

O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional

Sandro Lúcio Dezan*

Ricardos Almagro Vitoriano Cunha**

Resumo

O presente texto tem por finalidade definir o papel da Administração Pública na interpretação e na aplicação do texto constitucional, no que respeita à concreção de direitos fundamentais em países de modernidade tardia, sob o amparo da tensão existente entre o que se denominou de *procedimentalismo* e de *substancialismo jurídico*. Busca-se, em linhas iniciais abordar os contornos da tendência de legitimação da função jurídica administrativa de caráter constitucional contramajoritário, a aferir uma nova e importante tarefa ao Estado-executivo, para além de sua comum concepção de “fiel executor da lei”, de modo a concluir que a *justiça constitucional* envolve a *jurisdição* (por meio do Poder Judiciário) e a *juridicidade* (por meio da Administração Pública). Sob essa última perspectiva, busca-se assinalar que a aplicação e concreção do direito também é tarefa da Administração Pública, no âmbito de sua função atípica decisória, ditada pelo próprio texto constitucional, legitimador e impositivo das ações valorativas substanciais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Democracia. Princípio da juridicidade administrativa. Procedimentalismo. Substancialismo.

Recebido em: 25/04/2017 | Aprovado em: 30/05/2017

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>

* Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV; Professor de Direito Administrativo e Constitucional. E-mail: sandro.dezan@gmail.com

** Mestre em Direito pela UGF-RJ, Doutor em Direito pela PUC-Minas e Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor da Pós-graduação "Strictu Sensu", Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Juiz Federal em Vitória, Espírito Santo. E-mail: sandro.dezan@gmail.com

Introdução

Uma visão reducionista da teoria da repartição dos poderes acostumou-se a desprezar a relevância das *funções atípicas* dos Poderes da República e, assim, os traços de uma cega e suposta “desimportância” e esvaziamento de efeitos jurídicos práticos impuseram-se para o impedimento da realização de direitos fundamentais, por meio de decisões concretistas para além dos meandros jurisdicionais. Dessa forma, a função atípica de decisão jurídica do Poder Executivo e, destarte, da Administração Pública é inadvertida e comumente ignorada pela comunidade operadora do Direito e, ademais, pelo próprio Poder Executivo e pela Administração Pública.

Há decisões jurídicas de cariz constitucional e infraconstitucionais fora dos limites funcionais do Poder Judiciário. Nesse âmago, encontram-se as decisões de concreção das leis e da Constituição pelo Poder Legislativo, quando afastado das atividades legiferantes, e, também, pelo Poder Executivo, em sua atividade de gestão da coisa pública, especialmente no exercício da função atípica *jurídico-decisional*.

O presente texto busca demonstrar, nesses vértices expostos, que a atividade administrativa de decisão sobre direitos fundamentais encontra-se ordinariamente expressa na Constituição Federal brasileira de 1988 e merece atenção extramuros da academia administrativista, com vistas a atrair pesquisas filosóficas e dogmáticas de aporte também do direito constitucional.

Isso decorre do fato de que ao Estado não é legitimado o exercício parcial de instrumentos previstos no texto constitucional à eficácia imediata de direitos fundamentais, em um contexto de Direito pendente de concretizações de valores estipulados em países periféricos, de modernidades tardias, arrimados em um *wafer state* ainda a realizar-se, onde a democracia constitucional é notadamente contramajoritária para o reconhecimento e efetividade de direitos fundamentais. Distintamente dos países desenvolvidos do porte dos europeus e dos Estados Unidos da América, esse é o caso do Brasil e de países da América Latina, dotados de constituições programáticas ou dirigentes, dedicadas à concretização das promessas da modernidade.

Não se ignora aqui, nos limites contextuais ora expostos, um provável e inicial embate entre democracia e legalidade, entre facticidade e validade, ou seja, entre a vontade do povo soberano, titular do poder, e a contrafacticidade, ou a contramajoritariedade (legislação e jurisdição em confronto). No caso, esta,

vertida na concepção de sua natureza limitativa da vontade soberana obrada por decisões jurisdicionais - e também administrativas -, que, em sua maioria, tendem, ao amparo da aplicação do direito ao caso concreto e sob os argumentos de necessidade de manutenção da coerência, coesão e unicidade das normas válidas do sistema jurídico, à invalidação *inter partes* ou *erga omnes* de eventuais normas postas pela maioria representada pelo Poder Legislativo.

Para os casos de países de modernidade tardia, o direito-texto baseado na Constituição do Estado: (i) dita essa atividade conjunta dos órgãos estatais empenhados no mister de concretização ao máximo possível dos direitos fundamentais socialmente eleitos – o que não se confunde com “ativismo funcional” (judicial ou administrativo-decisional), ou com discricionariedade ou arbitrariedade tendentes ao “decisionismo”, e, deveras, (ii) distingue-se da ordem jurídica de países que já superaram ou não enfrentaram essa etapa de evolução dos direitos fundamentais e que consideram o Direito sob a perspectiva de um *constitucionalismo débil*, caracterizado por limitações rígidas, adstritas às atuações típicas de cada Poder.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar as nuances que deferem participação ativa à Administração Pública na realização de direitos fundamentais.

