

UM OLHAR PÓS-MODERNO SOBRE A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

A VIEW ON THE POST-MODERN ADMINISTRATIVE LEGALITY

Alana Carlech Correia

RESUMO

O Estado moderno foi construído segundo a racionalidade, a sistematização e a hierarquia, características típicas dessa era. Com isso, a lei em sentido estrito ganhou destaque, sendo a grande ditadora da ação estatal, sobretudo da administração pública. A medida em que esta atuação estatal pautada na lei deixou de atender aos anseios sociais, adaptações foram feitas, no sentido de se permitir que outros órgãos, principalmente do Poder Executivo, passassem a também editar textos normativos capazes de fundamentar a atuação do Estado. Ao mesmo tempo, os princípios constitucionais ganharam força normativa suficiente para fundamentar as decisões da administração pública, motivo pelo qual passou-se a falar em Juridicidade Administrativa, em virtude da administração estar agora submetida ao Direito, e não mais em legalidade administrativa. O fato de a administração pública estar agora submetida ao Direito é uma característica de uma nova era, qual seja, a pós-modernidade, pois o Direito engloba uma quantidade infinita de normas, seja na forma de lei, de regulamento, de tratado, mas sobretudo de princípios, o que demonstra uma ruptura do paradigma do Estado Moderno e um caminhar para o Estado Pós-Moderno.

Palavras-chave: Pós-modernidade; juridicidade; Estado; administração pública.

ABSTRACT

The modern state was built in rationality, systematization and hierarchy, typical of that time of the History. So the law strictly prominence, being the great dictator of state action, especially public administration. The extent to which this state action guided by the law failed to meet social expectations, adjustments were made in order to allow other organs, especially the executive branch, the pass also able to edit texts normative support state action. At the same time, constitutional principles have gained legal force sufficient to support the decisions of public administration, which is why we started to talk about legality Administrative because the administration now be submitted to the law, rather than in administrative legality. The fact that the government now be submitted to the Law is a feature of a new era, that is, post-modernity, because the law includes an endless amount of rules, whether in the form of a law, regulation, treaty, but above principles, which shows a breakdown of the paradigm of the modern state, and a walk to the Post-Modern State.

Keywords: Postmodernism, legality, state, public administration.

1 INTRODUÇÃO: PROBLEMA E HIPÓTESE

Tradicionalmente, o Estado e o Direito estão estreitamente ligados, eis que o Estado age por meio do Direito. Ao editar regras obrigatórias, o Estado demonstra o seu poder diante da sociedade governada. Ao mesmo tempo, a própria ação estatal na modernidade estava condicionada a idéia de limitação aos ditames dos regramentos jurídicos.

Ao longo do tempo, percebeu-se a elevação do primado da lei a patamares heróicos, no sentido de esta seria capaz de ditar como o Estado agiria, ao mesmo tempo em que protegia o cidadão da ação estatal.

No entanto, a medida que a sociedade foi se tornando mais complexa e o retorno que esta esperava do próprio Estado aumentou, outras fontes que fundamentavam a ação estatal ganharam espaço no ordenamento jurídico, de modo que hoje não se fala apenas em legalidade administrativa, mas em juridicidade administrativa, já a administração pública se encontra hoje submetida ao Direito como um todo.

Essa mudança no raciocínio administrativo implica na evolução não apenas no sentido da legalidade administrativa, como também no sentido de separação dos Poderes, já que, no caso ora estudado, a função normativa deixa de ser uma característica forte apenas do Poder Legislativo e passa a ser exercida com a mesma importância por outros órgãos, ao mesmo tempo em que os princípios ganham peso.

Pensar na força normativa dos princípios é inconcebível dentro de um Estado tradicional moderno, o que implica em uma ruptura do paradigma estatal, rumo a pós-modernidade.

2 DO MODERNO AO PÓS-MODERNO

Na era chamada modernidade, a razão cartesiana impera.

Essa modernidade surgiu com características marcantes, como o culto ao desenvolvimento técnico-científico, elementos econômicos em que os esforços foram no sentido de concentrar os meios de produção e com a característica mais evidente de criação do Estado moderno. Essas características demonstram o processo de racionalização da própria organização social.

Jacques Chevallier (2009, p. 14) destaca dois valores como fundamentais à modernidade:

De um lado, o culto da razão, que substitui a obediência aos deuses e a submissão às leis da Natureza. O princípio da transcendência, que erigia uma instância exterior e superior ao corpo social como depositário de todo saber e de todo poder, dá lugar a um princípio de imanência, que torna os homens donos de seus próprios destinos; guiados somente pela sua própria razão, supõe-se que eles disponham da capacidade necessária para alcançar uma vida melhor; o desencatamento do mundo, ligado ao processo de secularização, é acompanhado assim de um otimismo reformador que conduz a uma projeção em direção ao futuro. Esse império da razão é acompanhado de uma série de crenças, que constituem tantos outros mitos

inerentes à modernidade: crença nas virtudes da ciência, dotando o homem de um senhorio cada vez maior sobre a natureza; fé no progresso, que deve se traduzir em uma melhoria do bem-estar individual e da justiça social; idéia de que a história tem um sentido (historicismo) e que a razão acabará por impor a sua lei; convicção no universalismo dos modelos construídos no ocidente, chamados a servir, enquanto expressão própria da razão, de modelos de referência.

