194</sup> ARAÚJO, 2014, p. 84.

<sup>195</sup> TAVARES, 2014, p. 627.



valores, ou seja, entre a limitação do direito e a gravidade da situação fática, tendo como considerada inconstitucional.<sup>196</sup>

O critério da proporcionalidade, como resultado da construção alemã, e considerado uma norma constitucional não escrita derivada do Estado, Democrático de Direito. Nele se visualiza a função de ser imprescindível à racionalidade do Estado Democrático de Direito, já que garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade.<sup>197</sup>

De outra banda, na concepção da doutrina norte americana, a proporcionalidade deriva do princípio do devido processo legal, limitação constitucional dos poderes do Estado, limitação essa atrelada a alguns direitos fundamentais, sendo que nos dias de hoje, viabiliza-se aos juízes que controlem a proporcionalidade e racionalidade da produção legislativa através de um processo técnico de adequação das leis aos princípios fundamentais de Direito<sup>198</sup>.

O princípio da proporcionalidade exige da Administração Pública adequação entre os meios e os fins, sacrificando-se o mínimo para a obtenção do máximo de direitos, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público<sup>199</sup>.

Tavares assevera:

As controvérsias, no ordenamento jurídico brasileiro, acerca de sua fundamentação constitucional – que, apesar de não expressa, parece majoritariamente reconhecida pela doutrina – referem-se ao questionamento sobre seu caráter de princípio autônomo ou quanto a sua derivação de outros princípios expressamente consagrados na Constituição, como são os princípios do devido processo legal e da isonomia. Nada mais impede, como muito bem observa Steinmetz, que se eleja um feixe de bases normativas (constitucionais) que confirmem sustentação ao critério da proporcionalidade, posição que me parece a mais consistente com a específica situação do Ordenamento Jurídico Nacional.<sup>200</sup>

E completa o raciocínio afirmando que quanto à jurisprudência brasileira, esta vem aplicando o princípio em vários ramos do Direito e com diversas fundamentações, sem que haja unidade no tratamento da matéria. Ressalta, ainda que existe certa cautela da aplicação do princípio em outros ramos que não sejam o do Direito Administrativo e do controle legislativo.<sup>201</sup>

<sup>196</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

<sup>197</sup> TAVARES, 2014, p. 628.

<sup>198</sup> TAVARES, 2014, p. 630.

<sup>199</sup> REMÉDIO. 2012, p. 74.

<sup>200</sup> TAVARES, 2014, p. 642.

<sup>201</sup> TAVARES, 2014, p. 643.

## 4. Atuação administrativa e o interesse público primário

O interesse público está intimamente ligado ao princípio da legalidade, uma vez que o ato vinculado, desde que praticado nos termos do ordenamento jurídico, expressa a vontade social. O mesmo ocorre com atuação administrativa discricionária que também é legal e sempre deve atender a oportunidade e conveniência atrelada ao interesse público.

A atividade administrativa deve atender à finalidade genérica, consistente no atendimento ao interesse público, e à finalidade específica, consubstanciada na obediência à lei. A Administração Pública deve atuar sempre tendo em vista o interesse público e, ao mesmo tempo, seus atos devem atender aos fins específicos concebidos pelo legislador.<sup>202</sup>

O não atendimento ao interesse público acaba por gerar desvio de finalidade e consequentemente ilegalidade na atuação administrativa.

### 4.1. Essência

O interesse público é pressuposto de validade da atuação administrativa, seja quando o Estado age ou quando o particular age em nome do Estado.

Carvalho Filho assevera:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente o esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.<sup>203</sup>

O interesse público primário é aquele previsto na legislação de regência, sendo a essência da atuação administrativa por qualquer um dos três Poderes formadores do Estado. Consiste no interesse indisponível, naquele que assenta a organização Estatal e sua atuação face à sociedade civil e sociedade política.

O interesse público secundário consiste na execução de ordem prática daquilo que se tem como interesse primário. Assim, quando um gestor público decide motivadamente terceirizar a execução dos serviços de fornecimento de merenda escolar na rede pública municipal de ensino, a decisão é expressão do interesse público secundário, podendo ele eventualmente ser questionado perante o Judiciário face aos elementos do ato administrativo

<sup>202</sup> REMÉDIO, 2012, p. 81.

<sup>203</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 33.

praticado, especialmente os elementos vinculados ou ocorrência de desvio de finalidade, tudo em atendimento ao interesse público primário que é a essência indisponível da atuação administrativa, nos termos da legislação de regência.

A evolução social gerou novos conflitos que conseqüentemente proporcionou a necessidade da busca por novos direitos e mecanismos processuais, tudo para colocar em prática os novos direitos materiais concebidos na realidade contemporânea.

Os direitos fundamentais possuem suas dimensões, tendo cada uma das três unindo valores ali contidos. A primeira dimensão dos direitos fundamentais que fora abalizada pela Revolução Francesa tem foco na individualidade em face do Estado, tentando blindar o indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Nos dizeres de Branco, os direitos fundamentais de primeira geração, “referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado”.<sup>204</sup>

A segunda dimensão dos direitos fundamentais que ocorre numa preocupação por conta da Revolução Industrial, caminha para a liberdade pública positiva, como Estado regulando a sociedade, na busca pela defesa dos interesses sociais e trabalhistas.

Branco afirma que “são direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual par todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.”.<sup>205</sup>

Estes são os direitos fundamentais sociais, por estarem a par e passo com as reivindicações de justiça social.

Já a terceira dimensão são direitos fundamentais oriundos de pensamentos que são materializados no pós Segunda Grande Guerra, pautado na fraternidade, paz entre as pessoas, solidariedade, trazendo a tona, inclusive, os direitos difusos e coletivos.

Na lição de Branco:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao

<sup>204</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 155.

<sup>205</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 156.

desenvolvimento à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.<sup>206</sup>

Seja qual for a dimensão ou geração<sup>207</sup> que determinado direitos fundamentais estejam inseridos, deve o Estado primar por eles.

A atuação da Administração Pública, por qualquer dos três Poderes, através da *função administrativa* que é função inerente a eles, ainda que secundariamente, deve garantir que tais direitos fundamentais sejam pauta da atuação, ou seja, o Poder Público deve atender ao interesse público primário sem que este viole preceitos fundamentais constitucionais.

Em regra, a essência da atuação administrativa se dá pela edição de atos administrativos, conforme explicitado no item “2.3” e, a seguir, no item “4.3”.

## 4.2. Sistema de normas

Sistema de normas que incidem na atuação da Administração Pública está ligado à regularidade do ordenamento jurídico, que, em regra, é regime jurídico de direito público e, excepcionalmente, de direito privado. Etimologicamente, podemos entender norma jurídica como regra, modelo, preceito, sendo ela o elemento central da organização jurídica, a estrutura ou base proposicional enunciativa elaborada a partir de uma ou mais proposições que se relacionam entre si.

Com efeito, a norma jurídica consiste na *dever ser*, ou seja, não descreve o que é, mas determina uma conduta em consequência da ação. Ademais, norma é avaliada através de seu aspecto forma, independentemente de seu conteúdo, dessa forma, pode ser reduzida a uma estrutura lógica linguística, por ser uma proposição. A norma, portanto, parte de um silogismo disjuntivo-condicional.<sup>208</sup>

<sup>206</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 156.

<sup>207</sup> A doutrina majoritariamente tem preferido a expressão *dimensão à geração*, vez que da primeira se entende que não há abandono das conquistas da *dimensão* anterior e a expressão *geração* gera impressão de que a nova supera a *geração* anterior.

<sup>208</sup> SILOGISMO. Essa palavra, que na origem significava cálculo e era empregada por Platão para o raciocínio em geral (cf., 186 d), foi adotada por Aristóteles para indicar o tipo perfeito do raciocínio dedutivo, definido como "um discurso em que, postas algumas coisas, outras se seguem necessariamente" (*An.pr.* I, 1, 24 b 18; I, 32, 47a 34). As características fundamentais do S. aristotélico são: 1) caráter mediato; 2) necessidade. O caráter mediato do S. decorre do fato de ser a contrapartida lógico-linguística do conceito metafísico de substância. Em virtude disto, a relação entre duas determinações de uma coisa só pode ser estabelecida com base naquilo que a coisa é necessariamente: sua substância; p. ex., para decidir se o homem tem a determinação "mortal", só se pode levar em consideração a substância do homem (aquilo que o homem não pode não ser) e raciocinar da maneira seguinte: Todos os animais são mortais; todos os homens são animais; logo todos os homens são mortais". Isso significa que o homem é mortal *porque* animal: a animalidade é a *causa* ou a *razão de ser* de sua mortalidade. Nesse sentido, diz-se que a noção "animal" desempenha a função de *termo médio* do S.: obviamente, o termo

Nosso sistema de normas jurídicas é composto por normas constitucionais e infraconstitucionais, normas privadas e públicas, mas quando relacionadas ao Estado, todas devem atender ao interesse público.