A tensão entre procedimentalismo e substancialismo: a necessidade de deferência às funções constitucionais de concretização de direitos fundamentais em países de modernidade tardia

O procedimentalismo compreende teoria processual-procedimental restritiva do âmbito de alcance do Direito. Por meio do aporte de legitimação do poder contido na Constituição, sustenta a ilegitimidade da invasão das questões política e das questões sociais pelo direito, ao argumento de ofensa ao princípio democrático, de modo a refutar a possibilidade de as funções do Estado, afetas à operacionalização jurídica, realizarem juízos constitucionais de valores que possam desautorizar a ordem regulatória posta, a legislação votada e aprovada pelo parlamento - poder legiferante, composto por representantes eleitos do povo soberano¹.

¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Decisões jurídicas, nesses casos, contramajoritárias, a par de subjetivas (racionalidade individual do jurista), fundamentar-se-iam em manipulações políticas desautorizadas e não condizentes com a função estritamente jurídica, representada pela ação de concreção da lei, de aplicação da lei ao caso concreto. O direito, assim, dever-se-ia ater às suas fronteiras limitadamente jurídicas de aplicação. A justificação, no sentido de técnica de que se vale o Poder Legislativo na tarefa de concepção da norma, seria a única instância possível de exercício de juízo de valores²; contudo, à vista de uma atividade de comunicação participativa pela comunidade destinatária da novel norma, de caráter geral e abstrato, como forma de codependência entre autonomia privada e pública e de coesão entre Estado de Direito e democracia³. Vislumbram a importância da tarefa política do direito-posto quanto à universalidade e à aceitabilidade generalizada, mas, todavia, não aceitam a atuação do Poder Judiciário, superavitário de um *discurso de aplicação* sustentado em absoluta imparcialidade, destarte, afastada de aportes políticos, que seriam adstritos à quadra legislativa. Afasta-se, assim, o que se denomina de “ativismo judicial”, dotado de uma face “decisionista” e, destarte, “arbitrária”, ofensiva da vontade democrática da maioria⁴.

Habermas⁵, um dos principais teóricos dessa vertente, representativa do procedimentalismo discursivo, não admite leituras que sustentam a substancialização do direito por meio de inserção de valores, mormente, como visto, de cunho político, diretamente a abarcar o direito-texto ao ponto de transmutarem os seus operadores para atores políticos. Não aceita, assim, o que se denominou de *gigantismo* ou *politização do Poder Judiciário*, para quem restariam não mais que as balizas intransponíveis do exercício estrito da função jurisdicional de aplicação do direito ao caso concreto, desprovida a jurisdição de instrumentos outros – no caso o uso de valores de vieses morais e políticos –, para a concretização de direitos. Apenas ao poder político se lhe atribuiria a capacidade – notadamente política – de representação da vontade do titular do

² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à aplicabilidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 24 e ss.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

poder soberano e, por seu turno, o direito, interpretado e aplicado por órgãos jurídicos não representativos do coletivo social, de fato, não seria essa via representativa. Dessa forma, não ao Poder Judiciário, mas sim ao Poder Legislativo caberia, por exemplo, o exercício de juízo de constitucionalidade das leis e a sua declaração de inconstitucionalidade, com a consequente retirada da norma do mundo jurídico, fundamentados na ponderação de valores constitucionais.

Nesses termos, imputa-se como ativista a tendência jurisdicional de inserção de valores morais e políticos no cerne do direito posto e da Constituição do Estado, de modo a propiciar o manejo e a contrariedade da vontade popular por meio dos agentes públicos encarregados das decisões jurisdicionais e, nesse âmbito, a se inserirem – vislumbra-se – também as decisões jurídicas não jurisdicionais da Administração Pública de aplicação do direito ao caso concreto, com base na juridicidade administrativa. Com efeito, as decisões administrativas contrárias às leis (votadas e aprovadas pelo Legislativo como caráter da democracia representativa) e fundamentadas diretamente na Constituição do Estado, configurariam, também, a exemplo do “ativismo judicial”, espécie de ativismo jurídico ilegítimo, solidado no “ativismo administrativo-decisional”. Nessa perspectiva, a *justiça constitucional* conceberia duas espécies de *ativismo jurídico*: (i) o ativismo judicial e (ii) o ativismo jurídico-administrativo.

A teoria substancialista ou comunitarista, por outro lado, verte-se no sentido de ser adequadamente salutar a operacionalização valorativa do texto constitucional e essa legitimidade é haurida do seu próprio conteúdo, coerente, unitário e estruturalmente hierárquico⁶, permeado por aportes substanciais morais e políticos⁷, mormente em países de modernidade tardia, em que as promessas do *wafer state* se encontram ainda por vir e, notadamente, dependentes de uma atividade hermenêutico-concretista proativa, porém nos limites do direito posto.