Por outro lado, o primado atribuído ao indivíduo, colocado no centro da organização social e política. Enquanto as sociedades tradicionais, de tipo holístico, apercebem-se como entidades coletivas, a relação social é construída na sociedade moderna a partir dos indivíduos: é a afirmação da irreduzível singularidade de cada ser humano, desvinculado das relações tradicionais de fidelidade comunitária e dotado de uma margem de autonomia, de uma capacidade de livre determinação que lhe permite levar a sua existência como ele bem entende, que o faz mestre de seu destino; mas é também a idéia de que a fonte de todo o poder, o fundamento de toda a autoridade reside no consentimento dos indivíduos. O indivíduo torna-se assim a referência suprema, tanto na esfera particular, como na esfera pública, através da figura do cidadão. Essa nova concepção do mundo será um possante motor de mudanças, levando à reconstrução da sociedade e do político sob os auspícios de novos princípios.

Com isso, construiu-se um modelo estatal em que há institucionalização do poder, estabelecimento do monopólio da força em que o Estado é delimitado por suas fronteiras, onde exerce sua soberania. Além disso, entendia-se por uma unidade de valores, em que o Estado representava a totalidade coerente, a ordem, a estrutura (CHEVALIER, 2009, p. 15).

Porém, a crise das instituições recentemente vislumbradas levou a construção, gradual, de um modelo Estatal diverso.

Jacques Chevalier (2009, p. 16) destaca alguns fatores determinantes para esta mudança de paradigma estatal:

A colocação em evidência dos efeitos negativos produzidos pela lógica da modernidade não é nova: o desvio instrumental de uma razão concebida sob o ângulo de sua eficácia, a perda de identidade ligada ao enfraquecimento dos laços comunitários foram destacados com frequência.

... a libertação formal do indivíduo, desvinculado das ligações de dependência pessoal, era contrabalançada pelo fato de que as relações sociais são, nas sociedades modernas, marcadas pela impessoalidade, pela instrumentalidade, pela neutralidade afetiva – a vida comum tomando a forma da “sociedade anônima” – e pelo triunfo do utilitarismo, da racionalidade calculada; e essas análises foram retomadas por diversos autores, notadamente da Escola de Frankfurt, para quem a modernidade produziu três males essenciais: o individualismo conduziu à perda do sentido, traduzida pelo desaparecimento dos ideais e pelo recentramento sobre o si mesmo; a primazia da razão instrumental conduziu ao eclipse dos fins, o único critério que predomina doravante é o da eficácia máxima: enfim, a perda da liberdade resulta do sentimento de impotência que afeta o indivíduo-cidadão, subjogado pelo mercado e pelo Estado.

Somem-se a estes fatos as mudanças que percebemos a olhos nus em nível social: revoluções tecnológicas, mutação do sistema produtivo, transformação da estratificação

social, entre outras. As sociedades estão dominadas pela urgência e por incertezas que colocam em xeque o mito da razão. É que a razão não foi capaz de atender eficientemente os anseios sociais, de modo que esta sociedade agora se ampara na imprevisão.

Jacques Chevalier (2009, p. 19) destaca ainda a modificação da relação com o coletivo:

Exaltando as diferenças e as singularidades, o hiperindividualismo encontra-se aos antípodas de um humanismo, que, ao contrário, coloque a ênfase sobre a existência de um denominador comum, de uma dignidade comum entre todos os homens; não poderia deixar de haver, a partir daí, um efeito sobre a relação com o público. Ao mesmo tempo, conduzindo ao tribalismo, tornam mais aleatório o vínculo de cidadania e mais precário o consentimento em face à autoridade, os valores do privado tendem a penetrar na esfera do público, o modelo militante tradicional, fundado sobre uma forte consciência de pertinência, dá lugar a novos tipos de engajamentos, mais descontínuos e mais voláteis, mas envolvendo uma maior implicação pessoal; e a linha de demarcação que separava a vida pública e a vida privada tende a desaparecer, a intimidade dos líderes políticos sendo cada vez mais exposta, em muitos casos, por sua própria iniciativa, sob o olhar do público.

Logicamente, no que diz respeito ao próprio Estado, mudanças determinantes aconteceram. É o que destaca Jacques Chevalier (2009, p. 115):

Na medida em que elimina determinados atributos do Estado, que pareciam entranhar a sua essência, a reconfiguração dos aparelhos do Estado, que se encontra em curso, não poderia deixar de ter um efeito quanto à sua relação com o direito e sobre a concepção mesma dos fenômenos jurídicos: a inserção do Estado em um mundo cada vez mais interdependente, a reorientação de suas funções, a atenuação da linha de demarcação com o privado, os abalos à sua arquitetura, todas essas inflexões têm implicações jurídicas, ou melhor, traduzem-se em termos jurídicos, através da linguagem e das categorias do direito; à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno. Mais precisamente, ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o direito como o Estado: paralelamente ao direito clássico, ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade.