Alexy citando Franz Wieacker: “com vista à regularidade do ordenamento jurídico deve valer como primeira instância de valoração da conexão de valoração interna do ordenamento jurídico assim como ela está atualizada na época da decisão”<sup>209</sup>.

### 4.3 O ato administrativo como espinha dorsal do Direito Administrativo

A noção de ato administrativo, conforme já mencionado, surge na França e, nas palavras de Pascoal Dias Pereira da Silva citando Garcia Enterría, tendo por genitor o contencioso administrativo apresentado, “enquanto expressão prática do princípio da separação entre Administração e Justiça”<sup>210</sup>.

Pascoal Dias Pereira da Silva, citando Freitas do Amaral, assevera que se divide em duas fases a noção de ato administrativo, sendo a primeira fase: “a noção de acto administrativo serve para delimitar as acções da Administração Pública excluídas por lei da fiscalização dos tribunais judiciais”<sup>211</sup>. Já num segundo momento, se verifica a fase que Pascoal Dias Pereira da Silva chama de “fase do baptismo” do contencioso administrativo, passando a haver uma definição de atuações da Administração Pública.

---

médio é indispensável no S. porque representa a substância, ou a alusão à substância, e somente esta possibilita a conclusão (*An.post.*, II, 11, 94 a 20). Portanto, o S. tem três termos, a saber o sujeito e o predicado da conclusão e o termo médio, mas é a função do termo médio que determina as diferentes figuras do silogismo (v. SILOGÍSTICA). Além das figuras, Aristóteles distinguiu várias espécies de silogismo. O S. é por definição uma dedução necessária: portanto, sua forma primária e privilegiada é o S. *necessário*, que Aristóteles chama também de *demonstrativo*, ou *científico*, ou *S. do universal* (*An. pr.*, I, 24, 25 b 29). Dele se distingue o S. *dialético*, que se baseia em premissas prováveis, sendo, pois, apenas provável (*Md.*, II, 23, 68b 10; *An.post.*, II, 8, 93 a 15). É também chamado de *retórico*-, uma espécie dele é o S. *erístico*, baseado em premissas que parecem prováveis mas não são (*Top.*, I, 1, 100 b 23). Dos S. necessários, a primeira e melhor espécie é a dos *ostensivos* (v.), que Aristóteles contrapõe aos que partem *de uma hipótese* (*An. pr.*, I, 23, 40 b 23). Estes últimos não são aqueles que serão chamados depois de S. hipotéticos, mas aqueles cuja premissa maior não é a conclusão de outro S.. nem é evidente por si, mas é tomada como hipótese (*Ibid.*, I, 44, 50 a 16). Uma das espécies desses S. é aquele que conclui *mediante a redução ao absurdo* (*Ibid.*, 50 a 29). Entre os S. ostensivos, os mais perfeitos são os *universais* da primeira figura, nos quais é possível integrar todas as outras formas de S. (*Ibid.*, I, 7, 29 b 1). Finalmente, do S. *dedutivo* distingue-se o S. *indutivo* ou *indução* (*Ibid.*, I, 23, 68b 15). Por outro lado, não são espécies de S. aquilo que Aristóteles chama de S. *geométrico*, *médico*, *político* (*Top.*, I, 9, 170 a 32) *eprático* (*Et. nic.*, VI, 12, 1044 a 3D. que se distinguem entre si apenas pelo conteúdo dos princípios a que se referem, e não pela forma lógica. A rigor, tampouco são espécies de S. os S. compostos, como o *epiquírema* ou o *sorites*; ou truncatlos, como o *entimema*: sobre cada um deles, v. os verbetes correspondentes (ABBAGNANO, 2007, p. 907-908).

<sup>209</sup> ALEXY, 2008, p. 117.

<sup>210</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p.43.

<sup>211</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p.44.

Portanto, o conceito de ato administrativo surgiu como garantia para a Administração e posteriormente passou a funcionar como garantia aos administrados. Surge uma construção doutrinária do direito objetivo e subjetivo do particular frente ao Poder Público.

Pascoal Dias Pereira da Silva afirma que, neste momento, ocorreu a busca do cidadão, através de processos, pelo seu direito pessoal que necessariamente teria de ter como pano de fundo o interesse público. Para resolver esta celeuma o autor cita Otto Mayer, dizendo que se inicia um projeto de rejeição à noção de direito subjetivo, considerando que este nada mais é do que “poder de vontade, conferido ao sujeito para seu benefício, delimitando a sua vontade relativamente aos poderes dos outros sujeitos”.<sup>212</sup>

Com este tipo de evolução doutrinária, um novo modelo de Estado começou a surgir nos últimos anos do século XIX, se consolidando no século XX, sendo este modelo o Estado Social. O Estado social faz com que o papel do Estado aumente muito, especialmente por conta da prestação dos serviços públicos, quer seja diretamente por ele ou por particulares em seu nome, por sua conta e risco.

A consagração constitucional do Estado Social de certa maneira vem reinterpretar a concepção moderna do Estado liberal que é calcado em bases individualistas<sup>213</sup>. O ato administrativo como mecanismo de atuação é um esquema de contenção do Estado que faz uso do Poder de Polícia e da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

#### **4.4. A continuada crise do ato administrativo no Estado Social de Direito**

Nos dias de hoje a atuação da Administração Pública prestadora se desenvolve através de regulamentos, planos, atos administrativos, atividade informal, atividades diretivas, instruções, atuação contratual, atividade técnica, numa nova vertente de ação administrativa no quadro de uma Administração prestadora interveniente.

Com isto, a mudança principal ocorreu na função do *ato administrativo*, centro da dogmática jurídico-administrativa clássica. Como sabido, a formação deste modelo de *ato administrativo* clássico teve como seu paradigma o modelo da Administração liberal ou agressiva, “em que ele surgia como manifestação do poder público num caso concreto”.<sup>214</sup> Desta forma é que o *ato administrativo* foi primordialmente conceituado no período da administração pública agressiva e só posteriormente trazido para a Administração prestadora.

<sup>212</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p.53.

<sup>213</sup> BONAVIDES, 2009, p. 203.

<sup>214</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 99.

A função que mudou no conceito de *ato administrativo* é de que ele deixou de ser apenas um instrumento de determinação autoritária do Estado e passou a ser a forma de persecução de interesses públicos através da satisfação de interesses dos administrados.

Estes interesses sempre de forma favorável aos particulares, ou constitutivos de direitos a eles, reconhecidos pela Administração Pública. Por via de consequência, acabou ocorrendo o nascimento de problemas jurídicos novos colocados por estes atos da Administração prestadora.

Diferentemente da Administração agressiva, a Administração prestadora é muito mais flexível e diversificadora na sua forma de atuar frente ao administrado, alterando muitas vezes o uso de meios autoritários por outras formas de agir mais consensuais.

No Brasil, desde os anos cinquenta, especialmente também em meados dos anos noventa, o fenômeno da privatização, contratualização e terceirização ganharam força, tornando-se a principal forma de fuga do ato administrativo. Esta é a chamada por Fritz Fleiner de “fuga para o Direito Privado”.

Os meios jurídicos privados citados são utilizados de forma a estruturar a organização administrativa e também para regular as atividades desenvolvidas pela autoridade. Notamos que existem estruturas privadas no setor de telefonia e energia elétrica, bem como agências reguladoras destas formas de se prestar serviços (atividades das autoridades).

Como consequência, houve o crescimento do aparelho administrativo burocrático, com a criação de entidades de caráter público que atuam nos moldes do direito privado.

Esta busca por novas formas de prestar serviços públicos pode ter como objetivo a maior eficácia na realização dos serviços ou a busca pela fiscalização / controle da prestação e não a prestação propriamente dita.

No entanto, independentemente do objetivo, esta administração prestadora já se tornou fato. Fato tão patente que para o setor privado hoje o Estado acabou se tornando o maior cliente.

Na lição de Pascoal Dias Pereira da Silva, citando Mário Nigro, a contratualização com a Administração Pública se tornou muito frequente, depois de muita resistência, e chegamos a ponto de não só entendermos que estes acordos são admissíveis de serem praticados, tendo como único limite a eventual necessidade de retratabilidade por parte da

Administração Pública.<sup>215</sup> A contratualização para fins públicos ocorre não só entre a Administração Pública e o particular, mas também entre as próprias autoridades administrativas.

A Administração Pública autoritária recuou mais uma vez ao manifestar a possibilidade de tecnicização da atividade administrativa. Pascoal Dias Pereira da Silva ressalta que “estamos, pois, perante uma transformação radical da actividade administrativa que deixou de ser o domínio da pura ‘escolha’, ou da discricionariedade, para passar a ser cada vez mais o universo da técnica”.<sup>216</sup>

Esta nova administração técnica visa afastar o aparente autoritarismo na administração e suas falhas, passando a ser uma gestão, ou simples administração técnica com uma qualidade superior. A título de exemplo, seria como tentar diminuir a diferença existente entre a atuação de um médico de uma clínica particular e um médico que atende pelo sistema de saúde pública.