Assinala-se que a realidade dos países desenvolvidos permite a aplicação efetiva de teorias constitucionais processuais-procedimentalistas, uma vez que se encontram em estágios de concreção plena do Estado de Bem-Estar Social, inclusive, de Direito, perfazendo, de modo conjugado e em moldes abrangentes, Estados de Direito e de Bem-Estar Social. Esse fenômeno, no entanto, não se

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

⁷ Sobre a sustentação de o Direito ser um sub-ramo da moral política e este, um sub-ramo da moral, em que se afere, de modo direto e mais incisivo do que vinha apontando em investigações anteriores, a inter-relação complexa entre direito e moral, ver: DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

verifica em países periféricos, em que o direito constitucional possui o importante papel de delinear as vertentes de alcance dessa condição sociocultural e, no mesmo sentido, de sua transposição para o Estado Democrático de Direito, como um *plus* ao Estado de Bem-Estar Social.

Sob essa óptica de *funcionalidade ativa* dos Poderes da República, os intérpretes e aplicadores do direito têm o importante papel de coautores ou coadjuvantes concretistas de direitos fundamentais-sociais a ombrearem funções legislativas e jurisdicionais nessa tarefa⁸, como a atribuição imposta pela própria linguagem e sentido do direito positivo. Em outras palavras, o limite de determinada concepção contextual é o limite da linguagem que o seu intérprete lhe empresta⁹ e, nesses exatos termos, o mundo do direito positivo dos países de modernidade tardia se apresentaria programaticamente, por força do direito constitucional positivado, distinto dos limites do mundo do direito positivo não periférico.

Constituições dirigentes ou não, há de se ter assente que o constitucionalismo e a justiça constitucional não são avessos à democracia, na medida em que se deve também apreender a democracia não como a prevalência da regra da maioria. A impossibilidade de a maioria decidir sobre algumas matérias protegidas por dispositivos constitucionais contramajoritários não perfaz figura antidemocrática, porquanto a tutela de minorias concebe-se face da democracia constitucional a afastar-se, por seu turno, da democracia majoritária, esta sim sem suporte medular nos textos constitucionais contemporâneos¹⁰. Isso declina, de toda sorte, tratar-se de mito do pensamento político moderno o inexorável e irreconciliável embate entre constitucionalismo – e justiça constitucional – e democracia¹¹.

Nada impede a realização da justiça contramajoritária a infirmar normas infraconstitucionais com fundamento na democracia constitucional de caráter não majoritário, e essa é a tendência de uma teoria constitucional que pretenda tutelar inextinguivelmente direitos fundamentais¹².

⁸ Em essência do que se ora expõe sobre a inserção de valores no texto constitucional, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Conferir também: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios e regras*. *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, p. 49-67, 2009; e ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1994.

¹⁰ Ver STRECK, 2009, p. 18-19.

¹¹ STRECK, 2009, p. 19.

¹² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Por outro olhar, a acusação de o substancialismo obrar de modo solipsista, com subjetivismo insindicável, pelo fato de sustentar o uso da razão prática para a concretização dos supostos valores políticos e morais que permeiam o direito positivo, por si só, não tem o condão de permitir afirmar que o método procedimentalista-processual estaria infenso a essa mesma crítica ao conceber leis com a participação dos potenciais afetados pela norma, em ação comunicativa, pois, do mesmo modo, poder-se-ia falar em subjetivismo, vertido, contudo, em forma de *solipsismo coletivo*, categórico de determinado grupo social. Torna-se, consequentemente, à inafastável influência da *tradição* para a contínua entrega do conhecimento evolutivo sociocultural, aceitável em determinado contexto histórico e, sem embargo, em determinada comunidade¹³. O *solipsismo individual* do intérprete e aplicador do Direito passa a ser substituído, porém no discurso de justificação, pelo *solipsismo coletivo*, o “nós” solipsista¹⁴. É da natureza do Direito a imprecisão¹⁵ e essa vagueza de significações ocorre tanto no momento da justificação, quanto em fase posterior, de reconhecimento e concretização por obra de aplicação.

Partindo-se da premissa da impossibilidade de afastamento procedimentalista do exercício da razão e, destarte, por uma óptica hermenêutica, passa-se a aferir a legitimidade da juridicidade administrativa como meio de concretização de valores constitucionais, especialmente para o caso da experiência brasileira.

Especificidades da legalidade e da juridicidade administrativas que legitimam o substancialismo constitucional da Administração Pública: legalidade e juridicidade instrumentais às disposições principiológica constitucionais

A submissão do Estado à lei e ao reconhecimento de igualdade de todos perante a regulação normativa apresenta-se fundamental ao Estado de Democrático de Direito. Direito e democracia não prescindem de se harmonizarem

¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I e II. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹⁴ No sentido em que afirma Eugenio Raul Zaffaroni, para a impossibilidade de exercício subjetivo da razão, em que o juiz imparcial seria uma impossibilidade antropológica (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Teoria del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973).

¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*. Barueri: Manole Editora, 2005.

para a formação de uma ordem social igualitária e justa¹⁶. Essa concepção é, em essência, fruto ao menos indireto da noção teórica de contrato social¹⁷, que fez emergir “la potestas temperata, de un poder que inevitablemente y cada vez más aparece rodeado de reglas y de límites”¹⁸, embrionários, em que pese a base fundante contratual, a face atual do direito público¹⁹, em que se insere a Administração estatal.

