

REFLEXÕES KELSENEANAS SOBRE OS CÂNONES INTERPRETATIVOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL

Guilherme Gonçalves ALCÂNTARA¹

RESUMO: Crítica normativista dos três tradicionais pressupostos interpretativos do direito administrativo brasileiro - a desigualdade jurídica entre Administração e administrados; a presunção de legitimidade dos atos da Administração e; a outorga de poderes discricionários ao administrador.

Palavras-chave: Democracia Constitucional; Supremacia do Interesse Público.

1 INTRODUÇÃO

A presente análise se debruça sobre a possibilidade de sustentação do “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado (mormente) como pilar estrutural do Direito Administrativo brasileiro partindo da exposição da dicotomia presente no senso comum teórico dos juristas sobre o tema, bem como dos três cânones ‘hermenêuticos’ que se projetam por todo este ramo do Direito – e sua teoria: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público.

Na primeira seção do trabalho, expôs-se de forma breve o sentido da noção de supremacia do interesse público no senso comum teórico do direito administrativo brasileiro.

Na segunda seção, apontaram-se as insuficiências do paradigma normativista de ciência jurídica e de seu corolário no cotidiano do direito administrativo – o discurso da supremacia do interesse público – na atual fase do

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Mestrando em Direito Negocial como aluno especial na matéria de Mediação nas Relações Privadas, pela Universidade Estadual de Londrina. Professor Assistente de Direito Administrativo no Centro Universitário Toledo. Advogado. Endereço: Rua Alberto Marochio, n. 543, Jd. Guanabara, na cidade de Presidente Prudente/SP, CEP: 19033-300. CEL: (018) 99607-7322. Email: guilhermealcantara@msn.com

Constitucionalismo Contemporâneo e do Estado Democrático de Direito que lhe acompanha.

À parte final se dedica o esboço de uma alternativa ao paradigma positivista de direito e da noção intrínseca de supremacia do interesse público.

2 Expondo o problema: É possível a *supremacia do interesse público* no paradigma constitucional pós-1988? Três sintomáticos pressupostos do direito administrativo brasileiro no senso comum teórico

Uma respeitável parcela da doutrina brasileira – embora reconhecendo a evidente necessidade de releitura dos institutos do direito administrativo, imposta pelo Constitucionalismo Contemporâneo – sustenta a “existência” e “aplicabilidade” da supremacia do interesse público no direito administrativo, como princípio jurídico (GABARDO; HACHEM, e outros, in: DI PIETRO; RIBEIRO, 2010).

A defesa da supremacia do interesse público não promoveria qualquer desconsideração da esfera de direitos fundamentais, pois: a) o discurso da submissão do Estado à ordem jurídica e aos direitos humanos não é tão recente (SEABRA, 1967, p. 274), e; b) o conteúdo do “interesse público” só pode ser encontrado, objetivado, no direito positivo (MELLO, 2008, p. 67), lendo-se: posto pelo Estado, inclusive via atos discricionários (MELLO, 2008, p. 190).

Por isso, a supremacia do interesse público se inscreve(ria) na tensão autoridade/liberdade, essencial e originária do direito administrativo, cujas ideias (opostas) seriam, de um lado, a garantia de proteção aos direitos individuais frente ao Estado (tradutora do princípio da legalidade) e, de outro lado, a suposta necessidade de poderes e prerrogativas à Administração para que ela atinja seus fins - que traduz(iria) a supremacia do interesse público (DI PIETRO, 2010, p. 93). O equilíbrio entre estes conceitos indeterminados e abstratamente em tensão se dá(ria) mediante a (velha) técnica hermenêutica da “ponderação de valores no caso concreto” (GABARDO, 2011, p. 38).

O reconhecimento da supremacia do interesse público como “princípio jurídico” não constitui(ria) qualquer aviltamento ao Estado Democrático de Direito e ao Constitucionalismo Contemporâneo, e, logo, a crítica à supremacia do interesse

público peca(ria) por enxergar somente “parte” do direito administrativo, bem como carece(ria) de respaldo lógico e histórico (GABARDO; HACHEM, in DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 42).

Contudo, só é possível pensar o direito administrativo nesta “tensão”: liberdade (do cidadão) contra autoridade (da Administração)? Não existe outra forma de concebê-lo? Se, com efeito, a obediência da Administração Pública aos direitos humanos, bem como a técnica interpretativa da “proporcionalidade” e/ou “ponderação” e/ou “razoabilidade” na busca da conciliação da tensão liberdade/autoridade, não são a “descoberta da roda” na teoria do direito administrativo (DI PIETRO; RIBEIRO, 2010), o que podemos dizer que mudou, com o advento da principiologia constitucional?