Por uma razão lógica a atividade de professores, médicos, engenheiros, técnicos em informática, condutores de viaturas públicas, policiais, não se pautam por critérios estritamente jurídicos, nem se ligam a funções primordiais de autoridade na direção e condução social, sendo a visão pura da atuação técnica que a Administração Pública prestadora passou a exercer.

A partir do momento em que a técnica sobressai na prestação de serviços a discricionariedade perde força sob o ponto de vista de controle jurisdicional da Administração. Agora a Administração Pública utiliza meios técnicos para também controlar os administrados.

Como resultado de todas estas transformações de atuação da Administração Pública apontadas temos a perda da exclusividade, ou de monopólio, do *ato administrativo* perante as relações administrativas.

Pascoal Dias Pereira da Silva diz que:

Está-se, pois, perante uma crise do acto administrativo, a qual não resulta apenas da proliferação de novas, e muito frequentes, formas de actuação distintas, mas decorre também de se ter passado a considerar a decisão final da Administração apenas como ‘um momento’ da actuação administrativa, que tem de ser entendida em

---

<sup>215</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 105.

<sup>216</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 107 e 108.



função daquilo que a precede, assim como das ligações jurídicas a que dá origem, ou de que é o resultado, e não como uma realidade isolada, final e perfeita.<sup>217</sup>

Chegamos ao problema da dogmática do ato administrativo a ser desenvolvido neste trabalho. Autores como Jean Rivero e Forsthoff deram a sua contribuição para a solução deste dilema da forma de atuação da Administração Pública.

Pascoal Dias Pereira da Silva cita Forsthoff:

... o Estado de Direito, e conseqüentemente o sistema de Direito Administrativo orientado para a garantia da liberdade através da lei, com a sua aparelhagem conceptual específica, é incongruente com esta Administração promotora de bem-estar, uma vez que a sua configuração pressupõe precisamente a eliminação da promoção do bem-estar.<sup>218</sup>

Esta é a incongruência do ato administrativo como “eixo central” da Administração Pública nos dias atuais, nascida do resultado das transformações ocorridas ao nível de administração agressiva a prestadora e constitutiva.

Nesse andar, seguem alguns apontamentos acerca das possíveis soluções do dilema do “eixo central” do direito administrativo. Em um Estado pós-social o surgimento de novas infra-estruturas, com todas as transformações inerentes, potencializou a tendência da maior complexidade das formas de atuar das autoridades administrativas, tendo como consequência o re-equacionamento do papel a ser desempenhado pelo *ato administrativo*. Como já apontado, surgem inclusive novas questões jurídicas, como a da eficácia da relação dos atos administrativos frente a terceiros, a do nascimento das decisões de plano pela administração ou a do surgimento da atuação administrativa informal.

Pascoal Dias Pereira da Silva analisa a evolução da forma de administrar da seguinte maneira:

Tal como à Administração agressiva correspondia o conceito de acto desfavorável e à Administração prestadora a noção de acto favorável, a Administração prospectiva vai ficar associada ao acto administrativo com eficácia em relação a terceiros. Característico é, portanto, o surgimento de actos cujos efeitos não se limitam a atingir um indivíduo numa situação concreta, mas que se repercutem também na esfera jurídica de outros privados, e que são uma consequência das <<relações complexas>> do <<Estado planificador e dirigente da actualidade>>.<sup>219</sup>

Portanto, o *ato administrativo* mostra-se frágil, insuficiente para explicar a existência destes novos direitos e novos deveres dos administrados.

<sup>217</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 109 e 110.

<sup>218</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p.110.

<sup>219</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 136.

De acordo com o autor citado:

Daí a necessidade de não considerar isoladamente o acto administrativo, nem de reduzir a ele a ligação entre a Administração e os privados, mas sim de entender a decisão como um momento de uma relação jurídica, que se mantém para além da prática do acto e que, em muitos casos, é mesmo anterior a ela. Específico do acto com eficácia em relação a terceiros é o facto de ele se inserir no quadro de uma relação jurídica multilateral (e não apenas bilateral), que tem como sujeitos as autoridades administrativas, os destinatários do acto e os terceiros por ele afectados.<sup>220</sup>

A relação *administrado – Estado* perdeu o carácter de submissão, passando a relações bilaterais entre si, podendo embrenhar inclusive com um terceiro (relação trilateral. Ex. um beneficiário da morte do pai).

Chegando a este ponto de diagnóstico, creio que este dilema tem uma solução. Neste momento, na doutrina da Europa existem diferentes formas de tentar fixar um novo conceito central para o direito administrativo.

Ademais, o Estado social deixa de se preocupar somente com o domínio político e desponta para uma nova vocação, vocação esta da economia e do social.

Ressalta Jean Rivero, em citação de Pascoal Dias Pereira da Silva, que “mais decisivo ainda do que a extensão das tarefas tradicionais é a aparição de tarefas inteiramente novas: é todo o desenvolvimento dos serviços económicos e sociais, é também a proliferação de leis e controles em matéria de urbanismo, circulação, protecção do meio-ambiente”.<sup>221</sup>

De certa forma, com o advento deste novo modelo não há como negar uma maior situação de dependência ou no mínimo de aproximação entre a Administração e o administrado, causando uma maior insegurança quanto aos direitos que lhes inerentes. A solução reside na colaboração recíproca visando sempre refutar a ideia de entidades contrapostas.

Consequência desta nova política é o crescimento do Estado, ou seja, o crescimento do seu aparelho administrativo, transformando-se no “maior dos patrões”.

Outra mudança que fica clara é a necessidade no campo jurídico de que “aos indivíduos devem agora ser reconhecidos direitos subjectivos também perante a

<sup>220</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 137.

<sup>221</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 31.

Administração Pública, e não somente direitos de carácter político ou do domínio das relações inter-privadas”.<sup>222</sup>

Mais importante para o entendimento da necessidade de mudança de paradigmas no direito atual é a seguinte posição, expressada por Pascoal Dias Pereira da Silva:

Seja em que domínio for, os princípios político-jurídicos do Estado social implicam o reconhecimento de posições jurídicas individuais de vantagem. O particular coloca-se, em face da Administração, como sujeito de direito perante o outro, estabelecendo, de igual para igual, uma *relação jurídica*. Está-se, pois, perante um << novo entendimento das relações indivíduo / Estado decorrente das opções constitucionais democráticas >>.<sup>223</sup> (*grifo nosso*)

Deste modo, os direitos subjetivos do administrado podem ser entendidos como uma *relação jurídica* imediata com a Administração, sendo que a Administração Pública passa a ser uma prestadora e constitutiva de atividades ao particular. Quanto aos direitos subjetivos dos particulares, estes estão previstos na Constituição Federal, ou através de uma Lei, ou de um regulamento, de contrato ou de um ato administrativo.

E justamente no que tange a esta vinculação das normas para esta atuação é que se desenvolve uma necessidade de parâmetros para a atuação desta nova Administração Pública.

Criam-se “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”<sup>224</sup>, esta consiste na chamada teoria do órgão.

Estes órgãos desenvolvem uma necessidade generalizada de admitir relações jurídicas inter orgânicas, que advém do carácter jurídico das atividades internas consagradas por seus agentes.

A jurisdicionalização do contencioso administrativo faz parte deste emaranhado de ideias, culminando numa evolução história e política de fiscalização dos atos da administração.

Todas estas mudanças na forma de atuação do Estado introduzidas pela Administração prestadora são de uma importância decisiva para a transformação da dogmática existente até aquele momento da teoria do *ato administrativo*, como veremos a seguir.

<sup>222</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 78.

<sup>223</sup> PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 78.

<sup>224</sup> MEIRELLES, 2009, p. 62.

#### **4.5. As novas relações jurídicas do Poder Público e a sociedade civil**

As novas relações jurídicas do Poder Público e a sociedade civil estão intimamente ligadas a situações como intervenção do Estado na propriedade privada, atuação dos agentes públicos investidos de funções no aparelho burocrático estatal, da delegação para particulares prestarem serviços em nome do Estado, pelas relações contratuais de pessoas privadas com Poder Público, no uso pelo particular de um serviço público ou como beneficiário pelo direito ao uso especial de bem público.

Todas essas relações têm fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado. No entanto, o ordenamento jurídico de todo Estado possui como elemento os direitos fundamentais, tratados no item “3.3”, anteriormente.

As relações jurídicas entre o Poder Público e a sociedade civil devem obediência aos direitos fundamentais individuais e coletivos que são fundamentais por possuírem elementos essenciais do ordenamento jurídico.<sup>225</sup>

O foco que será dado no próximo capítulo será o da atuação através da ordenação da Administração Pública.

---

<sup>225</sup> ALEXY, 2008, p. 55.

## 5. Administração Ordenadora

A proposta da doutrina que trata do assunto concernente à Administração Ordenadora é uma ruptura com alguns dogmas do Direito Administrativo, numa linha de proteção ao interesse público escudado nos princípios do direito público, especialmente no princípio da legalidade.

