

O controle da administração pública a partir do (neo)constitucionalismo: da legalidade para a juridicidade

Leonel Ohlweiler

RESUMO

O questionamento sobre o controle da Administração Pública exige mergulhar na sua própria historicidade, indicando as tradições de sentido que alimentaram a atividade de controle das decisões oriundas da Administração Pública. Desde a antiguidade a grande questão posta pelo controle dos assuntos públicos é impor limites ao exercício do poder. A profissionalização é crucial para os agentes públicos encarregados da atividade de controle. A teoria do Direito Administrativo deve enfrentar a questão da íntima relação entre política e atividade administrativa. A legalidade adotou uma visão ingênua ao defender que seria possível somente com o texto de lei isolar a política dos atos da Administração. O constitucionalismo determina um novo modo de produção do Direito Administrativo e a juridicidade possibilita ampliar a profundidade do controle das decisões administrativas.

Palavras-chave: Controle. Administração Pública. Historicidade. Constitucionalismo. Legalidade. Juridicidade.

The control of the Public Administration acts based in the (neo)constitucionalism: From the statute to the law

ABSTRACT

The study of the control of Public Administration acts requires investigate the history, traditions, to understand the sense of the acts of control of the public administration. Since antiquity the big question planted by the control of public affairs is to impose limits on the exercise of power. The professionalization is crucial for public officials who make the control. The theory of Administrative Law must face the question of the close relationship between politics and administrative activity. The legality (statutory law) adopted a vision simplistic to argue that it would be possible only with the text of statute to isolate the political actions of the Administration. The constitutionalism provides a new mode of production of Administrative Law and the new sense of legality allows expand the correction of control of administrative decisions.

Key words: Control. Public Administration. History. Constitucionalismo. Statute law. Legality.

Leonel Ohlweiler é Procurador de Justiça, Mestre e Doutor em Direito pela UNISINOS e Professor da graduação e do programa de mestrado da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).

O presente trabalho foi realizado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre um tema extremamente instigante, mas ao mesmo tempo, sob certos aspectos, frustrante, qual seja, o controle da Administração Pública. Não há dúvida de que é desafiador discutir elementos e aspectos teóricos sobre a importância de construir um conjunto normativo e político capaz de limitar a gestão da coisa pública. Basta um simples olhar para a historicidade da Administração Pública para verificar o quanto ineficaz apresenta-se o sistema de controle pátrio no combate, por exemplo, à corrupção, prática que coloca em sério risco a República, ainda presente em grande escala na atividade administrativa brasileira.

Claro, não se adota a postura ingênua de acreditar no controle da Administração Pública suficiente para eliminar as práticas clientelistas e patrimonialistas que cada vez mais corroem o patrimônio público. Busca-se aqui, ainda que brevemente, levantar uma gama de contradições no próprio discurso da doutrina e jurisprudência sobre o tema em análise, bem como propor alguns caminhos no sentido de resgatar o horizonte de sentido constitucional das ações administrativas.

Na primeira parte do estudo, assumindo como hipótese de trabalho a importância do diálogo com a tradição, aborda-se o tema do controle da Administração Pública no horizonte de sentido da antiguidade, idade média e o processo moderno de racionalização das formas jurídicas. Posteriormente, debate-se a transformação da idéia de legalidade, bem como o papel desempenhado pelo constitucionalismo ao transformá-la na juridicidade. O controle a partir desta última concepção sofre profundas transformações no que tange à profundidade e ao material jurídico utilizado. Trata-se, assim, de iniciar um debate sobre a necessidade de pensar o controle das ações da Administração Pública considerando os aspectos material, estrutural e funcional, ficando como marco teórico o surgimento do constitucionalismo.

2 A CONSCIÊNCIA HISTÓRICA DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O primeiro aspecto a salientar com relação ao controle da Administração Pública diz respeito à importância de compreender este tema a partir de uma dada tradição de sentido,¹ um conjunto de pré-compreensões que alimentam o imaginário dos juristas

¹ A referência à tradição remonta à principal obra de Hans-Georg Gadamer, *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993. Para o autor compreender algo é dialogar com um conjunto de pré-compreensões oriundas da tradição, na medida em que aquilo que restou consagrado possui autoridade e que tem poder sobre as ações do intérprete. A tradição, portanto, é o fundamento de validade, uma pluralidade de vozes na qual o passado ressoa, constituindo-se no fio condutor que possibilita a convalidação dos pré-juízos. Com efeito, o homem encontra-se sempre em tradições, e nosso estar dentro delas não é um comportamento objetivador, de tal modo que o que diz a tradição fosse pensado como estranho ou alheio. A moderna investigação histórica não é apenas investigação, mas em parte mediação da tradição. O compreender deve ser pensado menos como uma ação da subjetividade do que com um retroceder que penetra em um acontecer da tradição.

e operadores do direito. Por diversas vezes denunciou-se que uma das faces da crise do Direito Administrativo reside na imersão no paradigma liberal-individualista. De outra banda, diversas dificuldades no exercício do controle da Administração Pública situam-se no excessivo apego ao paradigma liberal-individualista,² obstaculizando o acontecer do controle mais efetivo das práticas administrativas.

A Administração Pública hodierna está inserida em um mundo altamente complexo. Logo, é inconcebível dimensionar as possibilidades de controle, por exemplo, de decisões administrativas sobre problemas sociais ou transindividuais com um conjunto de pré-compreensões liberais-individualistas. Um aspecto a ser destacado reside na crença ingênua da suficiência do controle de legalidade, como se a lei fosse capaz de abarcar a totalidade dos aspectos que ingressam no processo de decisão administrativa. A atual gestão da coisa pública está em crise, acompanhando a própria crise do Estado, muito bem retratada por José Luiz Bolzan de Moraes quando enumera as crises conceitual, estrutural e constitucional(institucional).³ Para que se possam laborar os controles da Administração Pública de modo mais efetivo, seja o controle interno, o jurisdicional ou até mesmo o parlamentar, é curial dar-se conta desta multiplicidade de aspectos que envolvem a crise do Estado. Sob o ponto de vista conceitual, não há como compreender o Estado e a própria Administração Pública com fórmulas dogmatizadas, olvidando que o ente público é um agente de promoção constitucional. Com efeito, está inserido no contexto de uma sociedade periférica como o Brasil, devendo organizar-se para o enfrentamento das desigualdades e promoção de políticas públicas de inclusão social. Qualquer espécie de controle a ser pensado deve dimensionar tais aspectos.