Percebe-se que esta parcela da doutrina reconhece a supremacia do interesse público como um princípio jurídico. Mas, o que é isto? Para eles, o advento dos princípios constitucionais na ordem jurídica significa a introdução de uma versão sofisticada do modelo de princípios gerais do direito, que sucederam as codificações europeias – “uma espécie de ‘reforço’ da razão prática para o direito, que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão” (STRECK, 2011, p. 56).

Esta espécie de teoria “pós-positivista” do direito existe numa zona cinzenta entre a proposta procedimentalista de Habermas e a proposta argumentativo-analítica de Alexy, apostando – e isso é quase unanimidade nos manuais de direito administrativo - como já referido, num juízo de razoabilidade/proporcionalidade como “expediente apto a equilibrar a garantia de interesses individuais em função dos fins coletivos” (NOHARA, in: DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 149), isto é, não abrindo mão da discricionariedade da autoridade.

Ocorre que o sujeito solipsista – conforme veremos - ainda domina, nesta “versão” dos princípios jurídicos. Estes não são, aqui, elemento de fechamento interpretativo – herança dworkiniana -, como se observa, exemplarmente, com a abordagem dos três pressupostos interpretativos do direito administrativo que se apresenta a seguir. A presunção de legitimidade e a desigualdade jurídica do cidadão se incluem, na verdade, no último pressuposto: os poderes discricionários da autoridade, plenamente admitidos e reconhecidos nesta perspectiva.

A resistência proposta aqui à supremacia do interesse público reside neste ponto. É que uma autêntica teoria pós-positivista do direito é “pós” porque rompe e supera com o positivismo, sabedora do seu calcanhar de Aquiles: a ausência de perspectivas teóricas e práticas garantidoras de solução para a questão da aplicação/concretização do direito (MULLER, 2008, p. 11).

Existe outra perspectiva para os princípios constitucionais do pós-88, na qual eles têm caráter deontológico (não axiológico, não são “valores”), responsáveis pela introdução, na regra contramajoritária formal-clássica, da materialidade, do núcleo político-essencial, da Constituição (DWORKIN, 2000, p. 80 e segs.), e superam o esquema liberdade/autoridade, paradigma da doutrina do direito administrativo comum, porque a expressão, no caso brasileiro, do núcleo político-essencial no artigo 3º da Constituição Federal aponta para outro esquema, de vinculações, negativas (proibição do retrocesso) e positivas (concretização dos direitos prestacionais) (STRECK, 2011, p. 76).

Mais profunda é, contudo, a ruptura com o esquema filosófico sujeito/objeto que a hermenêutica filosófica proporciona a esta perspectiva, a qual constitui a teoria do direito como (uma das) voz(es) ativas na produção do seu próprio objeto de estudo: sujeito/objeto se tornam um continuum (SANTOS, 2011, p. 69), e abre-se espaço para uma efetiva comunidade aberta e plural de intérpretes da Constituição, como quer Peter Habermas.

Thomas Kuhn afirma que todas as ciências são fundamentadas, em última análise, em problemas políticos, e que um giro paradigmático ocorre numa ciência quando uma pergunta considerada pelo paradigma vigente como não-científica, metafísica (como é a pergunta de como aplicar o direito para Hans Kelsen) passa a ser um problema (político) central da comunidade de teóricos – como é a concretização dos direitos fundamentais para a teoria do direito brasileira (1998, p. 73-99). A partir daí, esta ciência entra em crise paradigmática, não porque não existem respostas para esta pergunta emergente, mas porque sequer existem instrumentos (conceitos), para encará-la.

Neste sentido, frente à evidente questão da concretização dos direitos fundamentais em um país de modernidade tardia como o Brasil, como a teoria do direito administrativo participa de forma mais ativa numa comunidade aberta de intérpretes da Constituição? Chancelando ipso facto os atos do administrador, fiel a

Hans Kelsen, ou mantendo uma postura crítica, de suspeita e questionamento frente às instituições?

O projeto desta análise aposta que somente neste sentido de princípio jurídico – de essência contramajoritária e, logo, antidiscricionária – que se pode admitir a defesa do interesse público após uma filtragem constitucional – despida, logo, dos “três cânones interpretativos do direito administrativo” – jamais conferindo poderes e prerrogativas discricionárias à autoridade aplicadora da lei.