Como se está tratando de princípio da legalidade, o controle judicial é necessário vez que nem sempre a Administração Pública lança mão da autotutela para rever seus próprios atos, ainda que tenha sido provocada para tanto. A edição de atos administrativos costuma estar calcada na supremacia do interesse público que tem como ferramenta de execução o *poder de policia administrativo*.

Num conceito clássico, Carvalho Filho, citando Marcelo Caetano, afirma que *poder de polícia* “é o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei prevenir”.<sup>226</sup>

Nas palavras de Sunfeld o Direito Administrativo Ordenador se contrapõe ao Poder de Polícia, vez que este visa controlar a sociedade, ordenando e coagindo; a consagração constitucional dos direitos do indivíduo resultou em severa restrição à interferência estatal<sup>227</sup>. Sunfeld conceitua:

Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio.<sup>228</sup>

Daí a importância da referência de Mazzilli citando Robert G. Ingersoll no sentido de que “renunciar a própria individualidade equivale a aniquilar a si próprio. A escravidão intelectual é sinônimo da morte intelectual e cada homem que renunciou a própria liberdade intelectual não é outra coisa que o caixão vivente de um espírito falecido”.<sup>229</sup>

Desta feita, pode-se alertar que a Administração Ordenadora não se confunde com a regulamentação legislativa dos direitos e deveres, visto envolver o exercício de *função*

<sup>226</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 77.

<sup>227</sup> SUNDFELD, 2003, p. 9.

<sup>228</sup> SUNDFELD, 2003, p. 20.

<sup>229</sup> MAZZILLI, 2010, p. 14.

*administrativa*, bem como pela mesma circunstância, difere da decisão de conflitos pelo Poder Judiciário.<sup>230</sup>

O Direito Administrativo Ordenador sustenta a atuação administrativa ordenadora, regulando a atividade do particular no campo de atuação privado, num contexto social de interesse coletivo.

Observa-se que no tocante às relações entre entidades públicas, num primeiro momento, não seria possível por se tratar de entidades isonômicas e que não possuem hierarquia. Mas, por vezes não se trata de supremacia de uma entidade política sobre outra pessoa estatal, mas sim de mera *projeção* da autoridade que exerce em relação aos interessados privados. Sundfeld sustenta que entre dois entes públicos, como por exemplo quando um dos entes da federação está agindo de maneira equiparada a um particular, como no caso de uma construção de um prédio simples para instalação de repartições públicas. Nesse andar, numa suposição de uma edificação do Estado de São Paulo, deve-se obedecer aos ditames legais municipais para a edificação, tal como uma viatura pública deve obedecer às leis de trânsito<sup>231</sup>.

Sundfeld acrescenta que embora as vias públicas e outros espaços de uso comum do povo (como praças, mares, praias e rios) estejam classificados entre os bens públicos, a regulamentação de sua utilização ordinária por particulares é matéria de administração ordenadora. O uso desses espaços comuns está essencialmente ligado à liberdade (de ir e vir, de reunião etc.). Destaca, ainda, aplicabilidade da administração ordenadora criada por ato administrativo; situação jurídica ativa típica da vida privada, mencionando o direito de realizar atividade em geral proibida e citando como exemplo a autorização de porte de arma ou atribuição de *status jurídico* (cidadania, personalidade jurídica).

De outra banda destaca a regulação administrativa do exercício dos direitos e cita como exemplo: limitações administrativas (exigência do recuo de certo número de metros impostas por lei municipal), vedação de exploração de determinadas atividades comerciais em zonas residenciais urbanas. Assim, nestes casos o administrado suporta a Regulação.<sup>232</sup> E afirma que nos casos dos sacrifícios de direitos estes causam extinção ou restrição, mencionando como exemplo tombamento de obra de arte e da maioria dos tombamentos de prédios.

---

<sup>230</sup> SUNDFELD, 2003, p. 20.

<sup>231</sup> SUNDFELD, 2003, p. 22-23.

<sup>232</sup> SUNDFELD, 2003, p. 27.

Repisa-se que o Direito Administrativo Ordenador sustenta a atuação administrativa ordenadora, regulando a atividade do particular no campo de atuação privado, num contexto social de interesse coletivo.

### 5.1. Administração Ordenadora e o princípio da legalidade

O princípio mais relevante do Direito Administrativo é o da legalidade, o qual deve sempre está pautado no interesse público e sua supremacia, determinando que o agente público e gestores públicos façam o que a lei determina ou permite, gerando, assim, a ideia da legalidade estrita.

Nos dizeres de Paulo Gustavo Gonet Branco, a função legislativa é a edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Legislativo.<sup>233</sup> Dessa função legislativa decorrem as inovações jurídicas que devem ser obedecidas pelos membros da sociedade e pelo próprio Estado.

O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expressou que: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

De ressaltar que Comparato citando Duquesnoy:

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.<sup>234</sup>

Administrar indica gerir, zelar, enfim uma ação dinâmica de supervisão. O adjetivo *pública* pode significar não só algo ligado ao Poder Público, como também à coletividade ou ao público em geral<sup>235</sup>.

Meirelles diz que o ato administrativo é manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, significando que o ato administrativo traduz o comando legal.<sup>236</sup> Desta feita, *administrar* em sentido objetivo é consolidar o quanto previsto na Constituição e

<sup>233</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 935.

<sup>234</sup> COMPARATO, 2013, p. 146.

<sup>235</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 11.

<sup>236</sup> MEIRELLES, 2009, p. 152.

legislação de regência, realizando concretamente a vontade coletiva. Daí dizer que os cidadãos e o Estado se submetem à legislação, tendo o ato administrativo como o principal mecanismo de atuação com base e condição de validade a lei.

Mesmo na supremacia do interesse público há previsão legal para atuação administrativa neste sentido. O mesmo ocorre por conta da discricionariedade, pois os atos que possuam elementos discricionários também o são por conta de obediência ao princípio da legalidade estrita.

O alargamento do princípio da legalidade, termo utilizado por Di Pietro, caminha na esteira do entendimento de que a legalidade abarca os demais princípios do Direito Administrativo, vez que sustenta desde a supremacia do interesse público até o princípio da boa-fé e segurança jurídica.

No entendimento da autora:

Alargamento do princípio da legalidade, pela adoção de princípios do Estado Democrático de Direito, trazendo como consequência a maior limitação à discricionariedade administrativa (em decorrência da submissão da Administração Pública a princípios e valores) e a ampliação do controle judicial.<sup>237</sup>

Na referência de Sundfeld inexistente poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que ela não concede expressamente nega-lhe implicitamente<sup>238</sup>. E continua o raciocínio afirmando que a ligação da Administração Pública com a lei é, portanto, extensa e inafastável, podendo ser resumida como segue: a) seus atos não podem contrariar, implícita ou explicitamente, a letra, o espírito ou a finalidade da lei; b) a Administração não pode agir quando a lei não autorize expressamente, pelo que nada pode exigir ou vedar aos particulares que não esteja previamente imposto nela.

Sundfeld faz a seguinte análise:

A análise das implicações desse princípio pode e deve ser feita sob vários enfoques distintos: no que respeita à criação e organização de órgãos e pessoas administrativas, à atividade interna da Administração, ao seu relacionamento com os particulares. Em cada um, a aplicação do princípio de legalidade apresenta peculiaridades e graus diversos.

Mesmo nas relações entre a Administração e os particulares, o conteúdo do princípio é distinto, quer se trate de relações jurídicas em que este mantenha vínculo especial com aquela, quer se trate de relações jurídicas decorrentes apenas de autoridade genérica do Estado (administração ordenadora).<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> DI PIETRO, 2014, p. 29.

<sup>238</sup> SUNDFELD, 2003, p. 29.

<sup>239</sup> SUNDFELD, 2003, p. 30.



As normas jurídicas que ordenam a sociedade devem ser pautadas nos princípios do Direito Administrativo no intuito de atender ao interesse público, vez que a Administração ordenadora é parcela da função administrativa para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, comportamentos dos particulares no campo das atividades privadas.<sup>240</sup>

## **5.2. Constituição de direitos privados por ato administrativo**

Nas palavras de Barroso em obra de Martins, “o direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado”.<sup>241</sup> Esse movimento reflete diretamente nas novas relações entre Estado e Sociedade, inclusive na constituição de direitos privados por atuação administrativa.

Nos dizeres de Sundfeld, a proteção dos direitos humanos existe pelo fato das pessoas viverem em sociedade, visto que a vida social é o conjunto das ações desenvolvidas na sociedade – formada pela soma de dois setores, delimitados pela Constituição: o estatal e o privado<sup>242</sup>.

A civilização capitalista tem inerente a ela a busca de interesses individuais, quase numa racionalização do que é ser humano egoísta, visto que os interesses privados, para as pessoas, são, por vezes, mais importantes do que o interesse coletivo ou público.