Por outro lado, “podemos/devemos (re)pensar o Estado Contemporâneo sob a ótica da estrutura que lhe conforma a partir das transformações impostas e operadas pela incorporação da questão social, a qual lhe agrega um caráter finalístico percebido como função social, forjando-o como Estado Social e impondo-lhe um caráter interventivo-promocional”.⁴ Ora, será que as atuais estruturas de controle da Administração Pública estão direcionadas para esta problemática? Deve-se dizer que não há dúvidas sobre a necessidade de remodelar os processos de gestão pública, mas, considerando o horizonte de sentido adotado pelo texto constitucional, é inviável pensar naquilo que alguns doutrinadores colocam como controle a posteriori. Finalmente, o tema em questão deve enfrentar a dificuldade que envolve pensar o seu próprio fundamento, a Constituição. Na medida em que a Constituição perde sua capacidade de “constituir as relações”, como edificar uma tradição constitucional de controle?

² Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.60-61: “Assim, para que alcancemos tal desiderato, necessitamos, primeiro, superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo(*modo de produção*) de Direito liberal-individualista. Para tanto, é preciso entender que – sustentando esse modo liberal-individualista de produção de direito – existe um *campo jurídico*, instituído ao mesmo tempo que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz um caminho *a latere*, à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador”.

³ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. As Crises do Estado. In: *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.09.

⁴ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. As Crises do Estado. In: *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.16.

Tais elementos causam impactos negativos diretos no Direito Administrativo, sendo que alguns sinais desta crise multifacetada poderiam ser destacados, como a incapacidade da tradição dogmática para dar-se conta de que lida, cotidianamente, com uma concepção teórica ultrapassada; a convivência diária com práticas clientelistas, muitas delas legitimadas por um discurso de constitucionalidade, como a liberdade no preenchimento de cargos públicos de provimento em comissão; a ausência de um debate público sobre a fragilidade de certos procedimentos administrativos, v.g., licitação, para salvaguardar o efetivo respeito à coisa pública. Poder-se dizer haver uma espécie de banalização da apropriação patrimonialista da *res* pública.

Com efeito, é fundamental para ultrapassar este estado de coisas pensar uma nova tradição de controle administrativo, fundada no horizonte de sentido do constitucionalismo moderno e matizada pelo conjunto de direitos e garantias fundamentais. A vetusta tese da separação de poderes já não pode mais ser utilizada para impedir a sindicabilidade das decisões administrativas, pois na órbita de um Estado Democrático de Direito qualquer competência administrativa pode e deve ser contrastada com a juridicidade constitucional. Daí a importância de mergulhar na tradição, possibilitando-se o surgimento daquilo que Gadamer chamava de consciência histórica⁵, ou seja, compreender a historicidade não como simples conjunto de acontecimentos passados, mas como a instância privilegiada para a crítica.

3 O CONTROLE PÚBLICO NA ANTIGÜIDADE

A partir do que acima foi referido, é interessante vislumbrar o modo de ser do controle da Administração Pública no período da antigüidade. Ledo engano aqueles que defendem a existência de mecanismos de controle das práticas administrativas somente com o surgimento do Estado de Direito. A necessidade de controlar os administradores é algo que remonta à antiga Grécia, por exemplo, o que já serve para denotar a importância do tema. Como decorrência da pequena extensão territorial das cidades-Estado (*polis*) os problemas administrativos não adquiriram igual dimensão à administração do Estado Oriental,⁶ assumindo relevância as magistraturas, com poderes administrativos e judiciais. Tais magistraturas, paulatinamente, foram aumentando e

⁵ A consciência histórica vai ocupar um lugar de destaque em *Verdade e Método*. No seu entendimento toda compreensão da tradição opera o momento da história efetual, muito embora exista certa ambigüidade no conceito de história efetual: "A ambigüidade do mesmo consiste em que, com isso, tem-se em mente, por um lado, a consciência, ativada no curso da história e determinada pela história, e por outro lado, uma consciência do próprio ser ativado e ser determinado" (*Verdad y Método*, p.16). Laborando com tal elemento no presente tema, a consciência histórica é fundamental para possibilitar a compreensão autêntica em matéria de controle da Administração Pública, pois se trata de antítese do pensamento objetificado.

⁶ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. v.1, p.54. O autor também alude a importância do chamado Estado Oriental – civilizações mediterrânicas e do Médio Oriente. Em tais Estados surgem as primeiras administrações públicas, como decorrência da constituição por parte dos imperadores de corpos de funcionários permanentes, pagos pelo tesouro público, para cobrar impostos, executar obras públicas e assegurar a defesa contra o inimigo externo. Outrossim, aduz não haver nesta época formas de administração local autárquica, bem como garantias dos particulares em relação à Administração (Idem, p.54).

assumindo uma diversidade de assuntos importantes para a vida na polis. Diogo Freitas do Amaral destaca o grande contributo do regime de administração pública da Grécia sobre a questão da responsabilidade dos magistrados: “no término das suas funções, que normalmente duram apenas um ano para evitar abusos, os magistrados têm de prestar conta as *logistai*, comissões de verificação que elaboram relatórios sobre a gestão que fiscalizaram”.⁷

A estrutura da atividade administrativa das cidades gregas, ainda, contava com um conjunto de funcionários auxiliares dos magistrados, escribas e secretários, corolário do crescente número de atividades a serem desempenhadas em pouco tempo. No entanto, tal estruturação não possuía como característica a profissionalização, sendo tais funcionários mais amadores do que profissionais, contribuindo para a própria decadência da cidade-Estado, como alude o autor acima mencionado.⁸

Da compreensão de mundo dos gregos, Maurizio Fioravanti retira a possibilidade de destacar o que ele chama de “Constituição dos Antigos”, compreendida esta simplesmente como doutrina política construída para expressar a necessidade de uma ordem política;⁹ por óbvio, não entendida a expressão “Constituição” com a significação dada pela modernidade, considerando que a forma ideal de governo buscada pelos gregos não estaria relacionada com as exigências de nenhuma soberania ou Estado. A noção de “politeía” seria responsável pela teorização grega de buscar encontrar esta forma ideal de governo, com a finalidade de reforçar a unidade da “polis”, ameaçada e em crise.¹⁰ No entendimento de Platão a melhor constituição seria aquela que não tivesse uma origem violenta, não fosse a constituição dos “vencedores”, mas resultado de composição e com caráter plural. Aristóteles, por sua vez, refere-se à *politia*: “.. a particular forma constitucional que é capaz de promover e realizar o justo equilíbrio entre dois extremos, em si negativos, como a oligarquia e a democracia, porém que encontrando-se e mediando-se produzem precisamente a ‘politia’, a constituição ideal”.¹¹

Em relação a este aspecto, é interessante que na obra “A Política” de Aristóteles há diversos elementos capazes de impor uma espécie de controle das funções de

⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, p.55. Para o autor restou consagrado o princípio do controle administrativo e judicial dos mais importantes órgãos superiores da Administração. De plano destaca-se o reconhecimento antigo da temporalidade como característica dos mandatos, importante para evitar práticas abusivas na condução dos negócios da cidade.

⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, p.55.

⁹ FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Traduzido por de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 2001, p.15. A necessidade de ordem política aludida pelo autor é resultado do que ele denomina de “mercantilização da polis”, isto é, quando começa a deixar de ser o espaço cívico capaz de possibilitar a plena realização dos cidadãos e começa a surgir o crescente conflito entre pobres e ricos, no qual os primeiros estariam a reivindicar formas cada vez mais amplas de assistência pública e os segundos lutam para impedir que sejam utilizadas respostas mais radicais para tal problema, como o confisco e a redistribuição de terras. (Idem, p.16). Questões tão antigas, mas ao mesmo tempo extremamente atuais, impondo repensar as formas de controle da Administração Pública não como etapas burocráticas, mas que produzam resultado para a comunidade. Um controle incapaz de garantir a inexorável função social da Administração Pública está fadada ao fracasso. Esta é uma lição dos antigos que os agentes públicos e operadores jurídicos deveriam prestar mais a atenção.

¹⁰ FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.19.

¹¹ Cf. FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.24.

administração da polis, como a referência de que a verdadeira Cidade deve estimar acima de tudo a virtude, sem a qual não será mais do que uma liga ou associação de armas.¹² Constituiu-se em visão extremamente profícua sobre a capacidade de os governantes erigirem uma Cidade, sendo muito mais do que uma comunidade de lugar: “A Cidade é uma sociedade estabelecida, com casas e famílias, para viver bem. Isto é para se levar uma vida perfeita e que se baste a si mesma”, refere o filósofo. Trata-se, portanto, da indicação do fim a ser buscado durante o exercício dos poderes públicos, colocados como meios para construírem uma boa vida.¹³ A idéia de república foi na teoria de Aristóteles elemento importante no que tange à construção de limites, pois se constitui em nome referente àquele que governa para a utilidade pública. Por ocasião do pensamento dos antigos, a lei igualmente vai exercer um papel importante, antecipando-se, em certos aspectos, a questão da legalidade que vai ser um dos grandes princípios epocais da modernidade. Na obra referida, a lei figura como instrumento para que um Estado seja bem organizado politicamente, devendo-se questionar o valor das leis às quais estava submetido. Como bem explicita o filósofo acima referido: “Com efeito, as leis devem ajustar-se à Constituição. E não a Constituição às leis. A Constituição é a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”.¹⁴ Por fim, não se deve olvidar a preocupação segundo a qual para prevenir a espoliação do tesouro público, era preciso que a receita fosse feita à vista do público. É digno de nota, por exemplo, o Conselho do Areópago, isto é, o guardião das leis que também vigiava os oficiais para que exercessem seus cargos em conformidade com as leis,¹⁵ além de cuidar para a preservação da ordem pública.¹⁶

Em termos de estrutura organizacional de administração pública, as cidades romanas, inicialmente, padecem de similares deficiências administrativas da polis grega. No entanto, paulatinamente, “... a partir de Augusto, e com o legado jurídico e organizativo da Igreja Católica, nasce e aperfeiçoa-se extraordinariamente a estruturação administrativa do mundo europeu ocidental”,¹⁷ determinando o surgimento de um conjunto de funcionários remunerados e profissionalizados, sendo importante a figura do pretor ao receber diversas funções administrativas, delegadas pelo Imperador. Os *questores*, magistratura sem *imperium*, possuíam funções importantes de administração

¹² Cf. ARISTÓTELES, *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.54.

¹³ Cf. ARISTÓTELES, *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.56: “O fim da sociedade civil é, portanto, viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso. E a própria Cidade é apenas uma grande comunidade de famílias a aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência”.

¹⁴ *A Política*, p.149. Em outra passagem acrescenta: “Deve-se, portanto, num Estado bem constituído, observar cuidadosamente que nada se faça contra as leis e os costumes, e sobretudo prestar atenção, desde o começo, nos abusos, por pequenos que sejam. A corrupção introduz-se imperceptivelmente; é que, como as pequenas despesas, repetidas, consomem o patrimônio de uma família. Só se sente o mal quando está consumado” (p.232).

¹⁵ Tal referência consta em Aristóteles, *A Constituição de Atenas*. Trad. De Francisco Murari Pires. São Paulo: Editora Hucitec, 1995, p.21.

¹⁶ Cf. HUMBERT, Michel. *Institutions polituques et sociales de l'Antiquité*. 6.ed. Paris: Dalloz, 1997, p.40.

¹⁷ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*, p.56.

e custódia do erário público.¹⁸ Portanto, as atividades administrativas realizadas possuíam grande diversidade, determinando a crescente especialização dos funcionários, conforme Diogo Freitas do Amaral, salientando, por exemplo, a manutenção da ordem e tranquilidade públicas, cobrança de impostos, administração da justiça, execução de grandes programas de obras públicas, hospitais, etc.¹⁹ Destarte, não se pode deixar de referir três elementos importantes legados pelo modo de ser da atividade administrativa da civilização romana: a) a distinção entre direito público e privado;²⁰ b) a distinção entre o patrimônio público e os bens pessoais do imperador e c) as instituições municipais, detentoras de autonomia administrativa e financeira, embora submetidas às leis romanas.²¹

Outro aspecto a ser colacionado, a partir do pensamento já mencionado de Maurizio Fioravanti, diz respeito à importância da idéia de “res publica” como elemento formador da noção de constituição para a época, retirada, especialmente, do pensamento de Cícero: “...lo que emerge con fuerza de la doctrina ciceroniana de la ‘res publica’ es un gran proyecto de conciliación social e política, que llama a todas las fuerzas a disciplinarse, con el fin de hacer prevalecer en sus propias filas - sean las del pueblo o las de la aristocracia - la mejor parte y, también, los mejores hombres, los más íntegros moralmente, que además estén dotados de aquella posesión moderada y suficiente que les permita dedicarse de manera desinteresada al cuidado de la cosa publica”.²² Vale aduzir, a título conclusivo sobre a expressão “constituição dos antigos”, o autor supra citado reconhece não ser crível falar de uma constituição que tenha existido de fato, mas como constituição invocada por alguns pensadores da antiguidade, como no caso dos romanos por intermédio da noção de “res publica”; portanto, muito mais do que um documento formal, como hoje pensado pelos modernos, seria um critério de ordem e de medida das relações políticas e sociais do seu tempo.²³

Com efeito, assim como o pensamento grego, o modo-de-ser dos romanos, idealmente, possibilitou a continuidade do projeto de instituir um conjunto de limites, obviamente com instrumentos diversos e com finalidades distintas das limitações que no Direito Moderno vão ser construídas. De qualquer sorte, já na temporalidade dos pensadores deste período, as relações de poder estavam mediadas pelo perigo do

¹⁸ Cf. BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio Fernández de. *Derecho Público Romano*. Madrid: Civitas, 6.ed., 2002, p.117.