Problematizam-se, para tanto, duas noções bastante evidentes no senso comum teórico dos juristas – especificamente o do direito administrativo. São elas a “a supremacia constitucional” e a “supremacia do interesse público”, esta, por seu turno, que desemboca em três pressupostos de interpretação que a doutrina majoritária brasileira tem entendido como necessárias, e até específicas, distintivas, do direito administrativo, quais sejam

1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público (MEIRELLES, 2014, p. 50).

O objetivo é demonstrar a evidente incoerência paradigmática que estas duas noções, conjugadas, produzem no processo de constitucionalização do direito, iniciado (em terras nativas) a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. É certo que - patologicamente – a maioria da doutrina jurídica brasileira, presa ao modo-se-ser positivista de jurista, compreende os princípios constitucionais brasileiros como continuidade aos “princípios gerais do direito” que sucederam as codificações do século XIX, o que impede de enxergar o sentido ruptural e de superação do Constitucionalismo Contemporâneo (STRECK, 2011, p. 56).

Acredita-se – com a Nova Crítica do Direito -, entretanto, que a instituição do Estado Democrático de Direito, e a principiologia constitucional que lhe representa, configuram uma ruptura com a ordem jurídica anteriormente vigente, razão pela qual o tradicionalíssimo conceito de “supremacia do interesse público”, diferente do que afirma a doutrina comum, não mais se coaduna com a “supremacia constitucional” indicativa do Constitucionalismo Contemporâneo.

Assim, defendo que, no senso comum teórico, a noção de “supremacia do interesse público” – e seus três pressupostos interpretativos – formam uma (forte)

resistência à autêntica entrada dos princípios constitucionais no direito administrativo.

Torna-se importante, portanto, abordar por um breve instante nosso adversário: o interesse público e o significado de sua “supremacia”. Deixemos – na esteira da “melhor hermenêutica” – que ele nos diga algo. Faço este exercício mediante o exame do que a doutrina comum diz a respeito daqueles três pressupostos tradicionais – e distintivos – do direito administrativo, que bem lhe manifestam: desigualdade jurídica entre Administração e administrado; presunção de legitimidade dos atos da Administração e; discricionariedade outorgada aos atos administrativos.

2.1 A desigualdade jurídica entre Administração e administrados

Uma primeira forma de abordar a supremacia do interesse público no senso comum teórico do direito administrativo é em relação a que(m) essa supremacia se impõe. Neste sentido, a doutrina nacional é unânime em justificar que a supremacia do interesse público se exerce sobre o direito privado.

É a partir de institutos como o poder de polícia (restringindo atividades individuais) e a desapropriação (que suprime o direito de propriedade), que a doutrina do direito administrativo – positivista - costuma enxergar a aplicação do (agora) “princípio” da supremacia do interesse público, dando a entender que existe uma hierarquia entre as liberdades negativas – conquistadas pelo Estado liberal – e os direitos sociais - do Estado Social -, na qual estas prevalecem sobre aquelas (CARVALHO FILHO, 2009, p. 31)².

² O professor José dos Santos Carvalho Filho discorda abertamente da hipótese que defendo aqui (a extirpação do sentido atual da '*supremacia do interesse público*', aliás. A respeito: “Algumas vezes têm se levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias” (Manual direito adm, p. 31). Abordarei certos pontos que o autor levantou para defender sua perspectiva oportunamente. Por ora, basta destacar que a última frase do autor revela a falácia do seu ponto de vista, visto que a

Assim é que Hely Lopes Meirelles justifica a desigualdade jurídica dos administrados em relação à Administração Pública argumentando que é próprio e característico do Direito Público que a assimetria exista, tendo em conta que a igualdade jurídica das partes na relação jurídica é própria do Direito Privado. Transcrevo:

Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios prerrogativas para o Poder Público, [...] que não podem ser desconhecidos ou desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum (2014, p. 50).

Abordarei melhor a (falsa) dicotomia entre Direito Privado e Direito Público oportunamente. Para o momento, quero chamar atenção ao tratamento que Kelsen dá à matéria.

Para a teoria pura do direito, tal dualismo não significa nada, possuindo sentido meramente ideológico (lembro que o normativismo jurídico se afirma antiideológico), pois a concepção de norma jurídica como ato de vontade do detentor dos meios coercitivos estatais imbrica na absoluta fusão entre direito e Estado (KELSEN, 2013, p. 166).

Logo, se levarmos em consideração o conselho de Kelsen, somos forçados a concluir que não existe Direito Privado, pois, se o direito se define pela ordem imposta pelo Estado – independente do seu conteúdo (KELSEN, 2013, p. 88-89) – todo direito é Direito Público e, de fato, para o normativismo jurídico todos os sujeitos à imposição de um comando estatal, por estarem sujeitos à vontade da autoridade (KELSEN, 2013, p. 153-154), estão em posição de desigualdade jurídica em relação ao Estado.