A observância das estruturas normativas editadas pelas autoridades constituídas surge como verdadeiro princípio do Estado, comumente a ele se referindo as ciências jurídicas, o direito positivo e a jurisprudência como *princípio da legalidade*. O dever de agir conforme a lei, nos seus limites, atendendo aos mandamentos de obrigações, permissões e proibições, representativos das imposições, faculdades e omissões miradas pelo texto normativo, como normas de conduta e de regulação estatal e social²⁰, foi paulatinamente²¹ concebido para fazer frente ao poder absoluto do monarca²², para impor balizas à essência de tendente tirania do Estado absolutista. A lei, como princípio do Estado de Di-

¹⁶ Para uma análise da inter-relação entre direitos fundamentais e democracia, ver: DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 5, p. 11-31, Jan. 2000. Para uma análise da inter-relação entre soberania, direito, poder constituinte e democracia, ver: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001. Ver ainda FIORAVANTI, Maurizio. *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*. I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia. Napoli: Liguori, 1986, p. 309-346.

¹⁷ Abarca o princípio da legalidade (ou segurança jurídica dele advindo) como espécie de “direito natural” não renunciado. O homem passa a ser “agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social - mas dando-lhe uma feição eurística - estes autores entendem que o estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato. Mas o homem, parte contratante, pela sua condição de ser racional e livre, e, pois, capaz de gerir seu destino, é titular de direitos. E quando se insere no Estado reivindica o reconhecimento e a proteção desses direitos. Ou porque a eles não renuncia ou mesmo renunciando, impõe como condição que o Estado criado pelo contrato devolva, com sua tutela, os direitos em causa” (LUISI, Luiz. Direitos humanos - repercussões penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21, p. 75-79, Jan / 1998, p. 77.).

¹⁸ FIORAVANTI, 2001, p. 45.

¹⁹ FIORAVANTI, 2001, p. 40-45.

²⁰ Ver: BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: editora Atlas, 2010; VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol. I, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol. II, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999; e BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014. BOBBIO, 1997.

²¹ Por mais que tracemos uma abordagem dos institutos jurídicos “lei” e “legalidade”, em linhas gerais, em um raio temporal célere de abrangência visto pela óptica do direito ocidental, não pretendemos aqui, advertimos, fazer qualquer incursão histórica sobre tais – o que seria deveras prolongado e extra ao propósito de nossos estudos –, mas sim traçar o *iter* lógico que firma o fundamento da aplicação da legalidade às ações da Administração Pública. Sem embargo, a abordagem da origem dos institutos, pela óptica da característica de sua incidência vinculante do Estado, faz-se imprescindível.

²² Ver: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

reito, já em ascensão com a virada da antiguidade para a idade média em que a normatividade, nesse primeiro momento, desprende-se da exclusividade radical dos campos político e moral e passa a adentrar ao campo normativo, ao mundo do Direito²³, experimentou, ainda, um segundo momento - e de sensível aprimoramento²⁴ a partir das revoluções americana, de 1779, e francesa, de 1789, inclusive com o advento da teoria da separação dos poderes, de Montesquieu²⁵ - em que a função legislativa e, por conseguinte, as leis passaram a ser fruto, apesar de indireto, do poder emanado do povo²⁶, da soberania do povo. Isso, até então, após um período caracterizado como espécie de democracia referente à *polis* grega e à *res publica* romana (entretanto, sem se falar, ainda, no conceito comum e propriamente dito de “soberania” – em qualquer de seus sentidos adjetivados -, somente concebido a partir do Estado moderno, mas apenas em participação popular)²⁷, sem qualquer participação verdadeiramente de relevo nas diretrizes do Estado²⁸. Impôs-se, pela vontade do povo, a submissão do Estado ao ordenamento jurídico, inaugurando o denominado Estado de Direito.

²³ FIORAVANTI, 2001, p. 38.

²⁴ Sem a pretensão de adentrarmos aqui às críticas atinentes aos termos gerações e dimensões de direito, sob um prisma de substituições de direitos e de surgimento e coexistência de direitos, para Wolkmer (i) os direitos civis teriam sido consolidados, de fato no século XVIII; (ii) os direitos políticos, no século XIX; e (iii) os direitos sociais e econômicos, no século XX. (WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria dos “novos direitos”. *Revista Jurídica*, Curitiba: Unicuritiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013. Quanto ao fato de o surgimento dos direitos se apresentarem sob um conceito de “gerações” de direitos temporais, cf. Bobbio e, também, Karel Vasak (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992; e VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984. 3 Vol.).

²⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993. Sobre a necessidade de um princípio de autoridade, porém submetido ao coletivo social, por meio do que se denominou de *supremacia da comunidade política*, ver FIORAVANTI, 2001, p. 47.

²⁶ Ver ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ao traçar as linhas gerais que assinalam que o poder emana do povo, titular do poder e, destarte, da soberania. A origem do poder soberano advém do povo, sob a óptica de Rousseau – concepção esta que se estendeu às Constituições contemporâneas.