¹⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, p.57.

²⁰ Sobre o tema ver NOCERA, Guglielmo. *Il Binomio Pubblico-Privato Nella Storia Del Diritto*. 2. Ristampa. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, especialmente p.07-03.

²¹ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, p.58-9.

²² FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.29.

²³ FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.29. Menciona o autor: “En este sentido, y sobre este plano, no hay duda de que existió una constitución de los antiguos. Tal constitución obviamente no tiene relación alguna con la constitución de los modernos. Los antiguos no tenían ninguna <<soberanía>> que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en el tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos. Ellos pensaban más bien en la constitución como en una exigencia a satisfacer, como en un ideal – al mismo tiempo ético y político – a perseguir, que se hacía todavía más fuerte – como hemos visto – en las fases de crisis más intensa, de más clara separación política y social, como en el caso de la decadencia de la polis griega o de la misma república romana” (Idem, p.29-30) .

tirano, quer dizer, aquele responsável pelo rompimento do almejado equilíbrio, seja na convivência pública da «polis» ou da «república romana».

Ainda no âmbito da organização administrativa romana, pode-se salientar que a partir de Diocleciano surge para os cidadãos a possibilidade de recorrer das decisões do pretor, que a princípio eram soberanas. Trata-se de um importante mecanismo de controle, pois o recurso tinha por fundamento a má aplicação da lei, ou seja, a ilegalidade da decisão proferida. No entanto, como adverte Diogo Freitas do Amaral, na verdade, constituía-se o recurso em garantia graciosa, pois não se falava propriamente em um direito individual, mas solicitação de uma graça do poder público.²⁴

4 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO PERÍODO MEDIEVAL

Muito embora, para parte dos juristas, neste período não seja possível falar em Direito Administrativo, como ramo específico e estudado, alguns elementos pré-modernos influenciaram a sua estruturação moderna. Para averiguar a questão do controle, não se pode olvidar que esta época é caracterizada pela descentralização, sendo que as atividades administrativas começam a surgir nas comunidades locais, corolário do enfraquecimento do poder central. Segundo Diogo Freitas do Amaral, “... as comunidades locais formadas na base dos laços de vizinhança (conselhos e freguesias) chamam para si o desempenho das mais variadas funções de administração pública, tais como construção de estradas e caminhos, regulamentação de feiras e mercados, gestão de baldios, e mais tarde questões de urbanismo e de intervenção econômica (almotaçaria)”.²⁵

A posição de privilégio político do rei gerou a posição de privilégio jurídico, qual seja, a “*praesumptio pro se e executio parata*”, presunção de legitimidade e excoercedade, bem como a “*legem patere quam fecisti*” (inderrogabilidade singular dos regulamentos), além de normas de expropriação, inalienabilidade e imprescritibilidade dos bens da Coroa, institutos estes fulcrados na herança do direito romano, como bem alude António Francisco de Souza.²⁶ Como já mencionado anteriormente, Maurizio Fioravanti, defendendo a tese de ser possível identificar desde a antiguidade elementos de uma “constituição”, igualmente, sustenta o que ele nomina de “constituição medieval”, cuja finalidade seria estabelecer limitações intrínsecas aos poderes públicos. É claro, parte de concepção diferenciada de

²⁴ *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p.60.

²⁵ *Op. Cit.*, p.61.

²⁶ SOUSA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*, p.57. Outra nota característica do período reside na indiferenciação entre *administração* e *justiça*, acumulando o rei as funções executiva e judicial, cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, p.62. Outrossim, segundo SORDI, L. e MANNORI, B. *Storia del diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza, 2001, p.16, “di qui, la principale caratteristica istituzionale degli Stati premoderni: consistente nel presentarsi come sistemi ad apparato indistinto, composti unicamente da giudici, e non giudici e da amministratori”.

constituição, até porque, aduz expressamente: “no se trata de una limitación establecida por normas positivas generals y escritas, que ninguno tenía el poder de elaborar, ni siquiera la voluntad de hacerlo, sino de una limitación de hecho, que toma cuerpo de manera cada vez más consistente a partir del siglo V, después de la caída del edificio romano”.²⁷

No entanto, relativamente ao conjunto de limitações surgidas no período, vale destacar a institucionalização, a partir da compilação justinianea, da doutrina da Coroa, estabelecendo-se a distinção da pessoa física do rei. Trata-se, por óbvio, guardadas as especificidades da época medieval, elemento que irá acompanhar o exercício de poderes públicos durante a modernidade, possuindo grande significado simbólico no sentido de haver, como alude o autor supra citado, uma dignidade superior à do rei e direcionada sempre para a conservação da Coroa e de seus bens.²⁸

Outro elemento digno de nota, determinante do modo-de-ser da atividade administrativa, é a chamada “supremacia da comunidade política”, isto é, muito embora houvesse pleno reconhecimento no medievo da superioridade do rei frente a toda parte singular do organismo político, situava-se em relação de inferioridade no que tange ao conjunto de tais partes, consideradas todas juntas e relacionadas, pois a comunidade política era a razão mesma da existência da figura do rei: “Esta es, en pocas palabras, la supremacía de la comunidad política en la Edad Media: la supremacía del todo sobre las partes y, también, la supremacía del mismo rey, pero no de manera autónomo y diferenciada, sino sólo porque él, más que otros, es esencial para la representación de la totalidad de aquella comunidad”.²⁹

É certo, não se objetiva nesta parte da pesquisa fazer referência à totalidade do pensamento Inglês e Francês desenvolvido no período e que tanto contribuiu para a construção da chamada modernidade. Com relação a este último, por exemplo, o contributo de Jean Bodin para a idéia de soberania, tão cara para os tempos modernos. Por tal razão, apenas a título exemplificativo, é interessante fazer alusão à figura do Inglês Henry Bracton (1216-1268), responsável por um amplo trabalho de recompilação das leis e costumes do reino da Inglaterra. Com a necessária restrição aos fins desta análise, Bracton defendia a tese segundo a qual para que uma lei existisse seria necessário, além da autoridade do rei, o consentimento dos detentores do poder e o solene compromisso de toda a comunidade política.³⁰ Outrossim, restou afirmada a chamada supremacia da lei, estabelecendo-se, assim, a vinculação do poder do rei ao

²⁷ FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.35-6. Considerando a importância já mencionada do costume neste período, o autor aduz que a imposição do conjunto de limites ao exercício do poder estava relacionada não com o objetivo de construir uma ordem política ideal, como na antigüidade, mas fulcrada na ordem jurídica dada, quer dizer, preservar eventuais tentativas de introduzir alterações arbitrárias nos equilíbrios existentes.