Quero dizer que o paradigma positivista de teoria do direito, na sua feição mais sofisticada, de Kelsen e Hart, estende, com efeito, o dogma da desigualdade jurídica entre cidadãos e Estado a todos os ramos do direito,

democracia constitucional não (mais) se submete à adulação grosseira que configura o mantra do *'vox populi, vox dei'* para as teorias políticas e jurídicas (ZAGREBELSKY, p. ???). Embora continue *popular*, a democracia do Estado Democrático de Direito possui limites intransponíveis a qualquer maioria, ou seja, possui aspectos *contramajoritários*.

presumindo – ipso facto – que o ato de vontade da autoridade contém o bem público, o bem da coletividade, que se sobrepõe a qualquer direito ou garantia individual. A discussão da justiça da norma é questão de teoria política (KELSEN, 2013, p. 81-82).

No mesmo sentido caminha o segundo desdobramento da “supremacia do interesse público” no direito administrativo, que abordo a seguir.

2.2 A presunção de legitimidade dos atos da Administração

Ainda com Meirelles, extraímos que o senso comum teórico dos juristas entende que a Administração é isenta da prova de legitimidade dos seus atos, visto que uma presunção acerca da validade acompanha toda a atividade pública, cabendo ao particular demonstrar – de forma inequívoca – o abuso ou desvio de poder (MEIRELLES, 2014, p. 51).

Mesmo nas obras “facilitadoras”, destinadas à preparação dos candidatos aos certames públicos – isto é, à formação do senso comum teórico das potenciais autoridades estatais – lá está a presunção de legitimidade como efeito “indireto” da supremacia do interesse público (ALEXANDRINO, 2015, p. 205).

Abordando um ponto de vista mais sofisticado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro subdivide a presunção de legitimidade dos atos administrativos (alçado também a status de “princípio”) em dois aspectos: um vinculado à veracidade e certeza dos fatos e outro ligado à legalidade do ato, com o objetivo de colocar o ônus da prova contrária a estas suposições a cargo do administrado, bem como garantir às decisões administrativas execução imediata (DI PIETRO, 2014, p. 69).

O paradigma positivista mais uma vez se revela, embora de modo instintivo, no senso comum teórico dos juristas escondendo a arbitrariedade dos atos da autoridade estatal mediante presunções ipso facto de normatividade dos atos legislativos, judiciários e executivos, necessárias à pureza metodológica do normativismo, para que o saber jurídico somente reproduza de modo descritivo o seu objeto, não interferindo (acredita ela) na sua produção (WARAT, 1983, p. 118-119).

Para arrematar a questão, preciso apresentar a última manifestação clássica da supremacia do interesse público no direito administrativo: a discricionariedade da autoridade.

2.3 O poder discricionário do administrador

É neste ponto que encontro a maior identidade entre a doutrina tradicional do direito administrativo e o paradigma positivista-autoritário que lhe aprisiona. Início transcrevendo a lição de Maria Sylvia Di Pietro, justificando a discricionariedade dos atos administrativos:

Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo. Se formos considerar a situação vigente no direito brasileiro, constataremos que, a partir da norma de grau superior - a Constituição -, outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada (2014, p. 221-222).

Desta posição não difere o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que divide – denunciando o caráter normativista do seu raciocínio – a questão da discricionariedade dos atos administrativos em exame da norma jurídica e exame do caso concreto (2011, p. 427-429) – como se fosse possível separar estes “âmbitos”.

Neste sentido – demonstrando compreender profundamente Hart – Mello afirma que

[...] se os antecedentes fáticos que legitimam a prática de um ato estão delineados por meio de palavras vagas, imprecisas, cabe à Administração determinar-lhes concretamente o alcance na espécie, cingida, embora, a certos limites adiante explanados (2011, p. 958);

Por isso, o professor conclui que a discricionariedade surge quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento não é possível extrair uma única solução para o caso concreto. Daí surgiria essa “liberdade” remanescente ao administrador (MELLO, 2011, p. 961).

Sobre a relação entre a discricionariedade e a noção de supremacia do interesse público, aponto as lições de José dos Santos Carvalho Filho, para quem o poder discricionário do administrador é prerrogativa de eleger, entre os diversos sentidos que se possa dar aos comandos legais que dirigem a atividade pública, o que melhor convir ao interesse público (2009, p. 47). No mesmo caminho, a doutrina descomplicada – para “concurseiros” (ALEXANDRINO, 2015, p. 244).

