

Evento: VII Mostra de Iniciação Científica Júnior

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: UMA QUESTÃO SEMÂNTICA¹

THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE CONSTITUTIONAL STATE OF RIGHT ON BRAZILIAN ADMINISTRATIVE RIGHT: A SEMANTIC QUESTION

Laura Mallmann Marcht², Carolina Debesaitis Hohemberger³, Aldemir Berwig⁴

¹ Trabalho de pesquisa realizado na disciplina de Direito Administrativo I, ministrada pelo professor Aldemir Berwig, no Curso de Direito da UNIJUI.

² Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da UNIJUI/RS, estagiária da 1ª Vara da Justiça Federal da Subseção de Ijuí, bolsista voluntária no projeto de pesquisa "Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista", e editora da Rede Garantismo Brasil. E-mail: laura.marcht@hotmail.com.

³ Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da UNIJUI. E-mail: carolhohemberger@hotmail.com.

⁴ Doutorando e Mestre em Educação nas Ciências (UNIJUI); Especialista em Direito Tributário (UNIJUI); Graduado em Direito e Administração (UNIJUI); Professor do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUI. E-mail: berwig@unijui.edu.br.

INTRODUÇÃO

Com a ideia de limitação de poder do Estado e de seus respectivos governantes, surgem na história diversos movimentos sociais, capazes de mudar a sociedade através do direito. A evolução do individualismo para o conceito de bem-estar social, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, permitem que, gradualmente, o Estado passe a tutelar o cidadão como detentor de direitos e garantias fundamentais que é, bem como até mesmo a ressurreição da democracia em seu sentido mais estrito.

O presente trabalho trata sobre o surgimento e a influência do Estado de Direito no atual Estado Constitucional de Direito no âmbito administrativo. Nesse delinear histórico, contextualiza os princípios fundadores do direito administrativo, bem como aborda o processo e procedimento deste na atual conjuntura do país.

Outrossim, a distinção entre os ramos do Direito Público e do Direito Privado, possibilita a discussão da questão semântica envolvida na proposta, e como a observância dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito se dá na processualidade administrativa brasileira. Dessa forma, é possível evidenciar os princípios norteadores da Administração Pública e o que se entende por "primazia do interesse público".

Evento: VII Mostra de Iniciação Científica Júnior

METODOLOGIA

O método utilizado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, uma vez que para realizar o estudo será necessário utilizar da pesquisa bibliográfica como fonte e premissa para discorrer sobre o presente tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Imprescindível se faz entender que nem todo Estado de Direito é necessariamente democrático, como também nem todo Estado Social o é. Primeiramente, o conceito de Estado é base para todos os conceitos que serão explanados a seguir. Nesse sentido, será dito como tal, aquele que detém soberania nacional, formado por um povo, por meio de um governo, situado em um determinado território. Esse entendimento decorre em suma da Paz de Westfália, em 1648, em razão da separação do mundo ocidental em Estados. Já o Estado de Direito tem sua origem como Estado Liberal de Direito, tendo como características: a submissão ao império de lei, a divisão dos poderes e garantias dos direitos individuais, conforme cita José Afonso da Silva em “Curso de Direito Constitucional Positivo” (2005b).

A principal prerrogativa desse período foi a passagem do sujeito que até então era súdito, visto como coisa - propriedade -, para um ser humano detentor de direitos, - estes até então individuais - tornando-se cidadão. O Estado de Direito surge principalmente para contrapor ao jusnaturalismo irracional do monarca - e em certa medida desmedido do período histórico anterior - . Objetiva dar maior segurança jurídica ao povo, descentralizando a figura do rei arbitrário e injusto, por meio do direito positivo, e daí deriva a ideia de que seu sinônimo é “Estado Legislativo de Direito”, vez que adotou como norte o princípio da legalidade, a fim de ditar alguns dos direitos de propriedade.