Em verdade, tínhamos o direito moderno, alicerçado no processo de racionalização, com um rigor formal bastante característico, em que se destacavam a generalidade e a estabilidade da lei (CHEVALIER, 2009, p. 117). O Direito tinha, portanto, autoridade em razão da sua origem, senão vejamos (CHEVALIER, 2009, p. 118):

[Na modernidade], o Direito é então investido de um capital de autoridade, ligado à sua origem: ele é reputado como proveniente de um Sujeito exterior e superior à sociedade: com efeito, a laicização não fez desaparecer essa dimensão transcendental, desembaraçando o direito do invólucro mágico ou religioso que o recobre nas sociedades tradicionais; a autoridade que a ele se vincula deriva de um mecanismo de imputação a um sujeito anônimo,

inatingível e misterioso, do qual provém a Lei, e que é doravante o Estado. O direito permanece, desse modo, percebido como uma ordem sagrada, projeção de uma razão transcendente ao corpo social, depositário do saber e fonte de todo o poder.

No entanto, esse direito regulador passa a sofrer críticas, sobretudo com o próprio avançar da atividade normativa, que rompeu com fetichismo da lei. As novas fontes normativas (tratados, regulamentos, decretos, súmulas) fez com que o Direito perdesse a sistematicidade típica da modernidade, juntamente com a perda da generalidade e da estabilidade. Visualizou-se uma proliferação anárquica de regras, o que indeterminou os contornos do Direito.

Assim, Jacques Chevalier (2009, p. 122) resume:

Correlativamente, essa vontade de apanhar a realidade o mais intensamente condena o direito a ajustamentos constantes: a estabilidade da regra jurídica estava ligada à sua generalidade; a partir do instante em que torna precisa e detalhada, ela tende também a ser atingida mais rapidamente pela obsolescência. Desse modo, o direito não apresentará mais as características formais que tradicionalmente eram suas e que testemunhavam a sua racionalidade, essa constatação não é senão epifenomenal e remete a uma crise mais profunda de crenças em torno do Direito.

Ao adaptar a essa nova reconfiguração jurídica, a própria administração pública mudou a sua forma de agir, buscando pautar sua atividade não mais na rigidez da lei, mas na fluidez da juridicidade. É o que se verá.

3 A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

Entende-se, hoje, pela existência da crise da lei formal, conforme anuncia Gustavo Binenbojm (2008, p. 145):

A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mas especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da idéia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada.

Este fenômeno da crise da lei gerou efeito em vários ramos do Direito e especialmente na vinculação administrativa à legalidade, que classicamente se dava por meio da vinculação positiva à lei, na qual a função administrativa era resumida a aplicação da lei de ofício.

Como razões para a mudança no paradigma interpretativo em relação a legalidade administrativa, Gustavo Binenbojm (2008, p. 147) aponta 5 fatores. O primeiro deles seria a

proliferação legislativa, embasada no mito de que a lei seria apta a resolver todos os problemas da sociedade. Quanto a este fator, Eros Grau (1998, p. 187) leciona que a inflação normativa coloca os ideais de segurança e certeza jurídica sob comprometimento.

Um segundo ponto seria o fato de a lei, além de poder veicular injustiças, poder ser verdadeiro fundamento para barbáries, haja vista o fato de toda lei ser válida se aprovada segundo o processo legislativo, independentemente do seu conteúdo. Ora, diante de atitudes legítimas como a nazi-fascista presenciada no século passado, constatou-se que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade.

Outro fator é que a lei deixou de ser o principal e mais importante meio de manifestação de vontade de uma sociedade depois do nascimento do constitucionalismo no lugar do legalismo. É o que destaca Gustavo Binenbojm (2008, p. 149):

Diante do fracasso da lei, notadamente no segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo. Com efeito, a Constituição, enquanto sistema de princípios (expressão deontológica de valores), ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normatividade constitucional, passando-se a falar numa constitucionalização do direito.

A reboque do triunfo do constitucionalista, a lei perde importância diante do largo desenvolvimento de sofisticados meios de controle da constitucionalidade dos atos legislativos. A lei perde o seu protagonismo na criação do direito na medida em que se torna mais um entre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional. Realmente, nada mais demonstra a erosão do mito da lei que a difusão de tribunais e órgãos constitucionais mundo afora (de viés mais acentuadamente jurisdicional ou mais marcadamente político), inclusive na França, berço do legalismo.

Nesse sentido, no campo do Direito administrativo, a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte jurídica. É o que Canotilho (1998, p. 834) chama de legalidade sem lei.