3. Crítica Kelseneana à discricionariedade administrativa

Esbocei de forma breve três cânones interpretativos que - segundo a doutrina tradicional – caracteriza(ria)m a especificidade do Direito Administrativo. Quero provar que a doutrina comum está errada nesta assertiva e posso fazer isso de duas maneiras: com Kelsen e Hart, posso demonstrar que estes três cânones são imanentes a todas as normas jurídicas, não apenas ao direito administrativo (este apenas constitui sua melhor representação no senso comum teórico) e; por outro lado, superando Kelsen e Hart, posso expor a crise da teoria jurídica no Brasil e as insuficiências de uma teoria pura do direito - e sua representação em nosso horizonte de sentidos – no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Utilizarei, no espaço deste trabalho, da primeira crítica – interna, pois joga com o positivismo (e com a filosofia da consciência) do qual a teoria jurídica brasileira ainda é refém – que parte da já adiantada crítica de Kelsen à dicotomia Direito Privado e Direito Público, para o qual a divisão só possui sentido ideológico e não teórico, pois todo direito é objetivo e público (estatal), no qual quaisquer liberdades (negativas, positivas) se justificam somente mediante as ordens estatais, radicalizando: o único direito fundamental é o de ser tratado conforme convir ao Estado (ABBOUD, 2011, p. 07).

Com efeito, esta crítica (contra o dualismo Direito Privado X Direito Público) não faz só Kelsen, mas muitos outros filósofos do direito. Wieacker, por exemplo, destaca que o último conjunto coerente do direito privado foi a (burguesa) pandectística alemã do século XIX, fundada na ética da autonomia de Kant. Nela, o direito privado (direito de propriedade e liberdade contratual) é “um sistema de

esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral” (WIEACKER, 1967 p. 717)³.

Qual a consequência disso? É que se todo cidadão está à mercê da vontade da autoridade (e a teoria pura do direito e sua hermenêutica denotam isto, como poderei demonstrar), o discurso tradicional da doutrina brasileira de que onde há função administrativa não há vontade pessoal da autoridade (MELLO, 2011, p. 98) é uma falácia que mascara um paradigma autoritário de direito, caso não caiba à doutrina jurídica doutrinar os juristas.

O fato é que, no paradigma positivista de teoria jurídica, a desigualdade entre Estado e indivíduo não é especialidade do direito administrativo, antes faz parte da teoria geral do Direito. Kelsen deixa claro que o direito subjetivo – como “instituição ante a qual a estrutura interna do ordenamento jurídico se encontra diante de uma barreira intransponível” (2013, p. 105) – é uma criação ideológica e, portanto, não merece consideração na teoria jurídica (2013, p. 104-110).

A Teoria Pura do Direito reduz todos os direitos subjetivos a direitos objetivos, seja na forma de autorizações ou deveres, levando às últimas consequências as ideias fundamentais que já existiam no positivismo oitocentista ao afirmar que “o direito subjetivo não é diverso do objetivo: é o próprio direito objetivo” (KELSEN, 2013, p. 109).

Repito, com Georges Abboud, que se trata de uma ciência jurídica própria do paradigma estatalista de direito, mediante o qual só existe um direito

³ Também Habermas destaca que a (ainda utilizada em terras nativas) divisão entre Direito Privado e Direito Público é um mito desde a instauração da República de Weimar, do desenvolvimento do Estado Providência, do conseqüente surgimento de novas áreas do direito como o econômico, o social, o do trabalho, e da *materialização* do direito penal, de contratos e de propriedade, que constituem uma fusão de princípios antes divididos em Direito Público e Direito Privado (1997, p. 134). Mais do autor a respeito: “[...] até a codificação do código civil [alemão] de 1900, o direito privado estruturou-se como um domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo, a salvo da força impregnadora de uma ordem constitucional democrática. Sob a premissa da separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da ideia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o status negativo da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho [função legislativa, judiciária e administrativa], estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob o controle a administração que operava sob a reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o status jurídico positivo das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual. [...] no entanto, a instauração da República de Weimar fez com que caíssem os fundamentos jurídico-constitucionais nos quais se apoiava a autarquia do direito privado; a partir de então, não era mais possível opor o direito privado, tido como o reino da liberdade individual, ao direito público, tido como o campo de ação das imposições do Estado” (HABERMAS, 1997, p. 132).

fundamental: o de ser tratado conforme a vontade da autoridade investida (pelo direito objetivo) (2011, p. 07) e, aqui, não existe espaço para igualdade jurídica entre cidadão e Estado em nenhum ramo do direito.

