

OBRIGAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Carlos Arruda Flores*

RESUMO:

O presente artigo visa investigar em que medida a aplicação de parâmetros como a alteridade e razão sensível, condizentes com o Estado Constitucional de Direito, devem influenciar na atuação administrativa. O Estado Constitucional de Direito impõe mudanças comportamentais e paradigmáticas ao Estado, o que até então era tido como direito dos cidadãos passa a ser considerado obrigação estatal. A própria democracia precisa ser ajustada visando não interferir em direitos fundamentais que representam esferas intangíveis dos cidadãos. As garantias constitucionais passam a ter força cogente deixando a de ter um papel de simples estabelecimento de limites. A discricionariedade administrativa até então ampla, limitada tão somente pela legalidade estrita passa a ser vinculada constitucionalmente, o direito deixa de ser visto um simples conjunto de normas aplicáveis por subsunção. Partiu-se da premissa de que os valores insculpidos na Constituição Federal deixam de ser meras abstrações teóricas sem qualquer vinculação prática e passam a constituir verdadeiras obrigações para a Administração Pública frente aos cidadãos. Chegou-se a conclusão que a norma fundamental incorpora outro matiz e passa a exigir soluções administrativas condizentes com os princípios por ela incorporados. A vigência normativa torna-se insuficiente, a aplicação normativa passa a requerer também um juízo de validade. Os atos administrativos e as regras formais necessitam passar pelo crivo de razões sensíveis que permeiam a pós-modernidade.

* Mestrando em Ciência Jurídica, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI; Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Graduado em Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Palavras-chave: Obrigações. Administração Pública. Estado Constitucional de Direito. Alteridade. Razão Sensível.

ABSTRACT:

This article aims to investigate to what extent the application parameters as otherness and sensible reason, consistent with the rule of Constitutional law, should influence administrative action. The State Constitutional Law imposes behavioral changes and paradigmatic to the state, which until then was regarded as a right of citizens shall be considered state obligation. Democracy itself needs to be adjusted in order not to interfere in the fundamental rights that represent intangible spheres of citizens. The constitutional guarantees become endowed the cogent force leaving the paper to have a simple setting limits. The hitherto broad administrative discretion, limited only by the strict legality becomes bound constitutionally, the right ceases to be seen a simple set of rules for subsumption. We started from the premise that the values in the Constitution insculpidos cease to be mere theoretical abstractions without any linking practice and now form true bonds for public administration ahead to citizens. Reached the conclusion that the fundamental rule incorporates another hue and now requires administrative solutions consistent with the principles embodied by it. The normative force becomes insufficient, the application rules shall also require a judgment of validity. Administrative acts and formal rules must pass the scrutiny of sensitive reasons that permeate postmodernity.

Keywords: Obligations. Public Administration. State Constitutional Law Otherness. Reason sensitive.

I - INTRODUÇÃO

O presente artigo procura trazer, sem pretensões conclusivas algumas considerações sobre as obrigações que o Estado Constitucional de Direito impõe à Administração Pública. A

aplicação de uma política jurídica diferenciada na qual se observa a prevalência de normas mestras, denominadas simplesmente de princípios, irradia suas luzes sobre todo o ordenamento jurídico e obviamente vincula a atuação administrativa.

A abordagem Pós-moderna demonstra a inviabilidade de mantermos verdades universais sobre fenômenos sociais, remete a um olhar diferenciado sobre o que se analisa, uma abordagem holística e abrangente que de certa forma nega a visão positivista que ainda predomina no âmbito do Direito Administrativo.

Uma política jurídica norteada pela efetiva observância de garantias aos cidadãos traz consigo uma série de mudanças paradigmáticas, o interesse coletivo não deixa de prevalecer, mas cede parte de um espaço até então quase absoluto para direitos individuais.

Observar-se-á uma desmistificação da idéia corrente de intangibilidade dos direitos coletivos, justificada muitas vezes pelo raciocínio simplista daquilo do que se entende por vontade democrática. Ainda que os meios sejam considerados legítimos ou aceitos a democracia não pode ser considerada como a mera vontade da maioria, pois existe uma esfera de indisponibilidade ou como escrevi acima intangibilidade que não se presta à concessões exatamente porque qualquer deliberação fere algo essencial.