²⁸ FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.44.

²⁹ Cf. FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.46. Por certo, como bem aduz este autor, a comunidade política da Idade Média não podia pensar-se sem a figura do príncipe, mas, cada vez mais, começam a ser desenvolvidas construções teóricas para saber quais as regras que estariam a governar esta relação do príncipe com cada uma de suas partes, sendo tais regras pensadas em termos contratuais e que deveriam ser respeitadas.

³⁰ Cf. FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.49.

direito e à lei. Tal supremacia seria consectário lógico da época de ser mantida a paz e a ordem da comunidade.³¹

Em termos de mecanismos efetivos de controle, deve-se salientar que as garantias individuais contra arbitrariedades são deficientes, até porque se possibilitava que o Rei, detentor dos poderes de julgar e administrar, deixasse de submeter-se ao Direito, especialmente por meio da concessão de privilégios ou isentando de deveres gerais.

Com efeito, desde as concepções gregas e romanas, é crível falar-se em controle, para os fins do presente estudo, que, muito embora, não fossem capazes de produzir os efeitos práticos desejados, funcionavam como importantes elementos simbólicos.

5 O ESTADO MODERNO E A RACIONALIZAÇÃO DAS FORMAS JURÍDICAS

No período inicial do Estado Moderno houve a consolidação do chamado poder real, com as teorizações absolutistas. O rei seria a fonte de todo o poder, desencadeando a reação de burguesia e, por conseqüência, a elaboração de um conjunto de idéias anti-absolutistas. É claro, a sua estruturação não ocorreu abruptamente, pois durante algum tempo houve a convivência entre uma burocracia do Estado, característica desta época, e alguns resquícios dos poderes estamentais. Não se pode olvidar, o que vai ser crucial para bem dimensionar a questão do controle do poder, que o período começa a caracterizar-se pela crítica humanista às tradições medievais e o surgimento de um novo “paradigma epistemológico”, o racionalismo, como destaca Manuel Calvo García³². A segurança jurídica constitui-se em elemento importante para ultrapassar uma época marcada pela crise da Igreja e o conjunto abundante de problemas sociais e econômicos. Logo, “la razón va a ser el hilo conductor de la progresiva secularización del pensamiento práctico y la seguridad es la luz que guía y alumbró esse proceso”.³³

Corolário deste objetivo de racionalização, a estrutura administrativa do Estado é pensada a partir de um modelo que busca concentrar o conjunto de atividades e poderes, interferindo em diversos setores da vida social. Segundo menciona António Francisco de Sousa, o absolutismo, como teorização política, assume a característica de reação às circunstâncias políticas de espartilhamento do poder, em decorrência das constantes guerras que marcaram o período, especialmente no século XVII.³⁴ As tentativas de unificação dos territórios e a imposição de certa “segurança” passaram a

³¹ A supremacia da lei, no entanto, não se identifica com os padrões da modernidade, pois a lei não é aquela formalmente sancionada, e sim a que coincide com a supremacia da comunidade política, cf. FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución*, p.50: “En efecto, esa ley no es para Bracton, como sabemos, outra cosa que la solemne traducción de la costumbre, del derecho profundamente radicado en la comunidad política, a un texto escrito e jurado: éste es el derecho al que el rey está sustancialmente vinculado, éste es el derecho que el rey debe mantener íntegro en el seno de la comunidad política”.

³² *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994, p.32.

³³ Cf. CALVO GARCIA, Manuel. *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*, p.32.

³⁴ SOUSA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*, p.110.

exigir a formação de exércitos, havendo neste período o aumento considerável da burocracia estatal para a manutenção destas forças de guerra, especialmente nos períodos de paz.

As práticas políticas do período absolutista estavam ligadas com as teorizações da época com relação à soberania e a grande capacidade de poderes conferida ao rei. Mas, deve ser mencionado, ao menos no plano formal, a existência de um conjunto de limitações, como a subordinação ao Direito natural, ao Direito divino e ao Direito das gentes, aliás, como já aludido no item anterior relativamente ao medievo. Outrossim, alude António Francisco de Sousa, “o rei absoluto estava limitado pelo princípio da inalienabilidade dos bens e direitos do Reino e pelas ‘leis fundamentais’ (reconhecidas como tais especialmente em França). Finalmente, constituíam também limites ao poder absoluto do Rei as resoluções privadas dos súbditos, especialmente as resultantes da propriedade e dos contratos, conhecidas geralmente por ‘direitos adquiridos’ (iura quaesita, wohlerworbene Rechte)”.³⁵

Tais elementos para a construção de limites ao exercício dos poderes públicos, com efeito, relaciona-se com certos pressupostos ideológicos da época, isto é, a necessidade de pensar o Direito e, portanto, elementos de controle, a partir do conhecimento universalmente válido, bem como de um conjunto de regras perfeitas e claras, com finalidade de assegurar uma ordem social segura, capaz de colocar de forma antecipada as soluções jurídicas, diminuindo-se os riscos da imprevisão.³⁶ Assim, os critérios jurídicos de controle não fogem à ilusão do período de encontrar um fundamento racional e, por meio da dedução, construir soluções cientificamente válidas. A modernidade é determinante para a reconfiguração das relações entre poder e razão, agora paulatinamente fundada nas pretensões de universalidade e harmonia da lei. De outra banda, na medida em que se ultrapassa o modo de produção econômica do medievo, construir redes de controle dos poderes públicos constitui-se importante critério de segurança para a circulação de bens, pois os resultados da atividade econômica precisavam ser calculados racionalmente, ao menos sob o ponto de vista formal.³⁷

Deve-se destacar, por fim, que a atividade de intervenção do Estado, no plano da teoria jurídica, encontrava-se relacionado com o conceito de polícia e que, inicialmente,

³⁵ SOUSA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*, p.119.

³⁶ Cf. CALVO GARCIA, Manuel. *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*, p.33.