Gustavo Binenbojm (2008, p. 150) continua:

Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativa. A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do Direito Administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais.

O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência.

A conclusão óbvia é que a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios

e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular (Binenbojm, 2008, p. 151).

Nesse sentido, Érico Andrade (2010, p. 253) pondera:

A concepção teórica do princípio da legalidade como esquema de proteção do cidadão em face da Administração não encontra ressonância na realidade administrativa, em que a lei era e é usada, muitas vezes, não para proteger o cidadão, mas para superar os obstáculos jurídicos que a administração encontrava no seu percurso. A lei acaba por servir de mecanismo de proteção para a própria administração, para conferir a esta posição privilegiada e de superioridade em relação ao cidadão.

Ora, de uma simples busca pelos valores da Constituição, percebe-se claramente que esta atuação da legalidade como apontada está longe de alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil.

A quarta razão da crise da lei formal decorre da própria atividade normativa anteriormente mencionada, na qual há criação de uma série de atos normativos capazes de servirem de fundamento a atuação administrativa. Assim, hoje a atividade normativa fundamenta-se na lei, na Constituição e em diversos outros atos normativos editados por entes diversos do Legislativo (GRAU, 1998, p. 179).

É o que resume Érico Andrade (2010, p. 259):

Com isso, a administração é submetida não só a lei, mas também à Constituição, aos tratados internacionais, aos regulamentos e decretos que edita, às diretrizes comunitárias no caso da Comunidade Européia ou do Mercosul. Noutros termos, a administração é submetida a uma multiplicidade de leis, entendida a lei, aqui, em sentido amplo, como regra de direito ou norma jurídica.

Em verdade, o Poder estatal compreende algumas funções que, freqüentemente, são classificadas segundo o critério *institucional* ou *orgânico* ou segundo o critério *material*. Daí decorrem as chamadas funções *legislativa*, *executiva* e *jurisdicional* ou as funções *normativa*, *administrativa* e *jurisdicional*, respectivamente.

A primeira classificação, que decorre da organização estatal, foi construída segundo a perspectiva da divisão dos poderes do Estado. Já a segunda, busca a noção de função estatal, qual seja, o poder estatal preordenado às finalidades de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico (GRAU, 1998, 176).

A classificação segundo o critério *material* nos liberta da classificação tradicional - *orgânica* ou *institucional* - e nos remete ao seguinte: a função *normativa* compreende a produção das normas jurídicas, ou seja, dos textos normativos; a função *administrativa* compreende a execução das normas jurídicas e a função *jurisdicional* compreende a aplicação das normas jurídicas.

Ora, se o ordenamento jurídico é constituído do conjunto das normas jurídicas, consideradas umas em relação às outras, a norma jurídica constitui um elemento essencial do ordenamento jurídico, consubstanciando inovação de preceito primário deste ordenamento, conceituada, segundo Eros Grau (1998, p. 177), como preceito, abstrato, genérico e inovador, tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados.

Entende-se que o ordenamento jurídico é primário porque se impõe aos grupos sociais, que o respeitam por força primária. Eros Grau (1998, p. 178) elucida que:

... se o carácter inovador da norma a peculiariza, seus reflexos, em termos de inovação – para que existam como tais -, penetram o próprio ordenamento. Por isso que a norma configura *inovação no ordenamento jurídico* e, daí, é de ser definida como preceito *primário*. A característica de inovação, destarte, está subsumida na *primariedade* da norma.

Neste mesmo sentido, segundo Alessi (1978 *apud* GRAU, 1998, p. 178), deve-se entender por função normativa aquela de emanar estatuições primárias – isto é, operantes por força própria – contendo normalmente preceitos abstratos, seja em decorrência do exercício do poder originário, seja em decorrência do poder derivado – também contendo preceitos abstratos e genéricos.

Ainda segundo as lições de Alessi (1978 *apud* GRAU, 1998, p. 178), o significado de primariedade é apartado do significado de originariedade:

Por isso, tem como primário – isto é, imposto por força própria – mesmo um preceito que integra um ordenamento derivado ou um preceito que seja emanado com fundamento em uma atribuição de poder normativo conferida a órgão que ordinariamente não o detenha.

A natureza de primariedade da norma jurídica decorre do texto constitucional. Seu art. 59 refere sete espécies normativas¹ que, por decorrerem diretamente da Constituição, têm natureza de norma primária.

José Levi Mello do Amaral (2005, p. 01), ao citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, reforça que do ato inicial – a Constituição – derivam outros atos que podem ser considerados primários, já que esses atos, em sua eficácia, aparecem como primeiro nível dos atos derivados da Constituição, caracterizando-se por serem atos somente fundados na Constituição.

Não é o caso, por exemplo, do decreto presidencial que, por encontrar sua validade em ato normativo primário, tem natureza secundária.