Há a formação de um Estado essencialmente *mínimo*, protetivo, conceito já formulado por doutrinadores como Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli. Nesse sentido, há na modernidade o entendimento de que apenas o Estado é quem cria o direito, “e ele mesmo solucionará os conflitos sociais por intermédio do Estado-juiz que aplicará as normas positivadas pelo próprio Estado-legislador. É a monopolização da produção jurídica e sua aplicação por parte do Estado” (SILVA, 2005a, p. 215). O direito positivo, então, na sua concepção formal pode assumir qualquer ideologia ou forma de Estado, quando confundido com lei meramente positivada. Isso quer dizer que sem assumir um conteúdo, uma matéria de determinada ordem ou forma, “todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial” (SILVA, 2005b, p. 114-115), pois que a acepção está vinculada diretamente ao princípio da legalidade *in lato sensu*.

Essa brilhante conquista da modernidade - o direito positivo - começa a mostrar-se ainda insuficiente para promover de fato a ideia de dignidade humana idealizada pelo povo que começara a se encontrar cada vez mais a margem da sociedade. Surge então um Estado promotor de direitos, e não apenas guardião destes. O Estado então torna-se *máximo*. Dessa forma o Estado de

Evento: VII Mostra de Iniciação Científica Júnior

Direito deixa de ser meramente formal, para dar lugar a um Estado material de Direito, ou Estado Social de Direito, com a pretensão de promoção de direitos sociais, suscitando então a justiça social (SILVA, 2005b). É a passagem do minimalismo estatal, para um maximalismo estatal. De tal modo, qualquer que seja o Estado, social ou liberal, pode não ser efetivamente democrático. O Estado de Direito adjetivado com o conceito “democrático” buscou inovar de forma diversa dos Estados anteriores.

Menciona Celso Antônio Bandeira de Mello que “todo sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da *supremacia do interesse público* sobre o particular e *indisponibilidade do interesse público* pela Administração” (2009, p. 56, grifos do autor). Esses princípios são basilares e dão origem a demais princípios que devem ser interpretados como parte de um todo, e não separadamente. Fazem parte de uma equação, em que o denominador comum é de fato a *manutenção do interesse público*.

Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito estão situados nos primeiros artigos da Constituição Federal de 1988. Estes princípios norteiam como funciona a Constituição Federal do Brasil, e concomitantemente existem os que regem o processo e o procedimento administrativo, ou seja, a função administrativa, e gerem a observância de certas condutas. Essas condutas são instituídas para evitar arbitrariedades – não aquelas permitidas pelo poder discricionário –, levando em consideração como se devem ser aplicadas no caso concreto. Há no ordenamento jurídico, para além dos princípios citados expressamente na Constituição no caput do art. 37, os princípios da supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste. Esses são intrínsecos na ordem jurídica constitucional, e são tidos como relativos, pois possuem exceções.

A supremacia do interesse público só é supremacia se decorrer de interesse público primário, aquele que decorre da coletividade. O interesse patrimonial do Estado está para o Direito Privado, não sendo então interesse primário (BANDEIRA DE MELLO, 2009). Já na indisponibilidade do interesse público, o administrador é dono do interesse público, em tese, e há legislações que permitem o uso de arbitragem em contratos (BANDEIRA DE MELLO, 2009). Esses dois dispositivos são basilares aos princípios da Administração Pública que estão expostos no art. 37 da Constituição Federal, e são eles o princípio da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência.

O princípio da legalidade é um dos que mais se destaca, pois os agentes públicos, sejam da Administração Direta ou Indireta, deverão respeitar esse dispositivo. Além de ser o primordial do Estado Democrático de Direito, sua função é proteger os indivíduos dos abusos de outros sujeitos e de autoridades estatais. A Administração Pública, em sua atividade como função pública, é caracterizada por possuir diversas prerrogativas e obrigações. No que se refere ao princípio da moralidade, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos (BANDEIRA DE MELLO, 2009). No instante em que se viola o princípio da moralidade, está violando o seu próprio Direito, desse modo se configuraria a ilicitude, que levará a invalidação. Este princípio também é conhecido como o princípio da lealdade e da boa-fé, no que assegurará uma boa administração interna na Administração Pública.