³⁷ Como destaca CALVO GARCIA, Manuel. *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*, p.60: “Sin orden no hay seguridad y, como consecuencia, no existe la posibilidad de calcular racionalmente los resultados de la actividad económica y éstos acaban dependiendo fundamentalmente de la fortuna. Por eso, en esta época se busca consolidar un entramado de expectativas seguras dentro de las cuales el burgués pueda desarrollar calculadamente su actividad. Las funciones que se asignan al derecho y al estado por la nueva ideología liberal tendrían como único fin la consolidación y aseguramiento de un marco de relaciones económicas respetuoso con las fuerzas del mercado”. Aqui estão indicados pressupostos que vão determinar o controle dos poderes públicos não a partir do conjunto de indicações materiais ou de postulados éticos, mas no âmbito de regras formais de controle. O necessário caráter abstrato e universal do padrão formal de racionalidade impõe excluir do controle jurídico os elementos capazes de comprometer a perfeição do sistema. Com efeito, a figura do *legislador racional* é assumida como postulado fundamental, “rechaçando-se a mera possibilidade de que possam existir lacunas ou antinomias jurídicas que dificultem ou impeçam a resolução lógico-dedutiva da aplicação do direito”(p.60).

englobou toda a atividade da Administração Pública, funcionalizada pela idéia da necessidade de garantir a boa ordem da cidade. Tal concepção, no entanto, foi paulatinamente sendo reduzida, deixando de abarcar, por exemplo, as questões de justiça, como decorrência da criação dos tribunais, além dos assuntos militares, política externa e questões financeiras.

6 A JURIDICIDADE COMO PRINCÍPIO EPOCAL DO CONTROLE CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1 A dogmática tradicional do princípio da legalidade

Em outras oportunidades já se mencionou a importância da Revolução Francesa (1789) e do surgimento do nominado Estado Liberal.³⁸ Em termos de controle da Administração Pública, o princípio da legalidade, ao menos como discurso dos revolucionários burgueses, assumiu capital importância, significando a possibilidade de limitar o exercício das magistraturas francesas. A lei, que representaria a vontade geral do povo e da nação, deveria servir como limite para o exercício das atividades administrativas. Não se pense que todas as ações administrativas seriam controladas pela legalidade, pois aquelas condutas não reguladas explicitamente por lei, ficariam ao alvedrio dos administradores, formando a chamada zona de atuação discricionária. O que se pode constatar é que a legalidade foi erigida como limite muito mais no plano discursivo do que efetivo, considerando os diversos atos fora de sua normatização e resolvidos no âmbito interno da Administração - até porque prevalecia a máxima de que “julgar a Administração seria administrar”.

O fundamento da legalidade consistia na resistência doutrinária inglesa contra as arbitrariedades do monarca absoluto, ultrapassando-se o “governo dos homens” para o “governo das leis”. Com menciona Enterría “le principe de légalité, constitue dès lors un instrument directement dirigé contre la structure politique de l’Etat absolu: en face du pouvoir personnel et arbitraire, l’idéal du gouvernement par et en vertu des lois”.³⁹ A lei, dentro desta formulação dogmática, deveria ser imparcial, impessoal e estável, considerando a necessidade da classe burguesa de possuir segurança para o desenvolvimento de suas liberdades. O homem, com efeito, não dependeria do homem, mas somente da lei impessoal, pois na soberania constante da lei seria possível exercer sobre todos o princípio segundo o qual todos são iguais em direito.

Tal formulação teve por base o pensamento rousseuniano da vontade geral, fundamentando o próprio contrato social e justificando a soberania como o exercício da vontade geral do corpo coletivo, possibilitando, assim, que esta categoria abstrata

³⁸ Ver OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p.109.

³⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Revolution Francaise et Administration Contemporaine*, p.09.

resolvesse o problema de legitimidade da lei.⁴⁰ Com efeito, somente a vontade geral da comunidade, traduzida na lei, poderia constituir-se em instrumento de restrição da liberdade do indivíduo. Este, ao cumprir a lei, estaria obedecendo a si mesmo, deixando de estar subjugado a uma vontade particular. Outrossim, somente a lei de caráter geral poderia ter esta característica de ser legítima. Como destacado por Manuel Calvo Garcia, a primazia da lei como fonte do direito é consequência da equiparação de legalidade e legitimidade.⁴¹

Por outro lado, a necessidade de haver uma regulação jurídico-legal, com potencialidade para garantir certa estabilidade, pode ser perfeitamente entendida como exigência da época, pois um sistema político calcado na vontade arbitrária, sujeita a constantes mudanças, não seria possível em tempos da crescente atividade econômica e industrial. O capitalismo concorrencial da época exigia uma ordem dotada de previsibilidade. Além de a lei representar a vontade geral, encarnar em sua destinação a vontade de todos⁴² os membros da coletividade, segundo a concepção dogmática da época, a regra é a liberdade e a restrição a exceção, estando a Administração Pública indefectivelmente sujeita aos comandos da lei. Como bem refere António Francisco de Sousa, “compete à Administração a execução das leis. Daqui resulta uma subordinação definitiva da Administração à lei, ou seja, a consagração definitiva – de imediato aceite nos demais países europeus – do princípio da legalidade da Administração”.⁴³ Destarte, tal submissão legal da autoridade administrativa é manifestada através da estruturação de um sistema de controle e responsabilidade, figurando a atividade jurisdicional como instância onde o cidadão pode buscar as garantias necessárias contra possíveis infrações legais.

Corolário, não há dúvidas sobre o progresso que representou a legalidade, mas, de outro lado, colocou alguns aspectos interessantes e que, hodiernamente, dificultam outras perspectivas em termos de controle. Como a legalidade esteve ligada ao formalismo,

⁴⁰ Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Revolution Francaise et Administration Contemporaine*, p.11: “Sur le fondement du contrat social, le souverain exerce la volonté générale du corps, et cette qualification mérite d’être défendue non seulement parce qu’une telle volonté agit comme organe du tout mais aussi, et de manière spécifique, en raison du caractère général de ses déterminations, ce qui permet justement de résoudre le problème de la légitimité”.

⁴¹ *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*, p.67. O autor ainda destaca, a partir de aportes do pensamento de Max Weber que a dominação legal é exercida segundo regras prévias, as normas jurídicas, caracterizando-se também pela circunstância segundo a qual aquele que ordena ou decide também está obedecendo normas jurídicas.

⁴² Não se pode deixar de mencionar que a concepção de Estado de Direito foi calcada sob as bases do liberalismo, apresentando, por consequência, as insuficiências de tal forma de compreensão do mundo. A Declaração de 1789, exercendo grande influência sobre os sistemas jurídicos, expressa a ideologia da classe burguesa, tanto que no artigo 17 proclamava a propriedade como direito inviolável e sagrado. O resultado disto seria a insuficiente proteção dos direitos e garantias individuais daqueles homens não proprietários, ou seja, o proletariado. A Lei, por sua vez, estaria legitimada pela vontade geral, resultado de uma soberania nacional, ou seja, a nação como um todo, de forma abstrata, e não a soberania popular, quer dizer, a soberania pertencente a todos e a cada um dos cidadãos. Cf. DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, 1998, p.41-2. De forma expressa, refere o autor: “En consecuencia, los ciudadanos serán después divididos en dos tipos, activos y pasivos, en razón precisamente de su contribución tributaria, tomado como base impositiva la propiedad privada, y sólo los primeros, propietarios contribuyentes, formarán parte del cuerpo electoral (sufragio censitario)”.