²⁷ *Exempli gratia*, o princípio da primazia da igualdade ateniense, para os cidadãos da cidade-estado de Atenas, consoante assinala FIORAVANTI, 2001, p. 15-31. Anote-se (conforme FIORAVANTI, 2001) que na *polis* grega e na *res publica* romana ocorreram “experiencias políticas y constitucionales de alguna manera participativas, que incluso estaban fundadas sobre un cierto protagonismo de los ciudadanos” (p. 33) e que a na idade média, os príncipes eram os que ditavam as leis a ela não se submetiam, posto que legítimos responsáveis, em absoluto, pela promoção da justiça e da equidade. Com efeito, não se submetiam, de modo algum, a qualquer eficácia de sanção legal, para assim ditarem leis. Nesses termos, vigorava a máxima *quod principi legis habet vigorem* (p. 40). Ver EVANGELISTA, Fermín Camacho. *Derecho público romano*. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005; ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010; HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997; STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

²⁸ Conforme já verbalizado alhures, cf os estudos sobre a *supremacia da comunidade política*: FIORAVANTI, 2001, p. 45-55.

Levando em consideração período mais recente da história do direito ocidental²⁹, a legalidade assenta forma embrionária na Inglaterra, na *Charta Magna Libertatum* de 1215 (na qual já se delineavam as primeiras características do princípio do devido processo legal a dar azo à sua aplicação, posteriormente, aos ramos administrativos e sancionadores), e, a afastar-se das concepções costumeiras de ordem política e moral, apresentou a sua primeira positivação para o direito punitivo do Estado, pelas vias do direito penal, com sua previsão no código penal francês de 1810, seguido pelo código bávaro de 1913, como fruto do movimento iluminista³⁰. Embora originariamente o princípio jurídico em comento fora posto de forma estrita para regulação das normas de direito penal, nada obsta (partindo-se das premissas fixadas contidas na referencial obra “Direito Constitucional Alemão”, de Otto Mayer, ao esclarecer que “*el derecho y sus normas siguen a la administración por todas partes donde Ella manifieste su actividad*”³¹) - e muito pelo contrário, de tudo se impõe - a sua aplicação também em sede de direito administrativo, a exemplo do direito sancionador geral, de caráter eminentemente administrativista.

A questão principiológica de fundo posta em análise - o princípio da legalidade como norma jurídica - gira em torno da definição do conceito de “lei”, que, em sentido estrito e na experiência brasileira de bicameralidade legislativa do parlamento (na União Federal e nos Estados Federados) e da necessidade de aprovação da lei do Poder Executivo (sanção do chefe do executivo), consiste na prescrição normativa geral e abstrata, votada e aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República, com posterior publicação (conforme o estabelecido no processo legislativo³²), para assim, ter eficácia jurídica e social. Esse é o *sentido estrito* de lei.

Em *sentido lato*, a lei pode ser entendida como qualquer ato jurídico-normativo da Administração Pública, editado pela autoridade estatal competente (interna ou externa ao ente ou órgão aos qual se destinarão os efeitos jurídicos) e em harmonia com as teorias de existência, validade e eficácia (jurídica e social) dos atos administrativos, e com o fim de genérica e abstratamente regular

²⁹ HAARSCHER, 1997; e STRAUSS, 2009.

³⁰ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. t. I. p. 99.

³¹ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. Parte Geral. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p. 20.

³² Arts. 59 e seguintes da Constituição Federal (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017).

condutas internas à própria Administração ou, sem embargo, direcionadas aos administrados, ou a determinado grupo de administrados.

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, prescreve o inciso II, do art. 5º da Constituição Federal,³³ a declinar que os indivíduos submetidos à soberania e, por consequência, ao ordenamento jurídico nacional somente serão compelidos a agir ou a se omitir se houver lei que assim disponha, obrigando-os a um ou outro tipo de comportamento.

Com fundamento nesse princípio harmonizado ao mesmo princípio estatuído no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal brasileira de 1988³⁴, verifica-se a essência normativa de que a Administração Pública tem o dever de atuar somente conforme a lei, nos seus limites, não lhe sendo permitido agir *extra*, *ultra* ou *contra legem*, conquanto limitar-se à (e a não prescindir, na maioria dos casos, da) manifestação prévia da lei, a determinar ou a facultar o seu proceder. A Administração somente age ou se omite à vista da previsão legal para o seu comportamento num ou noutro sentido. Distingue-se, deste modo, da faculdade de agir do particular, o qual não encontra limites no silêncio da norma, sendo-lhe possibilitada qualquer tipo de conduta, comissiva ou omissiva, se a lei, ativamente não lhe proibir. A regulação jurídica distingue-se para um e para outro, particular e Administração, ao passo que esta última depende, para agir ou omitir-se, de manifestação legal, ao menos em forma de silêncio eloquente³⁵.

Para Hartmut Maurer³⁶, o princípio da legalidade no plexo de abrangência da normatividade administrativa divide-se em dois outros distintos, quais sejam o da (i) *primazia da lei*, prescritora ao servidor público a limitação de agir ou de se omitir em conduta ofensiva a lei, dando um efeito ativo à lei, e o princípio da (ii) *reserva da lei*, que prescreve que a Administração Pública somente pode manifestar a sua vontade, agir ou se omitir, se houver previsão ou imposição legal para isso, apresentando um efeito negativo ao diploma normativo. Nesse último caso, a omissão legislativa representa, de fato, uma proibição de conduta para a Administração.