Essa esfera intransponível de essencialidade não se limita a um rol taxativo de direitos e garantias fundamentais, mas a tudo aquilo que seja essencialmente humano. A pós-modernidade desloca o foco do direito administrativo para o cidadão, desse modo a atuação administrativa não pode olvidar os direitos fundamentais de um ou mais cidadãos que constituem uma minoria sob a justificação de promover o bem estar da maioria. A democracia pós-moderna não se contenta com a vontade da maioria, é preciso respeitar os direitos e vontades da minoria e estar atento a quais decisões podem ser relegadas à deliberação da maioria.

Todos esses fatores conjugados forçam a Administração Pública a modificar seus atos e fundamentos de atuação, passando a exigir o atendimento de políticas jurídicas humanamente coerentes, funcionais e eficazes.

Posicionamentos retrógrados segundo os quais a norma deve ser obedecida apenas pelo fato de ser norma, ou seja, simplesmente por ter atendido a todos os requisitos de criação representam uma cegueira interpretativa que permite absurdos e convenientemente justifica atos arbitrários movidos por razões não nobres.

A validade de uma norma advém exatamente da sintonia entre ela e os o restante do ordenamento jurídico no qual está inserida. Uma norma que de modo concreto contrariar os próprios fundamentos do Estado Constitucional que lhe fundamenta não deve ser aplicada.

Dentro desse prisma de pós-modernidade a atuação administrativa não pode mais se sustentar pela prevalência da equação autoridade/obediência ou por razões aparentemente desmotivadas, mas que culminam em finalidades obscuras incompatíveis com a efetivação da justiça.

O positivismo absoluto aos poucos cede espaço para a razão sensível, para valores morais que buscam atribuir ao direito uma significação valorativa que não permita a ocorrência de aberrações legais.

As principais categorias que serão tratadas neste artigo são Estado Constitucional de Direito, para a qual se adota no presente estudo o entendimento de Francesco Palazzo¹, *“Estado constitucional de derecho expresa actualmente algo más. De una garantía, fundamental pero aún "formal", como es la que ofrece el Estado de Derecho, se llega en las modernas constituciones de origen liberal-democrático a una garantía de tipo "material" o "de contenido". Quiero decir con ello que, no solamente el predominio del derecho, sino también el conocimiento absoluto e incondicional, erga omnes, de la regla iuris predeterminada, vienen asegurados contra los intentos de alteración incluso por parte del mismo legislador (éste es el primer significado de la legalidad constitucional); sin embargo, las modernas constituciones expresan también una selección de valores fundamentales que se imponen al legislador estatal y, más en general, al poder público como criterios "materiales" de legitimidad de su acción”*.

Para a categoria Razão Sensível, tem se um conjunto de ações e percepções que negam a violência, a intolerância e qualquer forma de autoritarismo, é uma ferramenta limitadora da dominação e propositora do consenso racional e sensível às contradições e a dinamicidade do interesse público. A razão sensível é a percepção do plural do cotidiano humano através do exercício da alteridade.

A categoria principiologia, para o presente estudo, representa o conjunto de normas mestras, explícitas ou implícitas, que orienta o ordenamento jurídico através da inserção de diretrizes valorativas.

¹ PALAZZO, Francesco. *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*. Revista Penal n.º 02, 1998. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.uhu.es/revistapenal> Acessado em 15 de julho de 2012.

II – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

A Administração Pública no Estado Constitucional de Direito deve ir muito além de buscar satisfazer os interesses da coletividade. É preciso que sua atuação contemple a multiplicidade de necessidades sociais existentes e para isso faz-se necessário buscar o consenso social através da razão sensível.

Para a consecução do interesse público coletivo existem vários instrumentos a disposição dos agentes públicos como: atividades de fomento, exercício do poder de polícia, regulação administrativa, prestação direta ou indireta de serviços públicos, investimentos em pessoas e objetos.

O papel da Administração Pública através de seus agentes é desenvolver a percepção da coletividade pela qual são responsáveis e promover instrumentos que captem fielmente essas percepções. As audiências públicas, e os planos participativos não devem ser os únicos canais de recepção dos anseios sociais, numa era pós-moderna é preciso que também sejam recebidas informações mais ágeis e menos formais.

Em que pese a atuação administrativa estar estritamente vinculada ao que prevê a Lei, há um conjunto fático de informações e motivações que precisa ser interpretado por não ser passível de mero enquadramento por subsunção legal. Desse raciocínio é possível depreender que o papel do aplicador do direito é tão relevante quanto o próprio direito, pois a má- interpretação pode causar mais malefícios que a própria inexistência da norma.