Considerando esses critérios de classificação das funções estatais e diante da possibilidade de ter a norma natureza primária ou secundária, cabe aqui diferenciarmos a

¹ São elas: emenda à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções.

função legislativa, decorrente do critério institucional, da função normativa, decorrente do critério material, para que fique claro que a função normativa exercida por órgãos do executivo não se confunde com a função legislativa, monopólio do órgão legislativo.

Ora, o sistema da divisão dos poderes confia a determinados órgãos a tarefa de constituir o ordenamento jurídico. A tais órgãos, constituintes do Poder Legislativo, resta a tarefa de emanar estatuições primárias. Mas o Poder Legislativo também carrega a tarefa de emitir certos atos que não estão necessariamente ligados à idéia de integração do ordenamento jurídico, tendo, portanto, conteúdo e finalidade diversos. Destarte, da função legislativa são emanadas geralmente, mas não necessariamente, estatuições primárias, com conteúdo normativo, sob a forma de lei. Ainda conforme os ensinamentos de Eros Grau (1998, p. 179):

Cumpra mencionar, neste passo, os atos legislativos que se refere como lei em sentido apenas formal. Trata-se de estatuições primárias, na medida em que emanadas do Poder Legislativo, ainda que sem conteúdo normativo; leis, embora não possam ser caracterizadas como normas jurídicas.

Assim, Alessi conclui, segundo Eros Grau (1998, p. 179), que norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E, assim, temos três combinações possíveis: a lei-norma², a lei não-norma³ e a norma não-lei⁴.

Já de função normativa, decorrente da classificação que se utiliza do critério material, entende-se como a de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos.

Em uma tentativa de conciliar os critérios institucional e material, percebe-se que a função normativa (critério material) compreende a função legislativa do Poder Legislativo, a função regulamentar do Poder Executivo, e ainda a função regimental do Poder Judiciário (critério institucional).

Por fim, aponta-se a quinta razão da crise da legalidade o fato de que em situações em que exige-se a reserva de lei, em larga medida, o Executivo acaba por controlar o processo

² São as chamadas imperativas ou absolutas. (SILVA, 2004, p. 958).

³ São as chamadas declarativas, permissivas, supletivas e preceituais. (SILVA, Loc. cit.).

⁴ São as regras não positivadas. (SILVA, Loc. cit.).

legislativo, seja por meio da reserva da iniciativa, pela possibilidade de trancamento de pauta ou pela formação de forte base aliada.

Estes cinco fatores acima apontados demonstram que tanto a legalidade, quanto a própria separação de poderes como classicamente concebidas, perderam hoje o sentido.

O princípio da separação dos poderes surgiu da evolução do pensamento de Aristóteles, Jonh Locke, Rousseau e Montesquieu. Significou uma resposta ao Estado Absolutista, no qual todo o poder se encontrava nas mãos da Monarquia. Diante da preocupação com a garantia aos cidadãos de liberdade perante os ocupantes do poder, criou-se o Estado Liberal, embasado no princípio da divisão de poderes, objetivando a limitação do poder político.

A estratégia era de que o espaço político deveria ser organizado de forma que o poder se encarregasse de controlar o próprio poder e a soberania deveria ser deslocada das mãos do monarca para as mãos do povo.

O Estado Constitucional ou de Direito repousa sobre a idéia da unidade, segundo o qual o poder soberano é uno⁵, uma vez que seu titular é o povo e este não o divide. Assim, o que a doutrina liberal clássica chamou de separação dos poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades de diferentes órgãos, e esses órgãos autônomos foram chamados de poderes.

Ainda segundo as lições de Sturzenegger (2002, p. 71):

Tem-se, pois, que mais do que a divisão formal dos poderes a teoria objetivava, na verdade, a divisão das funções do Estado. Conforme enfatiza Tércio Sampaio Ferraz, Montesquieu enunciava mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico, ou seja, não se tratava de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas de um meio de se evitar o despotismo real. Nesse sentido, o princípio não era de separação de poderes, mas, antes, de inibição de um pelo outro em forma recíproca.

Tal princípio apareceu positivado pela primeira vez nas Constituições das ex-colônias inglesas na América do Norte e, posteriormente, em 1787, na Constituição dos Estados Unidos. Com a Revolução Francesa de 1789, foi elevado a dogma do Estado

⁵ O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa ceder, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político soberano substancia uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, inclusive, o Estado e o direito. Logo, não pode ser dividido. Quando a doutrina tradicional trata o poder, dentro do contexto de célebre teoria em discussão, certamente, com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado. Nada mais do que isso. (CLÉVE, 2000, p. 30).

Democrático e Constitucional, tanto que o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão taxativamente afirma que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. No Brasil, o princípio está presente em todas as Constituições republicanas, desde 1891 (MOREIRA, 1978, p. 127).

Dos estudos de Simone Nunes (2000, p. 84.), conclui-se que a teoria clássica da ‘divisão dos poderes’ - construída com um claro acento anti-hierarquizante - garante, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizado no Judiciário dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito.