³³ Art. 5º, II, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

³⁴ Art. 37, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

³⁵ Ressalva se faça para os casos de decretos autônomos da Administração, previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 84, VI, alíneas “a” e “b”, nos seguintes termos: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

³⁶ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 14 ed. São Paulo: Manole, 2006.

A normatividade do princípio da reserva legal assinala que a Administração Pública somente poderá agir perante autorização expressa de lei, fazendo-se constatar que “esse princípio, portanto, pede mais do que o princípio da primazia. Enquanto este apenas (negativamente) proíbe a infração contra leis existentes, aquele pede (positivamente) um fundamento legal para a atividade administrativa”³⁷.

Hely Lopes Meirelles³⁸, em passagem muito conhecida, aborda o aspecto “reserva da lei”, tratado por Hartmut e assinala que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto que na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Afere-se daí uma *relação de subordinação* da Administração Pública à lei, distinta da *relação legal de coordenação* regente dos assuntos particulares³⁹.

Essa liberdade de conduta deferida ao particular radica origem no direito privado clássico, do auge do modelo jurídico liberal, garantidor da autodeterminação individual da autonomia privada, que apresentava estatuto regulatório jurídico distinto e estanque ao do direito público, orientado sob as balizas de normas, *e.g.*, regentes das pessoas e da proteção jurídica contra delitos, do direito de propriedade e da liberdade dos contratos, em uma ordem normativa exclusiva, sem imanes compromissos ético-sociais⁴⁰, de modo a minimamente intervir nas esferas de direitos dos administrados⁴¹. A par disso e da crescente eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para a imposição de reconhecimento e aplicação de categorias naturais do direito público ao âmago das relações privadas, sobretudo à luz da necessidade de

³⁷ MAURER, 2006. p. 122.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 82.

³⁹ Nesse sentido, sustenta Maurice Hauriou que a Administração não se encontra totalmente animada por uma vontade livre interna, mas sim depende da lei para o seu agir. O seu atuar, por uma óptica interna é livre, porém sujeito a uma vinculação interna, representada pela lei. Assinala que “l’administration, ainsi que nous l’avons déjà montré, n’est pas animée, dans ce qu’elle fait, d’une volonté intérieure légale, elle est animée d’une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur” (HAURIOU. Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 356. Cf também HAU-RIOU. Maurice. *Principes de droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2010; e HAU-RIOU. Maurice. *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*. Paris: Éditions Dalloz, 2012. Quanto às relações de subordinação e coordenação aventadas, Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 1. ed., 2. t. São Paulo Malheiros, 2010.

⁴⁰ HABERMAS, 2003, Vol. II p. 132-134 e 147.

⁴¹ Aduz-se resquício proveniente do Estado Liberal de Direito e isso se depreende do que verbaliza Miguel Reale, ao esclarecer que “não descamba o liberal para a pregação de uma sociedade sem leis, por estar convencido de que estas são inevitáveis. Mas se não há como fugir delas, que pelo menos sejam no menor número possível, limitando o menos possível as atividades privadas” (REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 73).

não extinção da autonomia privada, mas a sua harmonização à autonomia cidadã do particular e à autonomia pública regulatória⁴², “o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado ente a lei e o comportamento dos particulares”⁴³.

O sentido de lei em sentido estrito e legalidade como princípio reitor do Estado Democrático de Direito se harmoniza com a atuação administrativa conforme o as teorias jurídicas para a sua aplicação: sentido de emprego do “direito” como juridicidade administrativa, constitucionalmente qualificada. Esse dever de enfrentamento da matéria jurídica se afere do direito positivo. A Lei 9.784/1999, no parágrafo único, inciso I, de seu art. 2º, prescreve que a Administração deverá observar na formalização e desenvolvimento de processos administrativos a atuação conforme a lei e o Direito⁴⁴.

Essa imposição legal de procedimento hermenêutico representa um dos mais relevantes efeitos da aceitação da processualidade ampla, a alcançar não somente os processos jurisdicionais, mas também os processos nas diversas áreas do direito público, a libertar o processo administrativo de seu inicial confinamento em um ambiente somente formal, para, a partir desse marco conceptivo, dar-lhe *substancia*⁴⁵, similarmente ao que já ocorria em sede jurisdicional, com notada ampliação das funções atípicas legislativa, executiva e jurisdicional, a serviço da cooperação complexa entre os poderes da República, na busca da aplicação do direito ao caso concreto de modo eficiente eficaz e efetivo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais⁴⁶. A processualidade ampla insere a Administração Pública na sena da justiça constitucional, ao lado da jurisdição e, sob esse aspecto, legitima o Estado-administração à concreção de direitos fundamentais.

⁴² Nesse sentido, “a constituição democrática cria um nexo entre o direito privado e o catálogo ampliativo de direitos fundamentais, o qual obriga o legislador do direito privado e repercute na jurisprudência do tribunal constitucional”: HABERMAS, 2003, Vol. II, p. 140.

⁴³ MELLO, 2010, p. 36.

⁴⁴ Art. 2º, I, p.u., Lei 9.784/1999 (BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017).