⁴³ SOUSA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*, p.160.

consolidou-se a ideologia segundo a qual, ao menos sob o manto da aparência, os agentes públicos que se submetem à legalidade exercem as funções administrativas com neutralidade política. Outrossim, os atos praticados são racionais na medida em que resultam de um processo dedutivo de realização da lei no caso concreto. Tal postura decorre da influência do pensamento exegético sobre o Direito Administrativo e a construção de instrumentos de controle adequados aos postulados jurídico-políticos da época, isto é, exatidão, plenitude, coerência, generalidade e caráter atemporal da lei.⁴⁴

Controlar o exercício da função administrativa, imerso em tais princípios epocais, é atividade preocupada basicamente com as co-relações que podiam ser construídas a partir do texto da lei, levando em conta tão-somente as características gerais e unívocas dos fatos. De outra banda, legalidade identificava-se como uma lei dotada de abstratividade e generalidade, excluindo-se qualquer aspecto substancial que pudesse ultrapassar tal racionalidade formal, como bem destacada Manuel Calvo Garcia em relação aos elementos que ingressavam no próprio processo de interpretação.⁴⁵

6.2 A importância do constitucionalismo moderno: da legalidade para o controle de juridicidade

A partir do que acima foi aludido, repensar o controle da Administração Pública exige mergulhar nas conseqüências do neoconstitucionalismo, superando-se, assim, as vetustas teorizações positivistas. Mas o que se compreende como constitucionalização do Direito Administrativo para os propósitos deste estudo? Trata-se de um processo de transformação, resultando na impregnação total pelas normas constitucionais. Como destacado por Ricardo Guastini.⁴⁶ Corolário, no plano do controle da Administração Pública, inicialmente, ele deve ser concebido no âmbito da constitucionalização de todos os espaços de decisão, não sendo crível falar-se em margens de liberdade imunes a algum grau de incidência constitucional. Destarte, como bem destacado pelo autor supra, a constitucionalização não é mero ato, mas autêntico processo de transformação, permanente construção de sentidos constitucionais capazes de dotar o controle de maior efetividade.⁴⁷

⁴⁴ Cf. CALVO GARCIA, Manuel. *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*, p.88.

⁴⁵ *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*, p.90. Sob outra perspectiva, destaca MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social. Reflexões sobre alguns rumos do Direito público neste século*, In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.92: "Assim, qualquer que fosse a lei dimanada do Estado, não importando se proviesse do poder dos reis, ainda que usurpadores do poder dos parlamentos ou do poder espúrio de tiranos, ela seria sempre o Direito na concepção tradicional da legalidade".

⁴⁶ *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p.49.

⁴⁷ Quando se fala em constitucionalização, portanto, não se trata de apenas inserir no âmbito do Direito Administrativo e, portanto, no controle das atividades administrativas regras e princípios constitucionais. Como destaca Alfonso Garcia Figueroa, a constitucionalização relaciona-se com o estilo de pensamento de juristas e teóricos, *La Teoría del Derecho en Tempos de Constitucionalismo*, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p.159. Aqui está um elemento importante para esta investigação. É curial debater o tema do controle da Administração Pública não somente com relação ao papel que o texto constitucional irá desempenhar, mas, fundamentalmente, indagar a postura assumida pelos órgãos de controle com o nominado neoconstitucionalismo.

Portanto, e talvez na contramão de alguns discursos surgidos no Brasil, especialmente a partir da década de 90, adota-se aqui o pressuposto segundo o qual o controle constitucional da coisa pública é um controle direcionado para alcançar todas as esferas de exercício de poder. Não se concebe, pois, dicotomizar os espaços alcançados pela constitucionalização daqueles que não são. Assume-se o posicionamento do controle constitucional gradual, seguindo-se o pensamento de Ricardo Guastini com relação ao ordenamento jurídico: “... la constitucionalización es una cuestión de grado en el sentido de que un ordenamiento jurídico puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento.”⁴⁸

Tal mister, no entanto, exige que no âmbito do Direito Administrativo estabeleça-se um novo modo de produção do direito, especialmente no que tange aos indicativos de controle, sendo interessante apontar as condições para que tal ocorra, como bem destaca o autor acima mencionado. A questão referente à existência de uma Constituição rígida não oferece maiores dificuldades, frente ao sistema constitucional adotado pelo Brasil com relação ao procedimento especial de alteração do texto constitucional. De qualquer sorte, é salutar para um Direito Administrativo impregnado pela Constituição a existência de alguns princípios e regras que estejam imunes a tal procedimento de reforma constitucional. Ressalvadas as hipóteses de cláusulas pétreas (§4º do artigo 60 da Constituição Federal) é curial repensar as sucessivas emendas constitucionais que, de algum modo ou outro, instauraram no âmbito da Administração Pública um verdadeiro caos constitucional, infelizmente soprando na direção de ventos reformistas e de limitadas concepções teóricas. O mais grave: não há como aumentar o grau de constitucionalização do controle sem o tempo necessário para impregnar as práticas administrativas do horizonte de sentido do texto da Constituição. Como consolidar uma cultura constitucional com sucessivas modificações?

Além disto, outra condição necessária é (a) a garantia jurisdicional da Constituição e o controle constitucional das decisões administrativas, pois somente com o Poder Judiciário comprometido com o olhar constitucional sobre as práticas administrativas será possível avançar na questão do controle da Administração. Não há dúvida que muito tem sido feito neste campo de atuação, mas há, por vezes, algumas posições ainda atreladas ao pensamento mais restrito do papel da atividade jurisdicional. Neste ponto, são pertinentes as observações de Tomás Ramón Fernández quando refere que na sua opinião as inconseqüências e contradições presentes no modo de compreender a discricionariedade administrativa e o seu correlato controle, decorrem da mescla inconsciente de princípios opostos; ao fato de ter-se apoiado no constitucionalismo

⁴⁸ La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p.50. A observação deste autor é interessante para problematizar o nível de aprofundamento constitucional do controle brasileiro sobre as atividades administrativas, não apenas no ponto de vista teórico, como efetivo. Com certeza, o argumento comum de aplicação do princípio da separação de poderes não pode servir de único sustentáculo para pautar a discussão. A título de referência, é interessante o estudo de Tomás R. Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*. 4.ed. Madrid: Civitas, 2002, quando coloca como importante elemento de controle a proibição das decisões arbitrárias.

da segunda pós-guerra para prolongar e continuar uma teoria nascida um século atrás em um marco constitucional essencialmente diferente enquanto presidido por um princípio, o da divisão de poderes.⁴⁹