A interferência da Administração Pública no campo privado existe em três modalidades distintas para Sundfeld:

A interferência da Administração Pública no campo privado existe em três modalidades distintas: a) através de estímulos à iniciativa privada, para induzi-la em certa direção; b) quando assume atividade dos particulares, passando a atuar em substituição a eles; c) pela ordenação de seu comportamento, através de comando cogentes, derivados do poder de autoridade (administração ordenadora).<sup>243</sup>

Quanto ao fomento estatal na vida privada consiste na concessão de benefícios aos particulares, de modo a induzir suas ações em certo sentido. Quem não se dispõe a adotar o comportamento pretendido não é sancionado; apenas deixa de usufruir o benéfico que teria, em caso contrário.<sup>244</sup> Faz parte do contexto do Estado Social que, em verdade, traz um pensamento de igualdade vinculado a uma noção de justiça numa combinação de elementos

---

<sup>240</sup> SUNDFELD, 2003, p. 20.

<sup>241</sup> MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2010, p. 36.

<sup>242</sup> SUNDFELD, 2003, p. 21.

<sup>243</sup> SUNDFELD, 2003, p. 25.

<sup>244</sup> SUNDFELD, 2003, p. 25.

doutrinários, ideológicos e utópicos cujas raízes ou nascentes remontam a pensadores do quilate de Platão, Rousseau, de Aristóteles e Althusius, de Tomás Morus e Saint-Simon, de Santo Tomas de Aquino e Proudhon, de Carlos Marx e Haroldo Laski.<sup>245</sup>

No que tange à exploração estatal de atividade particular, existe no artigo 173 da Constituição de 1988, a autorização da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, a qual só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, nos termos definidos em lei. A norma contida neste dispositivo tem a intenção de suprir a falta de eventuais comportamentos privados, auxiliando no desenvolvimento econômico.<sup>246</sup>

Tratando de determinação econômica numa análise histórica, Barros afirma:

A determinação econômica é uma lei tendencial. Mas nem por isso traduz mera eventualidade: algo fugaz, aleatório, fortuito. A relação de tendência não é relação casual e incerta, mas causal e determinante, ainda que possa ser excepcionada em casos nos quais o que se verifica é que a exceção confirma a regra. A regra é a determinação econômica. Porém, não automática, mecânica, pois não se trata de determinismo físico.<sup>247</sup>

De outra banda, pela administração ordenadora, ou seja, ordenação de seus comportamentos, através de comandos cogentes, derivados do poder de autoridade. Existe a imposição, através de comandos cogentes, de padrões de comportamento, cuja inobservância gera a aplicação de sanções ou coação.<sup>248</sup>

Como mencionado acima, a legislação de direito público pode conter o comando de aplicação imediata ou depender da edição de atos administrativos.

Nesse andar, o ato administrativo que é a exteriorização da vontade dos agentes públicos ou de seus comissionários ou permissionários de serviço público, acabam que nessa condição, que sob o regime de direito público, produzam regulamentações com efeitos jurídicos que devem atender aos interesses fundamentais difusos e coletivos, bem como ao interesse público primário, num viés de afastamento de um ultrapassado conceito autoritário de poder de polícia, com proximidade de uma administração ordenadora.

### **5.3. Estruturação da efetiva Administração Ordenadora**

---

<sup>245</sup> BONAVIDES, 2012, p. 363.

<sup>246</sup> SUNDFELD, 2003, p. 26.

<sup>247</sup> BARROS, 2008, p. 27.

<sup>248</sup> SUNDFELD, 2003, p. 26.

O direito é dinâmico e as mudanças sociais ao longo do tempo tem proporcionado um campo fértil para a expressão de áreas jurídicas ligadas ao Estado como direitos econômico, ambiental, agrário, urbanístico e sanitário.

Há uma dificuldade incrível nestas recentes áreas do direito público em lidar com uma teoria da ciência do direito administrativo.

Sundfeld assevera que:

De pouco ou nada adiantará o estudioso buscar na teoria do direito administrativo as categorias de que necessita para compreender os limites e exigências das novas funções do Estado. Encontrará uma doutrina que ainda se debate com dificuldades originárias em torno do poder de polícia!<sup>249</sup>

Nessa linha da atuação ampliativa da Administração Pública em diversos ramos do direito é que devemos lançar mão de uma estrutura efetiva da Administração Ordenadora, suprimindo as maiores dificuldades hoje existentes, especialmente na proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Um dos setores da ação administrativa é a *gestão pública*, a qual consiste na aplicação das teorias da administração no gerenciamento das instituições públicas, visando o desenvolvimento de ações do interesse social coletivo.

O administrador público, gestor da coisa pública inalienável, deve ser um planejador e executor. O gestor público administra organizações da Administração Pública direta e indireta nas três esferas de governo, sendo que tais agentes públicos devem estar habilitados para a execução do planejamento e da gestão de políticas públicas, “em sua dupla modalidade: prestação de serviços públicos (isto é, os reservados ao Estado) e de serviços sociais (atribuídos a ele sem caráter de exclusividade, o que elimina a técnica concessional; são os casos de educação e saúde)”.<sup>250</sup>

Sundfeld aponta que os condicionamentos administrativos de direitos diferem dos dispostos no Direito Privado pelo fato de estabelecerem relação jurídica entre a Administração Pública e o titular do direito, enquanto estes definem os termos da relação entre os particulares. E, assevera, ainda, que são identificáveis ao menos quatro distintas competências manejadas pela Administração, sendo elas: a) impor os condicionamentos; b)

---

<sup>249</sup> SUNDFELD, 2003, p. 15.

<sup>250</sup> SUNDFELD, 2003, P. 16.

fiscalizar; c) reprimir a inobservância dos condicionamentos, em especial sancionando as infrações; d) executar.<sup>251</sup>

Na imposição de condicionamentos, como acontece via de regra, na legislação de direito público, a lei aprovada já pode conter o comando de aplicação imediata ou depender da edição de atos administrativos. Podemos imaginar o condicionamento de aplicação imediata como o limite administrativo de edificar numa determinada região da cidade acima de um determinado número de pavimentos, vez que se trata de área próxima a um aeroporto. Quando carece de ato administrativo, “estes só atingirão os particulares após a decisão administrativa, que, em consequência, será constitutiva. Cite-se, na Lei 6.766/79, o art. 5º: ‘O Poder Público competente poderá complementarmente exigir, em cada loteamento, a reserva de área *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos’”.<sup>252</sup>

Quanto ao controle exercido pela Administração Pública frente ao particular, na fiscalização, verificação permanente de regularidade do exercício de direitos pelos particulares, este decorre de previsão legal, com competência administrativa para impor condicionamentos ou reprimir a infração praticada.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, houve um julgamento a respeito de matéria tributária acerca da fiscalização, mas que nos traz um conceito de efetividade de atuação de fiscal do Estado, conforme segue:

APELAÇÃO CÍVEL. SÃO GABRIEL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA. 1. Se se trata de taxa de fiscalização, não se trata de um serviço que o Município põe à disposição do público em geral para fins de uso efetivo ou potencial, ou para que o cidadão faça uso a seu favor. Bem ao invés, quem usa a fiscalização é o próprio Município contra o cidadão, ainda que, inegavelmente, o faça objetivando o bem comum. Por isso, se a taxa é de fiscalização, o exercício do poder de polícia administrativa deve ser necessariamente **efetivo**. Não existe fiscalização **potencial** ou **ficta**. A taxa só pode ser cobrada por serviço efetivamente prestado. Não basta o Município, para fins de cobrança, criar Órgão administrativo para tal fim, mas inoperante, preenchendo requisito apenas de existência formal. Nesse sentido, a correta compreensão do art. 145, II, da CF, e do art. 77 do CTN. A primeira parte fala em **exercício** do poder de polícia; a segunda, em **utilização** de serviços públicos, de modo efetivo ou potencial, pelo contribuinte.<sup>253</sup>

Desse julgado, depuramos que há necessidade de fiscalização efetiva. Paralelamente cabe ao administrado suportar as verificações realizadas pelo Estado.

<sup>251</sup> SUNDFELD, 2003, p.73.

<sup>252</sup> SUNDFELD, 2003, p. 74.

<sup>253</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70040412124 Desembargadora Irineu Mariani. Diário da Justiça 26/maio/2011. Disponível em: 26/mai/2011. Acesso em 24/set/2014.

A Constituição de 1988 trata que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inciso X), bem como menciona ser a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo exceções ou por determinação judicial (art. 5º, inciso XI). Também encontramos no inciso XII a previsão de que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo exceções legalmente previstas.