Como pré-condição para a existência de um Estado Democrático de Direito, o princípio veda o exercício de um dos poderes do Estado por outro, sendo que a Constituição de 1967/1969 chegou a dizer da seguinte maneira em seu art. 6º: “salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem foi investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

Na atual Constituição somente a separação dos poderes encontra-se positivada – como cláusula pétrea. E muito ainda se diz da desnecessidade de literal menção à indelegabilidade, afirmando que esta decorre daquele princípio, bem como da representação política, da supremacia da Constituição e do devido processo legal (BARROSO, 1990, p. 74).

Não é o que entende Charles Eisemann, crítico da dogmática interpretação produzida pela doutrina constitucional clássica, citado por Themístocles Brandão Cavalcanti (CAVALCANTI, 1958 *apud* CLÉVE, 2000, p. 33). Segundo ele, no Espírito das Leis de Montesquieu, não há uma teoria da separação, mas sim uma teoria da divisão e da cooperação entre os poderes, pois ocorrem interferências de poder para poder, além do fato de não haver uma única função que tenha sido, com exclusividade, atribuída a um único órgão ou autoridade, ao contrário do sustentado pela doutrina constitucional clássica.

E seja qual for o critério adotado para classificar as funções do Estado, conforme já dito, certo é que não há correspondência exata entre a divisão formal, ou orgânica, dos poderes do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, e a divisão material das funções do Estado em i) normativa – de produção das normas jurídicas; ii) administrativa – de execução das normas jurídicas; e iii) jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas, conforme enfatizado por Sturzenegger (2002, p. 74):

Temos, então, que embora a função de editar normas seja precipuamente do Legislativo, nele não se esgota essa capacidade, já que em muitos casos é o Executivo, via regulamentos, ou o Judiciário, via regimentos, que desempenham essa função, da mesma forma como, em certos casos (e casos importantes), é o Legislativo, e não o Judiciário, o poder que julga.

Ora, ao Poder Judiciário é atribuída a função jurisdicional, mas é o Senado quem processa e julga, em caráter privativo e definitivo, determinadas autoridades, segundo a nossa Constituição. Da mesma forma que ao Poder Legislativo cabe a edição de leis, mas nem por isso, tem ele o monopólio da função normativa.

Assim, se não há delegação daquela função que a Constituição reservou, com exclusividade, a este ou aquele órgão, não há que se falar em derrogação do princípio da divisão dos poderes. Daí concluir-se que, se a Constituição reserva com exclusividade ao Legislativo a função legislativa (uma das espécies do gênero função normativa), tirando os casos de reserva absoluta de lei, não há delegação de poder no exercício da função regulamentar ou regimental.

Segundo Eros Grau (GRAU, 1998, p. 185):

Logo, quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente -, não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de função normativa. Relembre-se que a função legislativa, em face do direito positivo nacional, consiste na emanação de estatuições primárias, em decorrência de poder originário para tanto, geralmente – mas não exclusivamente – com conteúdo normativo, sob uma das formas definidas no art. 59 do texto constitucional. De outra parte, a função regulamentar – bem assim função regimental, exercida pelo Judiciário – consiste na emanação de estatuições primárias, em decorrência de poder derivado, com conteúdo normativo.

Daí por que, evidenciadamente, o exercício da função regulamentar e da função regimental não decorre de delegação de função legislativa, não envolvendo, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes.

Cumprir observar que, como já dito, a norma jurídica integra o ordenamento jurídico, de forma que aquela não tem existência isoladamente. Daí a necessidade de que as diversas normas – oriundas do Poder Legislativo, do Poder Regulamentar ou do Poder Regimental – existam numa situação de equilíbrio. Assim é que o exercício da função regulamentar condiciona-se a atribuições do Legislativo. E continua Eros Grau (1998, p. 186):

Essa atribuição conferida ao Executivo pelo Legislativo consubstancia permissão para o exercício de função que é própria do Executivo, como faculdade vocacionada à integração do ordenamento jurídico. Por isso, ela preexiste à atribuição, da qual podemos dizer cumprir o papel de instrumento do controle da legalidade daquele exercício. Assim, a atribuição conferida ao Executivo para aludido exercício poderia ser comparada ao tiro de partida que é dado para que se desenrole uma corrida de 100 metros; a faculdade de correr velozmente é própria a quem participa da prova, como é própria ao Executivo, repito, a função normativa regulamentar; não obstante, tanto a faculdade de correr quanto a função normativa regulamentar não poderão ser desencadeadas – o atleta a correr, o Executivo a emanar regulamentos –

senão após, respectivamente, o estampido do tiro de partida e a expedição, pelo Legislativo, daquela atribuição.

Ora, impossível vislumbrar-se, aqui, delegação de função, senão a pura harmonia entre os Poderes do Estado, o que nos remete ao art. 5º, inc. II da CR, que deve ser entendido no sentido de que a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa decorre de uma atribuição de função normativa, explícita ou implicitamente contida em ato normativo, ou seja, “em virtude de lei”.