No entendimento de Ricardo Guastini, outra condição é (b) a força vinculante da Constituição, ou seja, é imperioso ultrapassar os entendimentos doutrinários segundo os quais a Constituição não é mais que um manifesto político, cuja concretização é tarefa exclusiva do legislador. Muito embora pareça até óbvio esta colocação diante do atual estágio de evolução do pensamento constitucional, em termos de controle da coisa pública ainda há muito por fazer. Para Ricardo Guastini, “pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, de la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuína, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos”.⁵⁰ Corolário desta postura, o controle da Administração Pública deverá contribuir para aprofundar a vinculação da Constituição como um todo em relação ao exercício das funções administrativas, não deixando espaços vazios.⁵¹

Agora, o constitucionalismo aqui defendido não é ingênuo, ao ponto de apostar todas suas possibilidades no texto. Por esta razão, a (c) “sobreinterpretação” da Constituição e condição inexorável de tal processo, ou seja, a constitucionalização do controle da Administração Pública também vai depender da postura dos intérpretes frente à Constituição. Considerando que o texto constitucional pode admitir uma diversidade de sentidos, a “sobreinterpretação” relaciona-se com este modo de compreender o texto constitucional, pois o processo de produção de sentido pode ser de tal modo que sejam construídas diversas normas constitucionais idôneas para regular qualquer aspecto da função administrativa. Com efeito, “no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una political question, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes.”⁵²

Considerando estas condições, o controle (neo)constitucional da Administração Pública exige um Direito Administrativo compromissado com os objetivos constitucionais, marcado pela intervenção dos juízos de valor na análise da função administrativa e a prioridade do caráter prático do Direito,⁵³ determinando repensar os

⁴⁹ *De la Arbitrariedad de la Administración*, p.81. Logo, quando se fale em controle jurisdicional da Administração Pública exige-se repensar a dogmática tradicional, pois o ponto de partida que hoje impõe o texto constitucional não tem nada a ver com aquele que está na base de todo o processo histórico de construção das técnicas de controle do exercício dos poderes administrativos. O que antes era exceção, o princípio hodierno é a submissão plena de toda atuação administração à Lei e ao Direito(p.84).

⁵⁰ *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p.53.

⁵¹ É claro que isto não significa defender o entendimento de uma única e absoluta resposta constitucional para as decisões administrativas, mas a construção de um espaço de debate constitucional, adotando-se o constitucionalismo como *locus privilegiado* de respostas administrativas.

⁵² Cf. GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p.55.

⁵³ Cf. SASTRE ARIZA, Santiago. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p.245.

seguintes aspectos deste tipo de controle: 1) aspecto material: com a eclosão do constitucionalismo do século XX, e o Brasil não fugiu à regra, as Constituições inseriram diversas exigências de moral crítica, sob a forma de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais. Nas preciosas palavras de Alfonso Garcia Figueroa o Direito adquiriu uma forte carga axiológica, pois ficou “rematerializado”.⁵⁴ Na órbita desta proposta, é inexorável desenvolver uma teorização do controle constitucional da Administração Pública com um profundo caráter material, oposta às vetustas propostas do positivismo jurídico. Na medida em que o alcance constitucional é amplo e gradual sobre a função administrativa, urge repensar o aspecto material do controle a ser exercido; 2) aspectos estrutural e funcional: no que tange ao primeiro aspecto o controle constitucional da Administração Pública impõe nova estrutura das decisões jurídicas de controle, bem como modifica o tipo de argumentação que elas alimentam, considerando, especialmente, o efeito de irradiação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Controlar o exercício da função administrativa, desta feita, terá como consequência confrontar as próprias ponderações realizadas pelo Poder Público frente aos critérios constitucionais institucionalizados pelo texto constitucional, a partir do conjunto de leituras do presente e do passado realizados pelos intérpretes autorizados da Constituição (Häberle).

Com efeito, a partir do que acima foi explicitado, vale colacionar o entendimento de Paulo Otero para quem

...a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona.⁵⁵

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mencionado no início deste estudo, o tema referente ao controle da Administração Pública gera diversas angústias e frustrações, pois ao mesmo tempo em que há inúmeros institutos formais direcionados para o controle, perde-se muito quando questionada a eficácia. A problematização histórica, neste ponto, é salutar para colocar em xeque algumas concepções dogmáticas construídas ao longo do tempo. De qualquer sorte, como preceitua Roberto Dromi deve-se pensar em modernização do

⁵⁴ La Teoría del Derecho en Tempos de Constitucionalismo, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, p.159.

⁵⁵ *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina: Coimbra, 2003, p.15.

controle, não importando em transformação compulsiva do pré-existente, pois é um processo durante o qual as instituições, normas e funcionários que se tenham comprovado como eficazes devem ser mantidos, até que se tenham sérios fundamentos para realizar a sua mudança, de modo a garantir a vigência constante da fiscalização pública por meio da continuidade e permanência.⁵⁶

Na esteira do que destaca o autor supra, e o exame do controle público ao longo da história comprova, modernizar o controle da Administração Pública exige profunda reflexão com relação à sua dimensão organizacional, pois os melhores resultados são produzidos por sistemas de controle com harmonia interna, homogeneidade e simplificação. A profissionalização dos agentes responsáveis pelo controle é curial para materializar os objetivos constitucionais de criar condições de uma vida digna para os cidadãos. De outra banda, deve-se considerar as dimensões territoriais do Brasil, pois as peculiaridades regionais devem ser consideradas na construção dos sistema de controle, o que exige repensar o próprio pacto federativo.

A partir de um enfoque substancial, Roberto Dromi alude com razão a necessidade de redesenhar o alcance do controle, sob pena de não ser possível falar-se em modernização. Desta forma, adquirir consciência histórica represente dar-se conta das insuficiências de alguns parâmetros de legalidade, sendo que a constitucionalização do Direito Administrativo desempenhou papel fundamental, por exemplo, para eclodir com as separações metafísicas entre política e direito. Tornar efetivo o controle das decisões administrativas exige debater de forma clara o nível político presente nas ações dos agentes públicos. Corolário, o espaço constitucional surge como âmbito de debate destas escolhas e de todo o processo de gestão, compreendido como o exame de programas, projetos, planos e operações das entidades públicas.⁵⁷

Estes são alguns aspectos iniciais do debate sobre controle da Administração Pública, pois urge repensar as atividades administrativas no sentido de aprofundar a republicanização da coisa pública.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. v.I.
- ARISTÓTELES, A Política. Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. A Constituição de Atenas. Trad. de Francisco Murari Pires. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.
- BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio Fernández de. Derecho Público Romano. Madrid: Civitas, 6.ed., 2002.

⁵⁶ *Modernización del Control Público*. Madrid-México: Editorial Hispania Libros, 2005, p.8.

⁵⁷ Cf. DROMI, Roberto. *Modernización del Control Público*, p.93.