Não foge desta noção a outra crença que se diz própria do direito administrativo: a da presunção de legitimidade dos atos administrativos, que nada mais reproduz no senso comum teórico dos juristas o desinteresse da teoria do direito positivista pela autointerpretação do material histórico-social dos atos jurídicos (KELSEN, 2013, p. 69-70)

Para Kelsen, não só os atos administrativos se presumem dotados de validade e certeza – no esteio da lição de Maria Sylvia Di Pietro – mas todos os atos jurídicos, visto que:

A indagação sobre qual das várias possibilidades na moldura de uma norma é a 'justa' é não uma indagação dirigida ao conhecimento do direito positivo, não um problema jurídico-teórico, mas político-jurídico (KELSEN, 2013, p. 153).

Esse trecho – que ilustra muito bem a hermenêutica normativista, adiante tratada – denota o caráter antiideológico da Teoria Pura do Direito, que se limita (creem alguns) a descrever “o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto” (KELSEN, 2013, p. 81). Daí a presunção de legitimidade de todas as normas jurídicas, da Constituição a uma portaria.

E é por isso, também, que o último dogma do direito administrativo – a outorga de poderes discricionários da Administração – não é característico (apenas) deste ramo do direito, pois a teoria geral do direito (positivista) não está autorizada a indicar como a autoridade deve aplicar/executar uma lei, cabendo-lhe somente catalogar as diversas possibilidades de interpretação a serem escolhidas pela autoridade (KELSEN, 2013, p. 150).

Isto é, esteja-se diante de uma indeterminação “intencional” ou “não-intencional” do texto legal, a autoridade executora (juiz ou administrador⁴) sempre

⁴ Não olvido da reprimenda que Streck faz a respeito do erro que é confundir a discricionariedade judicial com a discricionariedade dos atos administrativos, esquecendo que enquanto esta é uma espécie de *judicial self-restraint* (um freio à imiscuência judiciária legítima) (2011, p. 41), aquela é conceito – convalidado pelo normativismo – que se traduz na criação, pelo juiz, de “uma regulação para um caso que, antes da sua decisão, não encontrava respaldo no direito da comunidade política” (STRECK, 2011, P. 40). No entanto, acredito que essa reprimenda se dirige aos que defendem a discricionariedade judicial com fundamento na “legitimidade” dos atos administrativos discricionários, não a quem procurar desenvolver uma teoria dos atos administrativos *antidiscricionária*, como tento

terá diante de si a pluralidade de significados na palavra ou frase que “expressa” a “norma” (KELSEN, 2013, p. 148-149). Combinando este fator com o “caráter antiideológico” da Teoria Pura do Direito – que não lhe permite interpretar a norma jurídica como faz a autoridade (administrativa, legislativa ou judiciária) – temos a discricionariedade como elemento imanente a todo o direito positivo.

Todos estes pontos nos levam a uma conclusão: a da plena vinculação da supremacia do interesse público, e seus dogmas interpretativos no direito administrativo, ao paradigma positivista do direito (e de teoria do direito, expressa de forma mais sofisticada no normativismo kelseniano-hartiano). A apropriação de conceitos da teoria geral do direito (positivista) e sua reprodução no senso comum teórico dos juristas como termos específicos e próprios (garantidores de autonomia disciplinar) do direito administrativo só significa que este ramo do direito é um dos que podem ofertar as maiores resistências a uma filtragem hermenêutico-constitucional do seu conteúdo.

A noção de discricionariedade (presente da Escola do Direito Livre ao normativismo de Kelsen e Hart), traduzida no fato de que, no momento da decisão, existe sempre uma zona de penumbra da razão, a ser preenchida pelo arbítrio do aplicador/produtor da norma jurídica (STRECK, 2011, p. 38), é o que uma teoria do direito fundada no contexto intersubjetivo (avesso a solipsismos e seus discursos monológicos) típico do Estado Democrático de Direito precisa se defrontar.