E se a “separação dos poderes” é um princípio que serviu para fortalecer o Estado Liberal no século XVIII, teorizado àquela época segundo a perspectiva de limitação do poder absoluto do soberano, e se, no entanto, esse modelo estatal está há muito superado, uma vez que não atende mais as necessidades das sociedades modernas, é inevitável que o princípio seja adequado ao novo modelo, não tendo mais o mesmo significado rígido do passado. O sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais já está bem implantado na consciência contemporânea.

E, diante dessa adaptação no sentido de se interpretar a própria divisão dos poderes, há também uma evolução na interpretação do que se denomina legalidade administrativa.

De fato, considerando as diversas fontes que legitimam a atividade administrativa, deve-se falar hoje não mais em legalidade administrativa, mas no sentido de juridicidade, já que o direito não se encontra plasmado unicamente na lei, superando o positivismo legalista e abrindo caminho para um modelo jurídico baseado em diversos tipos de regra e, ainda, em princípios constitucionais.

Gustavo Binenbojm (2008, p. 158) resume:

Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que a (...) Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa.

Por conta disso, a Constituição (suas regras e princípios) passa a ser o elo que costura todo o arcabouço normativo capaz de reger o direito administrativo.

É de se ater que o núcleo de condensação dos valores da administração pública estão na Constituição, de modo que, segundo Gustavo Binenbojm (2008, p. 160):

A atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quanto esta for constitucional, (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei, ou, eventualmente, (iii)

legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais.

Em verdade, a administração é submetida a lei nas matérias exigidas pela Constituição; no entanto, em determinados casos, a administração atuará de forma não respaldada pela lei, mas sempre parametrizada em outros diplomas jurídicos, como o regulamento, a Constituição ou o Direito como um todo (ANDRADE, 2010, p. 256).

Em termos estritos, verificar-se-á a incidência da legalidade quanto a atividade administrativa atingir situação subjetiva do cidadão; porém, este rigor estará mitigado quando a atuação administrativa for no sentido de programação do próprio Estado (GRAU, 1998, p. 174).

É o que entende Érico Andrade (2010, p. 259):

A administração se liberta, de certa forma, da concepção tradicional, teórica, fantasiosa e inviável da legalidade como parâmetro para todo e qualquer atuar administrativo e passa a se submeter ao direito em geral. A legalidade passa a ser entendida, nesse aspecto, como legalidade-endereço: o endereço, ao qual se submete a Administração, não é só aquele da lei, em sentido estrito, mas um endereço mais amplo, do direito em geral. A nova idéia de juridicidade acaba por redefinir o Estado, parindo-se para o Estado Constitucional, em que o culto à constitucionalidade se sobrepõe ao da legalidade, pura e simples.

Não se pode fugir à conclusão que hoje vai se generalizando e começa inclusive a ganhar força no Brasil: o princípio da legalidade, na concepção tradicional, perde força, e na atualidade se transmuda para a idéia de juridicidade, traduzindo a submissão da Administração não só a lei, mas ao direito em geral, transmudando-se para o princípio da juridicidade ou da legitimidade.

Todavia, ao lado desse entendimento da legalidade como endereço, subsiste outro, em que a Administração se vincula estritamente à lei (mas, mesmo assim, não perdem forças as razões antes apontadas para submeter a Administração ao direito): quando se exerce o poder de autoridade, impondo restrições a terceiros, em nome do interesse público. Aqui surge o entendimento da legalidade como garantia com maior destaque, já que a administração vai atingir o cidadão.

Nesse particular, o princípio da legalidade se impõem com maior rigor: trata-se de regular a atuação administrativa que atinja diretamente o cidadão, que interfira na sua esfera jurídica. O princípio assume, então, acepção mais rígida, mais formal de garantia. É o sentido da legalidade-garantia, incidente no momento em que a Administração exercita sua autoridade em face do cidadão, quando sua atuação é pautada pela reserva de lei.

Noutro giro, a complexidade do mundo atual, que já exigiu que no campo normativo diversos órgãos assumissem a atividade normativa, com o fito de melhor atender as demandas e peculiaridades da sociedade, agora também exige um atuar diferente da administração. Essa mudança de paradigma permite maior discricionariedade da administração, que pode ser maior ou menor a depender da atividade desempenhada.

Nesse sentido, Érico Andrade continua (2010, p. 264):

Constatada a impossibilidade, no mundo atual, de a lei regular minuciosamente a atividade administrativa, fixam-se, legalmente, os principais objetivos ou fins do atuar administrativo, inclusive mediante uso de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, deixando à Administração a valoração de outras circunstâncias, até mesmo mediante a aplicação de regras de direito privado, com a participação dos cidadãos num clima de maior aproximação da Administração com a sociedade, situação que evidentemente, permite maior controle do exercício da atividade administrativa.

Flexibiliza-se, portanto, a atuação administrativa, tanto por meio do uso da discricionariedade quanto por meio da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados que, se não geram opções discricionárias propriamente dita, criam maior flexibilidade para a atuação administrativa.