Trata-se de direitos fundamentais que a Administração Pública deve zelar. Ao mesmo tempo, ainda falando dos direitos fundamentais, estes também são regulamentados mediante limites impostos pelo Poder Público, veja o exemplo do dispositivo constitucional do inciso XVI do artigo 5º, no qual se diz que todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Nessa mesma linha de atuação, a Administração possui competência para reprimir, numa linha repressiva embora não sancionadora, cuja finalidade é exigir formalmente a eliminação da violação produzida. Sundfeld assevera que “verificado o descumprimento da lei pelo titular do direito, a Administração Pública pratica ato determinando-lhe a correção da irregularidade. É o que chamamos de ordem”.<sup>254</sup>

Ao escrever acerca da exigibilidade ou imperatividade, Di Pietro afirma que “imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância” e acentua que tal atributo existe apenas naqueles atos administrativos que impõe obrigações.<sup>255</sup>

Têm-se, ainda, análise quanto à competência de execução. A Administração Pública, pode, eventualmente, ser munida pela legislação, da faculdade de executar materialmente seus atos para que os particulares obedeçam. Sundfeld trata que “os atos da administração ordenadora ligados aos condicionamentos de direitos frequentemente admitem a execução administrativa”.<sup>256</sup>

A execução está ligada ao atributo do ato administrativo, qual seja, da autoexecutoriedade. A autoexecutoriedade consiste no atributo pelo qual o ato administrativo

---

<sup>254</sup> SUNDFELD, 2003, p. 77.

<sup>255</sup> DI PIETRO, 2014, p. 209.

<sup>256</sup> SUNDFELD, 2003, P. 82.

pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.<sup>257</sup> A autoexecutoriedade não é atributo de todo e qualquer ato administrativo, derivando sempre de autorização, explícita ou implícita, da norma geral.<sup>258</sup>

Nessa atuação administrativa executiva o Poder Público deve sempre zelar pela razoabilidade e proporcionalidade nas decisões. Razoabilidade, nos dizeres de Carvalho Filho “é a qualidade do que é *razoável*, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não ser para os outros”.<sup>259</sup> Trata-se da aceitabilidade da decisão na execução administrativa. A proporcionalidade como princípio se assemelha à razoabilidade, mas com o adendo de que deve ser observado se não ocorreu *excesso de poder* no fim destinado pelo ato estatal.

#### **5.4. A Administração Ordenadora e os direitos fundamentais individuais e coletivos**

Uma estruturação efetiva da Administração ordenadora deve se pautar pela consagração constitucional dos direitos dos indivíduos, mediante mecanismos administrativos de restrições aos abusos de poder de polícia administrativo, num caminho que aponte para uma Administração Ordenadora com base no Direito Administrativo Ordenador.

Uma vez positivados os direitos fundamentais estão sujeitos à interpretação de sua expressão, tudo na busca pela Justiça. Reale afirma que “cada época histórica tem a sua imagem ou a sua ideia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo”<sup>260</sup>.

As discussões acerca de Justiça e a proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos estão intimamente ligadas, vez que numa civilização capitalista, direitos individuais se tornam razão maior para a vida das pessoas, havendo um distanciamento social da realidade da convivência em sociedade, o que não deveria ocorrer.

Direitos individuais e coletivos são igualmente importantes no seu resguardo e o Poder Público tem papel essencial, mas numa atuação administrativa contemporânea. Como bem atenta Comparato ao tratar dos fundamentos dos direitos humanos: “é preciso começar

<sup>257</sup> DI PIETRO, 2014, p. 209.

<sup>258</sup> SUNDFELD, 2003, P. 83.

<sup>259</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 40.

<sup>260</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.375.

por estabelecer uma distinção básica, que o positivismo jurídico tende a pôr na sombra: a distinção entre a razão e o fundamento de validade das normas de direito, de um lado, e a sua efetiva obediência no meio social do outro”.<sup>261</sup>

Nesse andar, os direitos são reconhecidos e garantidos pelo Estado, por força constitucional ou infraconstitucional, sejam eles fundamentais individuais ou coletivos, sendo que tais direitos possuem limites.

Na lição de Sundfeld, “os direitos são atingidos por duas espécies de atos estatais, cuja distinção é radical e importante: de um lado, os que condicionam o direito, de outro, os que sacrificam-no” e complementa:

Os direitos dos particulares são produto do Ordenamento; não o precedem nem existem fora dele. Por isso, é normal que os atos estatais definam seu conteúdo, ditando as condições de seu regular exercício. Os dos condicionamentos são a definição do campo legítimo de expressão do direito.

De outra parte, os direitos podem, em certas situações, ser sacrificado, total ou parcialmente. Tratando-se da diminuição de algo atribuído pela ordem jurídica aos indivíduos, é compreensível que o sacrifício seja cercado de garantias especiais e propicie uma compensação<sup>262</sup>.

Nessa linha a doutrina tradicionalista do direito administrativo trabalha com o citado poder de polícia quando num viés do Direito Administrativo Ordenador se deve trilhar um conhecimento de ambos os lados da relação jurídica que essa específica atividade administrativa enseja<sup>263</sup>.

Recapitulando que o Poder de Polícia inclui qualquer limitação estatal à liberdade privada, sejam elas de caráter administrativas ou legislativas, vez que seguem os ditames do disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional<sup>264</sup>, sendo considerado “uma prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor de interesse da coletividade”<sup>265</sup>.

Os condicionamentos que o Poder Público impõe aos administrados mediante mecanismos de controle seja no direito privado, como uma relação de sossego entre vizinhos ao dizer que o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso

<sup>261</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

<sup>262</sup> SUNDFELD, 2003, p. 53.

<sup>263</sup> SUNDFELD, 2003, p. 54.

<sup>264</sup> Art. 78 - Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

<sup>265</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 77.

da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam (art. 554 do CC), seja no direito público como a imposição de limitações administrativas propriamente ditas.

Não cabe pretender distinguir os condicionamento administrativos dos condicionamentos de Direito Privado por alguma característica íntima do interesse que visam realizar. Os condicionamentos administrativos protegem interesses públicos – daí caber à Administração atuar – e os condicionamentos de Direito Privado tutelam interesses privados – razão porque só os particulares beneficiados estão autorizados a exigir seu cumprimento. Mas, o que caracteriza um condicionamento como vinculado ao interesse público não é qualquer característica própria dele, sacada de fora do Direito, e sim o fato de à Administração ter sido prevista atuação a ele vinculada, instrumentada com poderes de autoridade pública. Isso explica como um condicionamento de Direito Privado é suscetível de, sem se alterar em substância (isto é, quanto à situação de desvantagem a que submete o titular do direito), ser transformado por lei nova em condicionamento administrativo, tome-se como exemplo o art. 554 do Código Civil. Caso lei municipal venha a conferir à Administração competência para fiscalizar o respeito ao sossego dos vizinhos, o condicionamento se tornará administrativo.<sup>266</sup>

Desta forma, os condicionamentos administrativos definem as condições de exercício regular dos direitos. Não diminuem sua extensão, apenas a delimitam. Nisso reside sua diferença aos sacrifícios.

Aliás, essa diferenciação está no regime dos condicionamentos e dos sacrifícios, conforme alguns critérios. Sacrifícios de direitos não se confundem com lesão de direito embora ambos abriguem eventuais ressarcimentos a prejuízos. Os sacrifícios são pautados na legalidade e por imposição estatal.

O primeiro critério é a transferência patrimonial, visto que haverá o deslocamento das mãos do titular original para as de outra pessoa, mas não quando permanece no seu patrimônio, como no caso da desapropriação de terreno para construção de obra pública. Na visão de Sundfeld tal critério é bisonho, uma vez que deriva da ideia anacrônica segundo a qual só existe expropriação em caso de aquisição pelo Estado. Exemplifica afirmando que no *frisson* ecológico, o Estado não tem resistido à tentação de buscar uma solução fácil e tem criado “parques nacionais”, satisfazendo a opinião pública, e os cuidados da área fica por conta do proprietário, caracterizando uma expropriação disfarçada.<sup>267</sup>

Outro critério apontado como diferenciador entre condicionamentos e sacrifício é o do veículo de instituição do gravame, ou seja, lei e ato administrativo ou judicial. No entender de Sundfeld, há impossibilidade de dar tratamento diferenciado a estas hipóteses já

---

<sup>266</sup> SUNDFELD, 2003, p. 55.