4. Considerações finais: propondo alternativas - o paradigma hermenêutico na teoria do direito e a principiologia constitucional como standard de conformação da atividade administrativa

Na primeira seção do trabalho expus de forma breve o sentido da noção de supremacia do interesse público no senso comum teórico do direito

propor, inclusive com escopo na Nova Crítica do Direito. O próprio Streck destaca que a insindicabilidade dos atos administrativos discricionários é um problema a ser enfrentado pela doutrina jurídica brasileira. Vide: “No contexto atual, praticamente todos os países europeus estão revendo o conceito de discricionariedade administrativa, pois já se admite controle jurisdicional, mesmo nos casos de discricionariedade do administrador. Entre nós essa discussão ganha peso, na medida em que possuímos uma Constituição compromissória que também impõe obrigações ao administrador. Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Portanto, o ato administrativo escapa de um controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade” (2011, p. 41).

administrativo brasileiro, decompondo os três cânones interpretativos que ele oferece para este ramo do direito como distintivos e específicos. Oportunamente, demonstrei a íntima relação que a supremacia do interesse público mantém com o paradigma normativista de ciência jurídica, a ponto de se revelar, ao cabo do raciocínio, uma das melhores representações da Teoria Pura do Direito no senso comum teórico dos juristas brasileiros.

Na segunda seção, aponte as insuficiências do paradigma normativista de ciência jurídica e de seu corolário no cotidiano do direito administrativo – o discurso da supremacia do interesse público – na atual fase do Constitucionalismo Contemporâneo e do Estado Democrático de Direito que lhe acompanha, urgindo pela substituição do atual paradigma de ciência jurídica pelo paradigma hermenêutico do direito.

Agora, nesta parte final, me dedico a esboçar a alternativa ao paradigma positivista de direito e da noção intrínseca de supremacia do interesse público. Ao paradigma normativista se substitui um paradigma hermenêutico-filosófico; no lugar de um modelo de ciência jurídica neutra se coloca uma doutrina ativa – que constrói a si e seu objeto numa relação dialógica - e; ao invés de supremacia do interesse público, os juristas precisam falar de supremacia constitucional. A incompatibilidade entre os modelos eu já expus, resta apontar o que muda com tais substituições.

Preciso alertar, escorado em Boaventura de Sousa Santos, que o paradigma emergente de ciência (jurídica) é fruto dos sinais de crises irreversíveis do paradigma dominante, os quais só nos permitem especular acerca do que pode resultar desta revolução científica no direito (2011, p. 68).

Não duvido, também, que as substituições acima pontuadas não são somente trocas de nomes ou de posições. Vimos, por exemplo, que o paradigma hermenêutico-filosófico não tem nada de similar com o sentido moderno que se deu à hermenêutica e, assim, tampouco esta nova teoria do direito administrativo foge da pretensão de descrever neutra e objetivamente seu objeto. No mesmo sentido segue o modo-de-ser do “operador do direito” que, dentro das exigências intersubjetivas do Estado Democrático de Direito, precisa se conscientizar de seu habitus positivista-autoritário.

Isso constitui um sério desafio num senso comum teórico petrificado pelos dogmas positivistas, o qual se insere, por sua vez, num país marcado pelo

tratamento privado da coisa pública, cuja estrutura, principalmente a administrativa, não se alterou muito desde a ditadura, pois a “Reforma do Estado” de 1990, como afirma Gilberto Bercovici, que introduziu as agências reguladoras na estrutura administrativa brasileira, não passou de “um novo patrimonialismo”, promovedor da retirada de extensos setores da sociedade do debate público e democrático, deixando pendente a questão do controle público da atuação estatal (BERCOVICI, in: TELES, SAFATLE, 2010, p. 89-90).

Contudo, se o Constitucionalismo Contemporâneo, como afirma Streck, substitui um direito meramente legitimador das relações de poder – típico da ditadura de 1964-88, contudo sempre presente na história brasileira - por um direito com potencialidade de transformar a sociedade (2011, p. 59), no mesmo sentido deve seguir a ciência jurídica que, desde o século XIX, fundada na consciência filosófica de Bacon e Descartes (mas que encontra origens em Parmênides e Platão), tem se preocupado em possibilitar uma (e só uma) forma de conhecimento verdadeiro, puro, neutro, objetivo, imparcial (SANTOS, 2011, p. 61).

Ocorre que o conhecimento verdadeiro, puro, nos moldes matemáticos que se propõe por Kelsen, por exemplo, pressupõe que não exista comunicação e diálogo no esquema sujeito-objeto que preside a ciência (jurídica) moderna (SANTOS, 2011, p. 71). Presa ao “paradigma da simplificação”, a ciência moderna seguiu separando sujeito e objeto, filosofia e ciência, culminando na impossibilidade de conceber o elo inseparável entre o observador e a coisa observada (MORIN, 2015, p. 12).