O Estado de Direito Constitucional tem a pretensão de humanizar o direito, de torná-lo racional, o que não se deve confundir com uma racionalidade formal, lógica ou legal, mas sim uma razão sensível ao contexto social que contém uma pluralidade de fenômenos e manifestações sociais.

Ao deixar de pensar sob o plano legalista (formalista), a Administração Pública passa a operar com níveis normativos supralegais, não para subverter as normas postas, mas para atribuir-lhes correção e significado moral. Segundo Ferrajoli o modelo positivista de Kelsen confunde vigência com a validade da lei, assim como o faz com a democracia formal e a substancial, não é ensinada a verdadeira função do juiz no Estado Constitucional de Direito, pois não lhe desperta o senso crítico nem motiva a examinar as questões com a profundidade necessária.

Na medida em que há uma cidadania mais educada e consciente sobre as decisões públicas tornam-se necessários atos correspondentes por parte dos entes estatais. Ainda que a Administração Pública sofra de uma certa letargia a dinâmica social acaba impondo e cobrando medidas as quais é demandam constante aperfeiçoamento e aplicação de valores que correspondem aos anseios coletivos.

Porém, o direito não está adstrito a essa opinião coletiva, Pérez Luño muito bem leciona que:

Existe un acuerdo básico entre positivistas y iusnaturalistas em que el derecho no es un conjunto de Buenos consejos o un sistema de meros avisos o de directiva de conducta cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los destinatários. Lo peculiar de las normas jurídicas es imponer unas determinadas conductas y contribuir a crear unas determinadas expectativas de actuación en la vida social. En otros términos, lo que caracteriza a las normas jurídicas respecto a otros tipos de normatividad social (reglas Morales, usos sociales...) es su <<impositividad inexorable>>, es decir, no supeditar o condicionar su cumplimiento a la opinión de los obligados².

Com a presença desses novos cidadãos: mais exigentes e com valores diferentes não é mais aceito que a legitimação das decisões administrativas ocorra apenas com base nas imposições hierárquicas. Nesse sentido Antonio Henrique Pérez Luño observa que:

En el desenvolvimiento de las tesis iuspositivistas se ha producido incluso una progresiva identificación entre el derecho y la fuerza. [...] otra larga tradición iconográfica vincula al derecho con las diosas benignas de la paz, la rectitud y la justicia y lo representan bajo los atributos de la belleza, el equilibrio y la moderación. Desde estas perspectivas el derecho no solo no será el correlato de la fuerza, sino que implicará su más radical adversario³.

Desse modo a atuação administrativa deixa de se justificar pela mera obediência à autoridade estatal e passa a ser imprescindível a existência de justificativas razoáveis.

III – ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O modelo positivista clássico confunde a validade da lei com a vigência do direito, a democracia substancial com a formal, afastando o magistrado da sua verdadeira atribuição frente ao Estado Constitucional de Direito. As leis possuem um espírito norteador, uma

² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho*, p. 161.

³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho*, p. 159-161.

finalidade maior a qual precisam fazer parte para serem aplicadas, nesse sentido é imprescindível a existência de uma visão crítica por parte do magistrado, para que a lide não seja simplesmente solucionada, mas para que isso ocorra de forma justa e sensata.

O Direito possui várias fontes, ao ignorar qualquer delas o administrador público ou qualquer aplicador do direito deixará de utilizar ferramentas importantíssimas, pois é o conjunto de normas e não a aplicação unívoca que confere estabilidade e justiça ao sistema jurídico.

O Poder Judiciário e a própria Administração Pública desempenham no Estado Constitucional de Direito uma função pedagógica de extrema relevância. Na medida em que afastam momentaneamente a aplicação de normas que dentro de certo contexto provocariam situações não harmoniosas e inaceitáveis moralmente enviam um recado à sociedade para que desse modo passem a pautar seus atos e suas vidas.

O Estado Constitucional de Direito apresenta um alto nível de garantismo, ou seja, o sistema normativo deve atender aos princípios constitucionais, mas não basta que teoricamente o sistema atenda a esses princípios, é preciso que haja implementação e prevalência dessas normas mestras no plano concreto.

Esse Estado Constitucional prima pela ética nos sistemas político e jurídico do país, e o faz formal e materialmente. É possível dizer que o sistema jurídico estará focado, sobretudo, no dever ser e não somente no ser.