<sup>267</sup> SUNDFELD, 2003, p. 90-91.



que os efeitos sobre o patrimônio privado é o mesmo. Ademais, o critério deixa sem resposta problema fundamental: o de saber até onde a lei pode ir na constrição da esfera privada sem ultrapassar a linha do sacrifício, que lhe é interdita.<sup>268</sup>

Um terceiro critério é o da generalidade ou singularidade da medida. Tal critério não deve ser abandonado, mas possui suas limitações. Segundo ele, os gravames decorrentes do ato geral e abstrato seriam condicionamentos, os derivados de medidas singulares seriam sacrifícios. Por vezes, mesmo ocorrendo uma aparente generalidade como no caso do tombamento de diversas casas de uma rua, haverá tratamento desigualado, e, portanto, a presença de sacrifício. Outra análise quanto a este critério pode se dar frente ao direito de propriedade, ou seja, quando constitucionalmente previsto o direito de propriedade privada significa que ao mesmo tempo outra pessoa que não o proprietário de dado imóvel não pode fazer uso dele, tornando-se então um sacrifício de direito para este não proprietário do imóvel. Em sentido amplo, utilizar o bem é destina-lo a uma finalidade. E acrescenta que qualquer condicionamento do direito de propriedade tem como limite a viabilidade prática e econômica do emprego da coisa: proibido este, o direito estará totalmente sacrificado.<sup>269</sup>

O último dos critérios apontados é o de que os condicionamentos nem sempre são impostos genericamente, podendo decorrer de ato individualizador. O exemplo é a requisição de imóvel durante o dia da eleição para alocação de seção de votação; o direito é atingido por ato concreto, individualizador, e nem por isso se terá sacrifício. O mesmo se passa com o tombamento de uma obra de arte. Qual razão? Não se pense que o ato não impõe gravame particularizado, por decorrer de lei que o regule abstratamente. Também a servidão de passagem de fios elétricos é constituída com base em lei, que admite para todo e qualquer imóvel e configura indiscutivelmente num sacrifício de direito.<sup>270</sup>

Todo essa teorização da Administração Ordenadora vem de encontro com a proteção dos direitos fundamentais individuais. Direitos fundamentais possuem diferentes concepções filosóficas como já fora exposto.

Da mesma forma que para os jusnaturalistas os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado, para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para outros como os idealistas são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao

---

<sup>268</sup> SUNDFELD, 2003, p. 91.

<sup>269</sup> SUNDFELD, 2003, p. 92-93.

<sup>270</sup> SUNDFELD. 2003, p. 94.

longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.<sup>271</sup>

Os direitos fundamentais coletivos são aqueles que possuem um grupo de pessoas determináveis, com objeto indivisível e que possuem sua origem numa relação jurídica comum. A tutela dos direitos fundamentais estabelece uma proteção direta às condições da vivência humana na sociedade, sendo uma proteção de direitos constitucionais. Desta feita, surge uma aproximação direta dos direitos coletivos com a noção de direitos fundamentais que tem por base o desenvolvimento das condições da cidadania para determinados grupos de indivíduos, a proteção de um contexto social.

Para Branco, num dos vieses, os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, “são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir das perspectivas do valor da dignidade humana”<sup>272</sup>. Estamos num momento de necessária mudança de paradigma da atuação administrativa, superando o conceito de Poder de Polícia para que numa visão de Direito Administrativo Ordenador se passe controlar a sociedade, ordenando e coagindo; a consagração constitucional dos direitos do indivíduo resultou em severa restrição à interferência estatal<sup>273</sup>.

E, recapitulando o que Sundfeld conceitua, a Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio.<sup>274</sup>

## **5.5. A concepção e abrangência da regulação estatal ordenadora**

A administração estatal ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio.<sup>275</sup> “As pessoas são titulares de direitos, reconhecidos e garantidos pelo Estado, por força da Constituição e das leis, ou mesmo atribuídos por ato administrativo específico”.<sup>276</sup>

---

<sup>271</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 157.

<sup>272</sup> MENDES; BRANCO, 2012, p. 159.

<sup>273</sup> SUNDFELD, 2003, p. 9.

<sup>274</sup> SUNDFELD, 2003, p. 20.

<sup>275</sup> SUNDFELD, 2003, p. 40.

<sup>276</sup> SUNDFELD, 2003, p. 53.

A fixação da concepção e abrangência da regulação estatal ordenadora passa pela análise do poder de autoridade nos atos administrativos que constituem direitos privados, inclusive quando da intervenção do Estado na propriedade privada<sup>277</sup>.

Mas, antes disso, faremos estudo acerca do objeto, limites e controle do poder de polícia administrativa. Remédio citando Meirelles:

O objeto do poder de polícia administrativa “é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou por em risco a segurança nacional, exigindo por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público. A extensão do poder de polícia é bastante grande diante da amplitude de seu objeto”. O poder de polícia administrativo abrange “desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes, até a segurança nacional em particular”.<sup>278</sup>

O benefício resultante do poder de polícia constitui fundamento dessa prerrogativa do Poder Público, o *interesse público*. A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade.<sup>279</sup>

Quanto aos limites, nos dizeres de Carvalho Filho citando Cretella Jr., temos que:

A faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis.<sup>280</sup>

Remédio citando Coelho ressalta que a atuação do poder de polícia “há que respeitar rigorosamente os princípios constitucionais da razoabilidade (racionalidade) e da proporcionalidade (medida), pena de caracterização de abuso ou excesso de poder”.<sup>281</sup>

Medauar citada por Remédio ressalta que constituem limites ao poder de polícia:

- a) direitos fundamentais declarados e assegurados pela CF, que não podem ser suprimidos;
- b) a legalidade dos meios e modos de seu exercício;
- c) as regras de competência, forma, motivo e finalidade de interesse público.<sup>282</sup>

<sup>277</sup> A intervenção na propriedade privada pode ser entendida como “todo ato do Poder Público que, fundado em lei, compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público”, tendo como fundamento a necessidade ou utilidade pública, ou o interesse social, fundamento esse necessariamente expresso em lei (REMÉDIO, 2012, p. 414).

<sup>278</sup> REMÉDIO, 2012, p. 216.

<sup>279</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 84.

<sup>280</sup> CARVALHO FILHO, 2013, p. 87.

<sup>281</sup> REMÉDIO, 2012, p. 216.

<sup>282</sup> REMÉDIO, 2012, p. 217.

Quanto ao *poder de polícia*, por exemplo, existe a licença para construir que libera o exercício de um dos poderes inerentes à propriedade; a autorização para explorar atividade perigosa atribui o direito de atuar em setor normalmente interditado; o registro de marca assegura a exclusividade dela. Na visão de Sundfeld:

... ainda não está perfeitamente claro porque os últimos constituem expressão do poder de autoridade, se os administrados não estão constringidos a requerê-los ou a preencher as condições para sua obtenção. Dirimir a dúvida é essencial, inclusive para justificar a distinção entre administração de fomento e ordenadora.<sup>283</sup>

A concepção da regulação estatal ordenadora está atrelada aos limites do ato administrativo que constituem direitos privados. Quanto à constituição de direitos privados por ato administrativos, Sundfeld aponta:

Os direitos titularizados pelos particulares revestem as mais diferentes modalidades e advêm de inúmeras fontes. Alguns são adquiridos sem intervenção administrativa e seus titulares estão autorizados a exercê-los, desde logo, sem prestar contas à Administração.

A primeira série de casos é a dos direitos *nascidos por outorga direta da Constituição ou da lei*, cujo exercício é imediatamente possível, sem necessidade de manifestação administrativa; direitos como os de expressão do pensamento, de reunião, de comunicação, são exemplos frisantes. Decorrem para todos os indivíduos da mera edição da norma constitucional e são exercitáveis desde logo, sem embargo da possibilidade de as normas legais precisarem ulteriormente seu conteúdo e seus confins, eventualmente instituindo condicionamentos administrativos de direitos.

Há outro grupo de direitos que, embora não surjam da simples edição de norma regulamentadora, também se adquirem sem interferência administrativa. São os *derivados de atos jurídicos privados e fatos jurídicos em geral*: caso dos direitos obrigacionais gerados por contratos (locação, mútuo, seguro, etc.) e dos decorrentes de ato ilícito, propiciando o ressarcimento ao prejudicado.<sup>284</sup>

Sundfeld alerta que há uma vasta gama de direitos cuja constituição ou exercício depende de ato administrativo de outorga, mas exclui desse grupo atos administrativos concessivos, das concessões nos termos da Lei 8.987/95.<sup>285</sup>

Assim, quanto à abrangência da regulação estatal ordenadora podemos afirmar serem elas típicas de atos administrativos negociais, “investem os particulares em situação jurídica ativa cujo conteúdo não é a possibilidade de exigir prestação administrativa, mas sim de exercer certo direito sem perturbação por parte do Estado e de terceiros”<sup>286</sup>.

Pode-se elencar como *atos negociais* aqueles que estejam atrelados nas relações funcionais do agente integrante dos quadros estatais, seja quando o particular é contratado

<sup>283</sup> SUNDFELD, 2003, p. 41.

<sup>284</sup> SUNDFELD, 2003, p. 38.

<sup>285</sup> SUNDFELD, 2003, p. 38-39.

<sup>286</sup> SUNDFELD, 2003, p. 41.

pela Administração ou mesmo quando o particular é beneficiário do uso especial de bem público.

Para a utilização de bens públicos para fins de interesse privado, autorizações e licenças são necessárias em várias atuações.