⁴⁵ O vocábulo “substancial” aqui é empregado no sentido de permeabilidade por *valores morais*, como se refere ao termo Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008).

⁴⁶ Nesse mesmo sentido, escreve Davi Chicowski que “nessa senda, vale ponderar que o jurista pode até pensar “contra” a lei estrita, desde que tomando como referencial o ordenamento jurídico para, a partir daí, numa interpretação sistemática, negá-la. Mas em hipótese alguma o jurista poderia pensar independentemente da lei e do direito, isto é, pensar ‘ajuridicamente’, partindo de premissas que não fossem as premissas dogmáticas do direito administrativo. Assim, a inegabilidade dos pontos de partida é a parcela formal do direito administrativo, é o campo em que incide a legalidade estrita e é, por assim dizer, uma característica juspositivista que ainda se mantém” (CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016, p.265).

Pode-se, assim, dizer tratar-se de espécie de substancialismo sobrepujante das fronteiras do Poder Judiciário, a abarcar o Poder Executivo.

Partindo-se, nesses moldes, da premissa de que cabe também à Administração Pública (a par do Poder Judiciário, o qual detém a última palavra em “dizer o Direito”) o dever de interpretar e aplicar o Direito, solucionando o caso concreto posto por lei à sua esfera de atribuição e de decisão, o princípio em comento delimita o agir da Administração conforme os preceitos legais em sentido lato e, assim, em consonância com o Direito, para englobar os pertinentes princípios, regras e valores de uma Constituição Programática ainda a realizar-se por força das funções jurisdicional e executiva estatais. A jurisdição a serviço do Poder Judiciário; a juridicidade, ao amparo da função atípica afeta ao Poder Executivo, por meio da Administração Pública. A atuação juridicizada compreende verdadeiro princípio de interpretação e aplicação da Constituição pela Administração.

A juridicidade haurida à qualidade de princípio impõe a atuação da Administração não somente conforme a *lei*, mas também conforme o *Direito* como um todo. A lei é o seu ponto de partida, e o Direito, como ciência, a sua fronteira intransponível⁴⁷.

Há, como balizas para a Administração, (i) o direito haurido da *estrutura literal* da lei e (ii) o direito proveniente dos valores oriundos das possibilidades de interpretação dessa mesma lei, com fundamento em abertura normativa, de característica plurissignificativa e, mesmo, evolutivo-constitutiva. Não se trata de tese nova. Já esposada por Eduardo García de Enterría⁴⁸, na obra “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*”, em comentários ao artigo 103.1 da Constituição da Espanha, esclarece que a Administração Pública, no uso de seu direito de ação procedimental deve agir “*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho [y] examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto que presupone de manera inequívoca que existe un Derecho que tiene otro origen distinto del de la Ley*”.

Assegura-se, portanto, que toda a atividade do Estado no exercício da função administrativa pauta-se, no mais das vezes, em regras imperativas de com-

⁴⁷ Quanto à defesa da possibilidade de juridicidade administrativa constitucional *contra legem*, conferir: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo*. Limites à possibilidade à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: livraria dos Advogados Editora, 2010.

⁴⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 93.

portamento, que previamente autorizam a ação ou a omissão estatal (legalidade estrita), sem embargo de, imprimindo um viés ampliativo, o Estado utilizar as leis e os sistemas jurídicos e suas teorias, incluindo os princípios e valores implícitos decorrentes das leis e do ordenamento jurídico como um todo, para fundamentar qualquer decisão, quer seja ela favorável ou desfavorável ao administrado.

A doutrina tem denominado essa ampliação que vai para além das divisas da legalidade estrita como “bloco de legalidade”, na medida em que estende as margens dos institutos jurídicos justificantes da atuação administrativa, validando-a desde que, partindo-se da legalidade estrita, mantenha-se dentro da ciência do Direito. Com isso, permite-se, *exempli gratia*, a deferência à força normativa dos princípios explícitos e implícitos do ordenamento para a fundamentação de decisões administrativas de plena concreção de direitos fundamentais.

Da juridicidade administrativa denotam-se dois *mandamentos*, quais sejam o de (i) atuação conforme a lei e o de (ii) atuação conforme o Direito. O primeiro decorre da necessidade de observância da estrita legalidade para fundamentar o agir administrativo, em que somente se tachará de legítima a conduta plenamente amparada na lei – princípio da legalidade estrita. Classificado como “atuação conforme o Direito”, o segundo imprime a necessidade de a Administração somente se fundamentar, na condução de seu agir e na produção de processos administrativos, por regras jurídicas de interpretação e aplicação da lei, valendo-se, *e.g.*, das regras de hermenêutica e da dogmática jurídica. Importa, com isso, em uma Administração juridicizada, permeada pelas noções de ordenamento jurídico, sistema jurídico, normas-princípios, normas-regras, assim como valores neles contidos, decorrentes desse ordenamento regente de seu agir ou de seu omitir.