Cabe citar Manuel Atienza que prescreve:

La injusticia de nuestro mundo es, em muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el Derecho, no de infringirlo. La división entre lo lícito y lo ilícito desde el punto de vista jurídico no coincide ni mucho menos con la licitud y la ilicitud moral⁴.

Ao abordar a questão de como devem ser as formulações constitucionais Pérez Luño identifica com maestria a problemática existente:

Porque, si se atiende precipitada e indiscriminadamente a todas las demandas éticas que hoy pugnan por inscribirse en las normas constitucionales se corre el riesgo de olvidar que estas normas son y deben seguir siendo “Constituciones de juristas y no de sacerdotes” (Denninger, 1994, 70), y, em suma pueden hacer peligrar las garantías de la seguridad jurídica que son irrenunciables en un Estado de derecho (Pérez Luño, 1994, 61 ss.). Si, por el contrario, se rechazan estas tendencias

⁴ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, p. 324.

moralizadoras del derecho y de la política se estarán desatendiendo algunas de las demandas más urgentes de las sociedades actuales⁵.

É um estado onde impera a legalidade e o respeito às autoridades legitimamente constituídas, mas não se conforma com a mera vigência das normas, indo mais além só aplica o que vier a ser vigente é válido.

Desse modo os operadores do direito, sobretudo os magistrados ao incorporarem a ideologia que nutre o Estado Constitucional de Direito deixam de aplicar o direito através de mera subsunção e passam a aferir a validade normativa dentro dos respectivos contextos fáticos.

IV – RAZÃO SENSÍVEL

A racionalidade está intrinsecamente relacionada ao humano, ou pelo menos deveria estar, pois é ela que diferencia os homens dos outros animais. A racionalidade esteve sempre em destaque no Estado Moderno, assim como o individualismo, a legalidade estrita e a estatalidade.

É interessante colacionar a seguinte constatação de Habermas:

As qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só poderiam ter garantido legitimidade a legalidade na medida em que se tivessem comprovado como “racionais” num sentido prático-moral. Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito formal enquanto tal, porque entendeu sempre as idéias morais como orientações valorativas subjetivas, e os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito⁶.

Buscar e aplicar a razão não é de todo mal e possibilitou a condução do Estado de Direito a um grau de entendimento e compreensão que permitem uma evolução gradual e segura ao Estado Constitucional de Direito. Este busca a aplicação de uma razão diferenciada, sensível a garantias mínimas inerentes à própria condição humana. Portanto, o Estado Constitucional de Direito não rompe completamente com o seu antecessor, pelo contrário,

⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho*, p. 141.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I; Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997, p. 200-201.

utiliza-se dele em vários pontos para fundamentar e legitimar seus propósitos. Como afirma Alexy “a dogmática jurídica é uma disciplina pluridimensional”.⁷

As deficiências da racionalidade e as crescentes aspirações humanas desencadearam a necessidade de ideologias pautadas em conceitos mais amplos, abstratos e condizentes com elevados níveis de humanidade ou sensibilidade. Cumpre citar o que menciona Manuel Atienza:

Como fenómeno individual, la vida se nos aparece como un proceso abierto, como una empresa a la que se logra o no dar un sentido dependiendo de circunstancias de tipo objetivo y subjetivo, de lo que nos viene dado y de lo que nosotros construimos⁸.

Exsurge nesse contexto uma nomenclatura diferenciada, cuja autoria é atribuída a Michel Maffesoli que a denominou simplesmente de “razão sensível”. Neste artigo admite-se como essencial aquilo que é fundamental ao ser humano e aos valores morais socialmente consagrados. A sociologia passa a desempenhar um papel relevante a partir do momento em que é feita uma análise sociológica para compreensão das dimensões humanas e imaginárias até então subjugadas pelo racionalismo ocidental.

Interessante trazer a visão exposta por Robert Alexy sobre razões morais:

Quem se pergunta, com base em uma ética universalista, o que é correto, situa-se segundo Tugendhat, na perspectiva moral de que toda pessoa deve ser considerada como um ser autônomo. Esta perspectiva moral leva à consequência de que só são fundamentais as normas aprovadas pelos afetados. O juízo monológico deve por isso, por razões morais, utilizar o consenso dos afetados como critério de correção. É, portanto, de importância decisiva que este consenso não seja cognitivo, mas volitivo⁹.