Entende-se que esta abertura para a discricionariedade é consequência do fenômeno da constitucionalização dos princípios da Administração, para que se tenha maior mobilidade administrativa ao atuar no Estado complexo que hoje existe, diante das diversas transformações que a sociedade exige. Desse modo, insurgem-se os princípios, com característica de maior maleabilidade e resiliência para adaptação às diversas demandas sociais (ANDRADE, 2010, p. 266).

E Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 36) ainda destaca:

O outro pilar do direito pós-moderno, a flexibilidade do direito, é dada por dois caracteres: a) agilidade, e b) adaptabilidade. A agilidade do direito pós-moderno seria sua capacidade de se adaptar à evolução do real, sobretudo se considerarmos a pluralidade de fontes de normatividade. Um exemplo evidente dessa nova necessidade dos ordenamentos jurídicos é o constante apoio que o direito toma de outras normas de conduta, como as normas técnicas, que são normas consensuais, e não obrigatórias, e sua aplicabilidade depende dos interessados em seu conteúdo; e ainda das relações entre o direito e a ética. Nesse sentido, o direito passa a ser um instrumento de guia a serviço de políticas que o ultrapassam e a problemática da regulação recai, assim, sobre uma visão instrumental do direito, passado para o segundo plano a idéia de imposição/obrigatoriedade que estava no cerne da concepção moderna.

4 CONCLUSÃO

O Direito, na modernidade, foi construído a partir da crença na racionalidade e sistematicidade. Nesse sentido, a lei alcançou o patamar máximo dentro do Direito, sobretudo para a atuação do Estado na administração pública, já que este se expressava segundo os ditames legais.

No entanto, a rigidez imposta pela lei acabou por desencadear insatisfação social, uma vez que o Estado ficou incapacitado, em diversos momentos, de atender aos anseios de seus destinatários, sendo visto como ineficiente.

Como resposta, aos poucos a lei foi perdendo o seu lugar e cedendo espaço para outros textos normativos, vindos do Executivo, e, principalmente, para os princípios da Constituição.

Assim, a administração pública ganhou a possibilidade de agir embasada numa infinidade de normas, o que fez com que se deixasse de falar em legalidade administrativa e passasse a se falar em juridicidade administrativa.

Esta juridicidade é característica da transição da modernidade à pós-modernidade, já que na pós-modernidade percebe-se a possibilidade de maior fluidez e resiliência dos atores, que agem na busca por resultados, embasados em normas mais generalizadas, a serem concretizadas diante da realidade. Há uma vasta proliferação de textos normativos, capazes de fundamentar a atuação da administração pública e esta pode até mesmo justificar seus atos por meio de princípios constitucionais, o que demonstra a liberdade característica dessa nova era.

5 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALESSI, Renato. **Principii di diritto amministrativo**. 4ª. Ed., v. 1. Milano, Giuffrè Editore, 1978.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Decreto Autônomo**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/Artigos/art_Levi.htm>. Acesso em: 10 jan. 2005.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade** (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar do Executivo. **Revista de Direito Público**, São Paulo ns. 57/58, p. 184-208.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamentos e princípio da legalidade. **Revista de Direito Público**, n. 96, p. 42-50. São Paulo: RT, 1990.

BARROSO, Luis Roberto. Disposições Constitucionais Transitórias; Delegações Legislativas; Poder Regulamentar. **Revista de Direito Público**, n. 96, p. 69-80. São Paulo: RT, 1990.

BINENBOJM, Gustavo. **O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro** in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 656p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição brasileira, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais. Brasília: [Senado Federal], 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 184p.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: Poder normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial**. São Paulo: RT, 2003. 287p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 199p.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1958.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 309p.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. 325p.

COSTA, Luís César Amad. **Poder Regulamentar das Autarquias Normatizadoras das Atividades no Mercado Financeiro e de Capitais**. In: MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. **Aspectos Atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Dialética, 2000. vol. 2, p. 121-140.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 272 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCA, Júnia Lessa et al. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**. 6. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 209p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1991. vol. 6.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: RT, 1985.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 7 ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. **Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de novembro de 2004.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. “Poder Regulamentar da Comissão de Valores Mobiliários em face dos princípios da legalidade e separação de poderes”. **Revista de Direito Mercantil**, vol. 31, p. 122-143. São Paulo: Malheiros, 1978.

NUNES, Simone Lahourgue. **Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROCHA, Bolívar M. O poder normativo de órgãos da administração – O caso da Comissão de Valores Mobiliários. **RDM**, n. 64, p. 47-69. São Paulo: RT, 1986.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A questão, no direito brasileiro, da atribuição de funções normativas ao Poder Executivo – O caso do Sistema Financeiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem**. n. 18, p. 58-101. São Paulo: RT, ano 5, out-dez. 2002.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Reforma regulatória e Sistema Financeiro Nacional . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3333>>. Acesso em: 15 nov 2004.