Evento: VII Mostra de Iniciação Científica Júnior

Ademais, de acordo com o princípio da publicidade, todos os atos do processo administrativo deverão ser públicos. Esse princípio garante que haja controle e transparência pelo povo de todos os atos realizados pelos servidores. Esses atos só terão eficácia se devidamente publicados. A publicidade relaciona a cristalinidade da atividade administrativa como condição de validade de seus atos, pois sem o controle, não haverá efetividade da democracia. No que tange ao princípio da impessoalidade, qualquer pessoa que estiver trabalhando para a Administração Pública, não poderá agir em benefício próprio ou de um grupo de pessoas determinadas. É o dever de agir perante regras, uma vez que os atos administrativos devem ser voltados para a Administração, com fim no interesse público, e não para o agente público. Este deve buscar o interesse público e não seu interesse pessoal, suas ações devem ser objetivas, sem margens à subjetividade.

Foi apenas em 1998, que fora inserido pela Emenda Constitucional nº 19, na Constituição Federal, o princípio da eficiência que até então era somente implícito. Esse buscou abranger expressamente que todos os atos públicos devem ser eficientes. É necessário atingir os melhores resultados pelos meios disponíveis. Nesse período, a figura da estabilidade do servidor público ganha maior força, exatamente para haver o ímpeto de produtividade pelo agente.

Há em todo texto constitucional, diversos outros princípios que servem como aporte para o agente público, mas esses derivam dos princípios já expostos. A atividade administrativa consiste na promoção de direitos fundamentais, bem como na ratificação da democracia, por meio de agentes organizados burocraticamente numa estrutura estável (JUSTEN FILHO, 2011). Assim, ao superar a “perspectiva exclusivamente individualista, os direitos fundamentais passam a ser também vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados, pelo direito, pelo Estado e por toda a sociedade” (BINENBOJM, 2008, p. 75).

Conquanto haja grande esforço por parte da administração pública, nem sempre a lei consegue solucionar todos os casos práticos. Diante disso, os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito apresentados mostram-se essenciais para a execução da finalidade do Estado Administração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, o povo sempre buscou emancipar-se, na medida do possível, do Estado. Entretanto, notou-se a necessidade da evolução de um Estado *mínimo*, para um Estado *máximo* de direito. Ocorre que este deve além de proteger direitos, promover esses, pois que muitas vezes, por motivos alheios ao cidadão, não consegue tutelar-se de forma digna. A Constituição Federal preceitua normas programáticas que buscam a promoção de diversos direitos e garantias fundamentais como o exposto neste resumo.

Para além da Constituição Federal como limitadora da máquina estatal, a Administração Pública, outrossim, surge como meio a essa limitação. Essa só pode mover-se de acordo com o que dispõe a

Evento: VII Mostra de Iniciação Científica Júnior

lei. A liberdade dada aos agentes públicos é relativa ao próprio interesse público, fim primário do Estado. Nesse sentido, devem os servidores buscar concretizar o que dispõe não somente a lei, mas também os princípios basilares, pois que o direito nem sempre acompanha a realidade fática.

A noção de direito público nesse sentido se destaca, pois apesar da superação das capitâneas e da monarquia, os patrimônios tendem a se perpetuar em certos berços familiares gerando sérias estratificações sociais, porquanto haja a obrigatoriedade da circulação dos bens. De fato, é dever da Administração Pública e responsabilidade do Estado, resguardar direitos e garantias fundamentais, pois se este não o fizer, é pouco provável que outro o fará.

Palavras-chave: Administração Pública; Constituição Federal; Direito Público; Estado Democrático de Direito; Processo Administrativo;

Keywords: Public administration; Federal Constitution; Public right; Democratic state; Administrative process;

REFERÊNCIAS:

BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo. Malheiros, 2009. 1102 p.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. **Renovar**. 2ª edição. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. rev. e atual. Belo Horizonte. Fórum, 2011. 1308 p.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº 42, jul/set, 2005a. 213 - 230 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005b. 924 p.