Desse modo, concordando com o trecho de Alexy é possível aferir que sensibilidade é não apenas a percepção do outro, do afetado, mas o respeito à sua vontade. Isso põe em dúvida o próprio sistema democrático que estabelece de forma absoluta regras escolhidas por maioria e não pelo consenso.

A logicidade e a racionalidade estabeleceram regras e padrões em todos os campos, os quais obviamente não comportaram a multiplicidade humana e a diversidade cultural e social

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 247.

⁸ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, p. 325.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 300.

dos cidadãos. Em vez de romper com a racionalidade surge uma espécie de aprimoramento da razão, através de conceitos abertos, compreensivos e que se desvinculam da estereotipagem.

A razão sensível valoriza o aspecto humano, identifica e considera todas as suas nuances num gesto de aproximação com a realidade social. Citando diretamente Michel Maffesoli é possível perceber algumas nuances dessa sensibilidade racional.

[...] nos melhores momentos da história do pensamento, permitiu que se encontrasse um equilíbrio entre o intelecto e o afeto. Esse equilíbrio se encontra, e é vivido enquanto tal, no senso comum, que foi tão estigmatizado durante toda a modernidade; está igualmente presente no pensamento orgânico das sociedades tradicionais; por fim, é um elemento incontornável da socialidade pós-moderna. Em particular das jovens gerações que, empiricamente, vivem uma inegável sinergia entre a razão e os sentidos. Por conseguinte, aquele que deseja dar conta da sensibilidade social que emerge em nossos dias estaria bem inspirado se integrasse uma tal globalidade em sua análise¹⁰.

O Direito enquanto ferramenta da justiça e do bem comum não pode se desvencilhar da razão sensível, a valoração moral e os conceitos abstratos de justiça estão para o direito assim como a regra está para as ciências exatas. A interpretação das ações humanas não pode ser vista apenas pelo prisma da logicidade, da racionalidade estrita, pois é permeada de circunstâncias, valores sociais e outras minúcias que se não alteram ao menos influenciam o contexto jurídico dos fatos.

V – OBRIGAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

No âmbito do Direito Administrativo tem-se que os servidores de qualquer um dos poderes republicanos não podem cometer qualquer tipo de abuso ou arbitrariedade. A transformação de prerrogativas funcionais em privilégios constitui uma das piores deformações do poder. A prevalência de interesses privados faz com que a administração pública se desvirtue das suas finalidades e perca a própria legitimidade que a confere o poder de ação.

Ao menor sinal de violação às diretrizes constitucionais, ou as regras republicanas o Poder Judiciário deve ser instado a agir, essa ação não deverá jamais ser considerada como

¹⁰ MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*, p. 27-28.

ofensiva ao princípio da interdependência dos poderes. Os valores que permeiam o Estado Constitucional de Direito, bem como o próprio Estado Constitucional de Direito só são capazes de persistir em democracias verdadeiras, com instituições fortes, atuantes e sem blindadas de influência política.

O exercício do poder pela Administração Pública, esta considerada como qualquer um dos três poderes já que todos eles exercem funções administrativas em maior ou menor grau, deve ser pautado no respeito ao cidadão, na observância de suas garantias constitucionais mínimas que representam obrigações mínimas a serem satisfeitas pela Administração.

No Estado Constitucional de Direito os entes estatais possuem maior responsabilidade e devem ter o papel de protagonistas sociais. Os princípios éticos sociais representam direitos fundamentais dos cidadãos, a redução da burocracia, a eficiência administrativa e sobretudo a correção dos atos administrativos constituem um rol de ações imprescindíveis ao Estado Constitucional de Direito.

A reforma do aparelho estatal, o treinamento dos servidores, a implementação da cultura da moral e do justo através de um acoplamento ao formalismo legalista passam a constituir necessidades imperiosas dos cidadãos.

Enquanto a própria Administração Pública não se desvencilhar dos resquícios legalistas/formalistas, das amarras e da cegueira jurídica que esse sistema impõe será imprescindível um maior controle judicial dos atos administrativos de execução. Um controle firme, efetivo, adentrando profundamente até mesmo nos atos discricionários, para que sempre sob a égide constitucional sejam observados os valores e finalidades que norteiam o ordenamento jurídico nacional.