Com Streck, destaco que é neste ponto que a hermenêutica filosófica leva vantagem sobre as demais propostas teóricas para o direito: é o nosso modo prático de ser-no-mundo que comanda a nossa compreensão das coisas – e do direito -, em oposição ao mundo das regras do positivismo⁵ (2011, p. 70). Fazer hermenêutica filosófica é ir além daquilo que o intérprete quer e faz do que interpreta (GADAMER, 2002, p. 28) e, neste sentido, o conceito de norma jurídica como ato de

⁵ “[...] a crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às tese da viragem linguístico-ontológica, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica” (STRECK, 2011, p. 268).

vontade da autoridade nos é raso e inútil – e no mesmo sentido o são as concepções de direito como produto de um juízo de ponderação ou situação ideal de comunicação, porque não sabem o que fazer com a pré-compreensão, na hermenêutica filosófica, condição de possibilidade de qualquer discussão a respeito do direito (STRECK, 2011, p. 141).

Urge uma teoria crítica do direito, que não seja monocultural como as que presenciamos no século passado, isto é que não compartilhe do ideal de unidade - ou universalidade - do saber da ciência moderna, mas proponha uma ecologia dos saberes, que faça as aspirações de culturas oprimidas – silenciadas devidos a séculos de contato colonial e de desprezo com a cultura ocidental – ressurgirem por meio de outras linguagens, outras racionalidades, emancipadoras e não reprodutoras da dominação (SANTOS, 2007, p. 51-55).

Num contexto de teoria crítica e Constitucionalismo Contemporâneo, a doutrina jurídica não pode deixar de refletir a respeito dos atos concretos da autoridade, e assim qualquer presunção de legitimidade e poder discricionário à Administração Pública - fundada em quaisquer adágios - são camuflagens e silenciamentos de relações de poder que instrumentalizam a democracia⁶ (ZAGREBELSKY, 2012, p. 129-131). Outrossim, como distinguir “interesse público” das determinações constitucionais, se o Estado Democrático de Direito significa, justamente, a conjugação entre democracia e constitucionalismo⁷ (HABERMAS, 1997b, p. 128-139; DWORKIN, 2000, 80 e ss; STRECK, 2009, p. 17-37)?

⁶ O prof. Georges Abboud destaca que: "A restrição dos direitos fundamentais pode estar constitucionalmente autorizada e fundamentada em interesse social, mas não no interesse público. Isso ocorre porque a decretação do “interesse público” é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de “público” em tudo o que toca. Nesse cotejo, do ponto de vista prático seria complicado conseguir demonstrar que determinada restrição não atende o interesse público contra justamente o instituidor e o principal beneficiário da restrição. Ao contrário, o interesse social demanda justificativa exaustiva por parte do Poder Público quando determinar a restrição a algum direito fundamental, haja vista que terá de demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos fundamentais que serão beneficiados com a medida e qual o dispositivo constitucional autorizativo da referida restrição. No Estado Constitucional, não há mais espaço para o ato administrativo puramente discricionário. A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fáctico-jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível" (ABBOUD, 2011, p. 20).

⁷ Recordo, com Streck, que “[...] a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. [...] Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e a democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites-freios às maiorias eventuais” (STRECK, 2011, p. 76).

É nestes moldes que se forma uma teoria do direito administrativo antidiscricionária, reconhecedora da polifonia que constitui seu objeto de estudo, que não se limita – como faz a tradição positivista de ciência jurídica – à vontade da autoridade interpretadora, pois suas proposições não são – e nunca foram - neutras, mas também interpretações, pois interpretar é aplicar (GADAMER, STRECK). A força deontológica da principiologia constitucional (DWORKIN) difere da supremacia do interesse público pelo alto grau de accountability que oferece, constituindo uma vantagem à sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HABERLE) e ao paradigma intersubjetivo do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais.** Revista dos Tribunais, vol. 907, p. 61, Mai/2011, DTR. 2011\1443.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado.** 23. ed. rev.. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de direito administrativo brasileiro.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo/SP: Ed. Martins Fontes. 2006.

_____, **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GABARDO, Emerson. **A relação entre interesse público e direitos fundamentais.** Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública. Buenos Aires. n. 394, 2011, p. 29-39.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: vol. I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes. 1997.

HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997b.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5 ed. São Paulo: Perspectiva. 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40 ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 6.ed. Paris: Dalloz, 1973.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Vol I: Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 8 ed. São Paulo: Cortez. 2011.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1988.

SEABRA, Miguel. **O controle dos atos administrativo pelo poder judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: vol. I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. 1995.

_____, **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1984.

_____, **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Ed. da UFSC. 1983.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian. 1967.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Trad: Monica de Sanctis Viana. São Paulo/SP: Saraiva. 2012.