Desta feita, tal situação encontra eco nas intervenções do Estado na propriedade privada, vez que na limitação administrativa<sup>287</sup> condiciona o exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do interesse público. Exemplos de limitações administrativas citados por Remédio: a exigência de recuo de certo número de metros imposta por lei municipal para construção de prédios urbanos; a vedação por lei municipal de exploração de determinadas atividades comerciais em zonas residenciais urbanas; as restrições ao aproveitamento da vegetação da Mata Atlântica, instituídas pelo Decreto 750/93.<sup>288</sup>

A título de exemplo, podemos mencionar o mesmo acima descrito, qual seja a necessidade de expedição pelo Poder Público de licença para demolição de um edifício ou edificação de uma obra. Na visão de Sundfeld, que se corrobora, não se trata de mero ato declaratório, sendo que “sua expedição pressupõe, decreto, haver o Poder Público constatado que, por atender os requisitos da lei, o proprietário tem o direito de ver deferida a licença (se se quiser: tem o direito de construir); nesse aspecto, o ato é recognitivo de direito”.<sup>289</sup>

Sundfeld adverte que é o que se passa tanto com a licença para construir quanto com outros direitos ampliativos, como os que permitem a importação e a exportação, o funcionamento de casa comercial ou bancária, o porte de arma, a condução de veículos, o corte de árvore, a abertura de instituições particulares de ensino, e assim por diante.<sup>290</sup>

A utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade promove uma visão mais coesa para utilização da regulação estatal ordenadora em substituição, nestes casos, ao *poder de polícia administrativo*. A visão é a melhor interpretação dos direitos particulares face à Administração, por serem esses escudados nos direitos fundamentais.

---

<sup>287</sup> Remédio citando Coelho afirma que “as limitações administrativas ‘constituem uma restrição imposta pelo Poder Público seja à liberdade ou ao patrimônio dos particulares em nome de regular certas situações de fato tidas como relevantes e fundadas no poder de polícia’” (REMÉDIO, 2012, p. 422).

<sup>288</sup> REMÉDIO, 2012, p. 423.

<sup>289</sup> SUNDFELD, 2003, p. 43.

<sup>290</sup> SUNDFELD, 2003, p. 44.

## Conclusões

O presente trabalho teve como proposta inicial levantar a problemática de identificar a necessidade de uma nova regulação estatal ordenadora como instrumento de concretização dos direitos fundamentais na sociedade civil, pautada numa rede de regras e princípios constitucionais vinculantes de forma que supere a ideia de *poder de polícia*, insuficiente para a solução de todos os problemas e também insuficiente para a concretização dos preceitos constitucionais democráticos do Estado moderno.

A mudança do pensamento face ao poder de polícia e mecanismo de produção de função administrativa pela edição de atos administrativos é necessária para corroborar todos os preceitos constitucionais democráticos e proporcionar uma justificação de validade normativa de forma a considerar valores materiais e não meramente formais, proporcionando a concretização do Estado Democrático de Direito, resultado da evolução dos paradigmas meramente liberais e sociais.

A Administração Ordenadora se volta para organizar o *campo privado* de atuação no Estado, disciplinando ações dos indivíduos em seu campo privado.

É imprescindível a regulação das atividades privadas de atuação estatal, na linha de reconsideração dos direitos enquanto valores materiais conquistados ao longo da história, logo, a proposta é pela alteração do sistema regulatório do Direito Público considerando um sistema de regras e princípios, fundamentalmente garantidos no plano normativo constitucional. A Constituição, portanto, passa a ser o núcleo validador e vinculador formal e material de todo o sistema jurídico.

As contingências históricas que formaram o Estado contemporâneo e, entendê-las é primordial para sua exata compreensão; para tanto, foi realizado o resgate da evolução do paradigma liberal para o social até a concepção atual. A função administrativa foi analisada nas perspectivas desses modelos para a exata compreensão da sua função no atual Estado Democrático de Direito enquanto instrumento de efetivação e materialização dos direitos fundamentais individuais e coletivos, através da atuação Estatal efetiva em contraposição à neutralidade liberal, de forma a proporcionar uma melhoria nas relações das pessoas para com o Estado, seja nas relações funcionais do agente integrante dos quadros estatais, seja quando o particular é contratado pela Administração ou mesmo quando o particular é beneficiário do uso especial de bem público, conforme consta na explicação de atos negociais exposta no item 5.5.

Desta feita, a regulamentação estatal ordenadora é instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na sociedade civil mitigando o poder de polícia, pautado especialmente na supremacia do interesse público, e reeditando a visão quanto à função administrativa através dos atos administrativos.

Para que seja efetiva a proposta de uma Administração ordenadora renovada, deve-se buscar compreender a evolução do Estado no decorrer da história e identificar, principalmente, as conquistas formais dos direitos e a necessidade de efetivação material destes.

Como visto no quinto capítulo a regulamentação estatal ordenadora está intimamente ligada à ideia de interferência das autoridades na maneira de agir dos indivíduos num contexto privado de atuação, seja nas relações funcionais do agente integrante dos quadros estatais, seja quando o particular é contratado pela Administração ou mesmo quando o particular é beneficiário do uso especial de bem público.

O Estado social, contudo, não se livra de uma desestruturação democrática quando há uma sobreposição de valores e interesses estatais em detrimento das escolhas privadas. Há, então, uma necessária composição de valores individuais e sociais, o que passa a ser o elemento essencial do paradigma do Estado democrático de direito.

É nesse contexto que a regulação estatal ordenadora se torna instrumento de concretização dos direitos fundamentais na sociedade civil.

Para a concretização do Estado democrático de direito, das regulações estatais ordenadoras, não bastará, portanto, a observância de ritos de elaboração ou de procedimentos de criação de normas para que se tenha como válida, mas, necessitará de considerações morais, éticas e políticas, todas calcadas na proteção dos interesses fundamentais individuais e coletivos.

Dentro das funções administrativas do Estado, a administração ordenadora, disciplina, nos termos da legislação de regência, os comportamentos das pessoas inseridas na sociedade.

Essa interferência estatal na vida privada tem como escopo, dentro do sistema jurídico vigente, a busca por atender aos direitos fundamentais, bem como aos direitos sociais, sendo que muitos destes direitos sociais são considerados normas programáticas no teor da nossa Constituição Federal.

Em razão do exposto se fez relevante o estudo dos aspectos constitucionais e seus princípios que definem um Estado Democrático de Direito e um Estado Social, com sistemas reguladores dos indivíduos em sociedade, mas num trabalho paralelo e simultâneo na defesa dos direitos fundamentais, inclusive os direitos metaindividuais.

O limite de atuação estatal quando da interferência no agir das pessoas e no controle e direção da sociedade, num primeiro momento, é a legalidade que parece ser insuficiente, sendo necessário acolhimento de princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade, promovendo uma visão mais coesa para utilização da regulação estatal ordenadora em substituição, nos casos delineados, ao *poder de polícia administrativo*. A visão é a melhor interpretação dos direitos particulares face à Administração, por serem esses escudados nos direitos fundamentais.

O Direito exigirá dessa forma, um sistema positivado rejuvenescido que se justifique nas expectativas democráticas constitucionalmente determinadas pela vontade política da sociedade, resgatando suas fundamentações materiais para promover uma institucionalização não coercitiva, mas participativa, de forma que possibilite ao aplicador da norma em sua dimensão geral e abstrata, atender àquelas expectativas.

Ao aplicador da norma jurídica de direito público para fins de regulação das atividades privadas, no caso concreto, restará um novo mecanismo de interpretação capaz de afastar injustiça através da ponderação dos princípios constitucionais, de forma que o sistema positivado não seja a premissa maior na interpretação, mas o ponto de partida para a busca de uma solução nos moldes constitucionais.

Não restaram dúvidas quanto à existência de um sistema de direitos fundamentais enquanto princípios constitucionais e que desempenham papel de vinculação dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Para a efetivação da regulação se faz necessária a mudança de paradigma da atuação estatal centrada exclusivamente no poder de polícia, possibilitando, assim, uma visão ordenadora estatal como instrumento de concretização dos direitos fundamentais na sociedade civil.



## Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. 1ª. Ed. São Paulo: Millennium, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 93874 / DF. Ministro Manoel Erhardt. Brasília: Diário de Justiça, 18 dez. 2013. Disponível em: < <http://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24866518/apelreex-apelacao-reexame-necessario-reex-38941720124058300-trf5>>. Acesso em: 30 jul. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ªed., Coimbra: Almedina, 1993
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo, Atlas, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio – São Paulo: Forense, 1966.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Ed. Método.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- JAPIASSU, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem; São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Golden Books, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAZZILLI, Marcello. *Estado? Não, obrigado*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997
- \_\_\_\_\_. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1979.
- MORAES, Alexandre de. KIM, Richard Pae. *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais e coletivos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.
- PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

NEDEL, Antonio. *Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Flamarion Caldeira <et al>. *Manual de Filosofia Política*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REMÉDIO, José Antonio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70040412124 Desembargadora Irineu Mariani. Diário da Justiça 26/maio/2011. Disponível em: 26/mai/2011. Acesso em 24/set/2014.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

\_\_\_\_\_. *O contrato social: princípios de direito público*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, São Paulo: Forense, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed; São Paulo: Saraiva, 2014.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Econômica, 1944.