Pérez Luño ensina que: “En determinadas contibuciones se ha recordado que el proyecto ilustrado de la modernidad que desemboca en el Estado de derecho tiene como soporte el paradigma racional de la conexión entre derecho, moral y política”¹¹. E arremata citando Peces-Barba:

De ahí que “la pérdida de los valores morales que son la *ultima ratio* de este modelo y su sustitución por ese “realismo” del éxito inmediato que afecta a pilares tan básicos, conduce a la arrogancia, y a unos ideales economicistas, egoístas y aislacionistas, que sólo fomentan la emulación y el bienestar, y que pueden convertirnos en un simple lugar para el consumo. (Peces-Barba, 1993,45)¹².

¹¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho*, p. 141.

¹² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho*, p. 141.

A proposta trazida pelo Estado Constitucional de Direito não é de rompimento com a legalidade estrita, mas de um acoplamento estrutural entre esta e a legalidade material ou efetiva, representada numa visão global e sistemática pela aplicação complexa de normas vigentes no respectivo ordenamento jurídico.

Ao abordar a idéia de sistema dinâmico e as fontes do direito Pérez Luño traz o seguinte ensinamento:

Las normas jurídicas no están aisladas, sino que, como “totalidad ordenada” constituyen un sistema. Desconocer el carácter sistemático del derecho es un error en el que se incurre cuando se desarrolla un análisis teórico sólo dirigido al estudio de las normas jurídicas y de los conceptos jurídicos en sí mismos, prescindiendo de la idea global del ordenamiento jurídico como sistema¹³.

Cabe citar ainda Pérez Luño quando este adverte para o perigo da moralização a qualquer preço do direito ao afirmar que: “El derecho de una sociedad pluralista no puede servir de instrumento para someter a una determinada concepción moral todas las restantes”¹⁴.

O direito administrativo precisa atravessar uma mudança paradigmática na qual deixará a visão retrógrada de absoluta prevalência do interesse público, para um viés em que o interesse público ainda prepondera, mas com limitações. Esses limites asseguram a preservação de uma esfera mínima de garantias que alguns chamam de fundamentais, mas que prefiro denominar de intangíveis. Essa mudança está atrelada a própria noção de democracia, que pode até ser o interesse da maioria desde que sejam respeitados os direitos da minoria.

É preciso ainda tomar cuidado, pois princípios e valores constitucionais que representam direitos dos cidadãos e obrigações Administrativas não podem ser utilizados de forma arbitrária, pois assim deixariam de constituir garantias e passariam a configurar privilégios ou abusos de poder.

Assim, tem-se que a Administração Pública no Estado Constitucional de Direito não está apenas sujeita às leis, mas ao direito enquanto ordenamento jurídico. Através de uma razão sensível é possível que os servidores públicos executem atos corretos, justos e que promovam as finalidades do Estado insculpidas na Carta Magna.

¹³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho*, p. 203.

¹⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría Del Derecho*, p. 141.

Robert Alexy fala em “status positivo” ao citar Jellinek ensina que status positivo existe quando o Estado “reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, quando garante ao indivíduo pretensões positivas”.¹⁵

Nesse sentido cumpre observar que esse status positivo nada mais é do que o reconhecimento de direitos dos administrados e obviamente obrigações da Administração Pública enquanto órgão de execução do próprio Estado.

Numa era de globalização onde os fatos são cada vez mais complexos e diversos, as conjunturas e contextos sociais sofrem constantes mutações que por vezes de difícil aferição é preciso que o operador do direito acompanhe essas mudanças através de figuras como a complementariedade jurídica, observando a multiplicidade social e os anseios coletivos.

O Direito não deve ceder a pressões sociais casuísticas ou midiáticas, mas deve ter a sensibilidade necessária para extrair de sua própria Carta Constitucional valores sociais verdadeiros, senão apolíticos ao menos aparentemente despolitizados, valores condizentes com o desenvolvimento dos povos, o respeito à vida, aos direitos humanos e à promoção da paz entre os povos.

Manuel Atienza responde a um questionamento sobre a seguinte problemática: existe realmente um conflito entre as razões formalista, as de correção e as finalistas? Em que casos? E se existe, como devem ser resolvidas? Qual a concepção de fundo adequada no contexto do Estado Constitucional?

Em síntese Atienza afirma que: “La distinción entre las reglas y los principios (los dos tipos de enunciados del sistema que pueden funcionar como razones operativas)[...]” Ele diz que no primeiro nível estão as regras do sistema, que justificam as próprias decisões sem maiores esforços deliberativos. Ele reconhece que há situações em que é necessário passar a um segundo nível de justificação, pois as razões das regras não tem alcance suficiente ou não tem força para serem impostas em certos casos. Nesses casos será necessário que haja uma interpretação ponderativa entre princípios e regras contraditórios no caso concreto¹⁶.

Atienza percebe então que o problema é: “qué tipo de razones tienen un mayor peso em el contexto de la ponderación?” Ao responder a pergunta ele menciona:

En definitiva, en el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos no se puede partir de una jerarquización estricta de las razones: no es cierto que las razones de

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, fls. 263-264.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*, p. 235.

corrección prevalezcan siempre sobre las finalistas, y unas otras sobre las autoritativas. Sí que cabe hablar, sin embargo, de una jerarquía débil, derrotable: las razones de corrección gozan de prioridad prima facie, pero pueden ser derrotadas por razones de fin (por objetivos sociales) en ciertas circunstancias excepcionales, y unas y otras (las razones sustantivas) pueden ser derrotadas también por razones institucionales¹⁷.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito sob o prisma do Estado Constitucional de Direito outorga grande importância aos princípios como elemento finalístico das regras dentro de um sistema estruturado. As normas e princípios não apenas sob uma óptica de logicidade, mas sim através das funções que ambos desempenham nos contextos argumentativo e operativo.

O direito é uma realidade dinâmica, cujos enunciados são os mais variados, assim como a própria dinâmica social que é composta por ações, valores, práticas, procedimentos comportamentais. Nesse contexto, a interpretação é um processo operacional em que devem ser utilizadas ferramentas adequadas para cada tipo de problema.

Dentro desse contexto de Estado Constitucional importa observar que a Administração Pública precisa incorporar o paradigma constitucionalista, cujas premissas são: verificar não só a vigência, mas a validade das normas relacionadas ao problema, perceber que os servidores que representam o Estado não podem mais atuar em termos estritamente legalistas, não é cabível a mera subsunção legal. As leis não só podem como devem ser interpretadas de acordo com princípios constitucionais. Deve haver uma integração entre moral, direito e política.

Transcrevendo as palavras de Manuel Atienza: “Lo que da sentido al Derecho – y a ocuparse profesionalmente Del Derecho – no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia”¹⁸.

A Administração precisa se curvar diante da razão, não uma razão comum operada pela lógica, mas por uma razão sensível, pois o poder se submete à razão e não o contrário. Por derradeiro é preciso perceber que o direito não almeja apenas objetivos sociais, ao incorporara valores morais que não estão relacionados tão somente a uma moral social, mas a

¹⁷ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*, p. 241-242.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, p. 325.

uma moral racionalmente fundamentada e legitimada observa-se o prenúncio de uma nova era.

O administrador só deve intervir nas relações sociais quando for estritamente necessário, e quando o fizer deve emanar atos corretos e adequados, pois os cidadãos possuem o direito de serem afetados na forma mais adequada ou menos prejudicial possível. Considerando que a função primordial do Estado é promover a paz social e o bem estar de seus cidadãos nada justifica intervenções abruptas ou desarrazoadas que impliquem restrições ou obriguem os cidadãos a fazerem algo excessivo dentro de certa conjuntura fática.

Conclui-se no sentido de que deve ser adotada a teoria absoluta citada na obra de Robert Alexy, segundo a qual “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma”¹⁹.

Há esferas mínimas ou direitos fundamentais do cidadão que não podem ser relegados, negociados ou omitidos pela Administração Pública enquanto Estado. É preciso saber que há núcleo mínimo de intangibilidade e de respeito à própria condição humana. Esse mínimo não é apenas um direito do cidadão, mas uma obrigação da Administração Pública face aos administrados.

Nesse contexto a Administração Pública precisa deixar de ser percebida como sujeito de direitos, numa óptica em que o interesse público é praticamente absoluto, passando a ser vista como sujeito de obrigações perante uma sociedade que em *ultima ratio* a torna legítima e permite sua própria existência.

VI – REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. 1ª ed. Barcelona: Planeta S.A., 2012.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 298.

_____. **El sentido del Derecho**. 1ª ed. Barcelona: Planeta S.A., 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. I; Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. II; Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Teoría Del Derecho**. 10ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

PALAZZO, Francesco. **Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal**. Revista Penal n.º 02, 1998. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.uhu.es/revistapenal> Acessado em 15 de julho de 2012.