Há, com efeito, submissão à lei e, não obstante, utilização das teorias do Direito, da Ciência Jurídica como metalinguagem do direito positivo como objeto, para a solução dos casos postos a seu cargo. Ao se considerar essa adstrição à lei, o que não está nela incutido, deve ser afastado. Assim, não se constituindo em valores imanentes do sistema, fica vedada a utilização de fundamentos extrajurídicos, a exemplo da equidade ou de valores morais não expressos ou implicitamente positivados, plasmados em comandos normativos, para a motivação de seus atos, sob as consequências de ofensa ao princípio em comento. O princípio da *atuação conforme a lei e o Direito* ou *princípio da juridicidade*

reflete faceta do próprio *princípio da legalidade*, contudo, em seu sentido lato, a dar à Administração legitimidade interpretativa da lei, do texto-normativo, do direito-texto, para a resolução do caso concreto⁴⁹.

No entanto, esse atuar consoante a lei e o direito não representa poder absoluto a distanciar o Estado-administração do múnus de gestor da coisa pública. Não lhe dá poderes, mas antes, deveres, na medida em que a juridicidade é regida pelo Estado Democrático de Direito, nos estritos limites da democracia constitucional contramajoritária e, sem óbices, também orientada pelo interesse público. Não há que se refutar ao inafastável *princípio da ubiquidade*, vertido no controle judicial, jurisdicional e imparcial. Como bem observado, os atores executivos dos deveres-poderes público e administrativo – em um caminho que assim é dirigido do gênero à espécie – não prescindem da premissa original de que “a Administração em nome do estado assume poderes orgânicos, ou funções que são poderes funcionais tão amplos e determinados que, na dinâmica dos fatos de governo, subordinam à atividade legiferante e à ação judicante ou jurisdicional”⁵⁰.

Substancialismo administrativo para a realização de direitos fundamentais sociais: o exemplo do direito à saúde

Ao longo do texto constitucional brasileiro de 1988 é possível ver inúmeras passagens normativas relacionadas ao direito à saúde⁵¹, a declinarem diversas regras e diretrizes atinentes às mais variadas questões a que esse direito social se detém.

Por força da enunciação do Título II e Capítulo II da Constituição Federal brasileira de 1988, há de se aceitar tratar-se o direito à saúde de um direito fundamental e social, na medida em que o título a que se vincula o capítulo expressa os “direitos e garantias fundamentais”, para introduzir os textos constitucionais sobre os “direitos sociais”. Desta forma, o direito à saúde é, de plano e por força de enunciação textual, um direito social. Mas isso não o identifica como uma regra, ou princípio ou, ainda, como uma diretriz normativa. Da leitura do

⁴⁹ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

⁵⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à reforma administrativa federal*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 14.

⁵¹ BRASIL, 1988.

artigo 6.^o da Constituição Federal de 1988 apenas se afere se o direito à saúde um direito social, todavia fundamental, por força do enunciado do Título II⁵².

A menção ao termo “saúde”, ao repetir-se ao longo de várias passagens da redação constitucional, reaparece no inciso II do artigo 23, ao se elencarem as *competências comuns* para os Entes Federados, assinalando ser de competência indistinta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a atividade de “cuidar da saúde”⁵³.

O artigo 34, Inciso VII, alínea “e”, *última parte*, eleva à categoria de “princípio constitucional sensível” o *dever*, pelos Estados e Distrito Federal, de “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, (...) nas ações e serviços públicos de saúde”.⁵⁴ A não observância poderá dar azo à intervenção da União Federal nos Estados e no distrito Federal⁵⁵, regra essa que se repete no artigo 35, III, para legitimar, pelos mesmos motivos, a intervenção dos Estado nos Municípios de seus territórios⁵⁶.

O artigo 166, ao declinar a importância dada aos serviços de saúde prestados pelo Estado, ainda prescreve a vinculação de valores de receitas públicas destinados a ações de saúde⁵⁷ e, por seu turno, o artigo 167 mantém a vinculação os impostos provenientes da repartição de receitas previstas nos artigos 158 e 159 “a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde”⁵⁸.

⁵² “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

⁵³ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - **cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. (Sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

⁵⁴ Art. 34, VII, “e”, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁵⁵ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas **ações e serviços públicos de saúde**”. (Sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

⁵⁶ “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: (...) III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e **nas ações e serviços públicos de saúde**”. (Sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

⁵⁷ “Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. (...) § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste **percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde**”. (Sem grifos no original) (BRASIL 1988).

⁵⁸ “Art. 167. São vedados: (...) IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, **a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde** (...)”. (Sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

Nas disposições gerais do Capítulo da “Seguridade Social”, especificamente do artigo 194, assinala-se ser a saúde tutelada por ações conjuntas e integradas dos Poderes Públicos e da sociedade, com objetivos, dentre outros, de universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços, seletividade e distributividade na prestação⁵⁹.

Por fim dessa incursão exemplificativa, os artigos 196 e 198 denotam o caráter *programático e direcional* dos serviços públicos de saúde, ao assinalarem ser esse direito fundamental direito de todos e dever prestacional do Estado, todavia seguindo as orientações de “atendimento integral, balizado pela “prioridade para as atividades preventivas”⁶⁰.

De todo o exposto, ao amparo das normas elencadas no texto constitucional, há de se aferir, se observado o fenômeno normativo por uma análise pontual de cada dispositivo, a natureza programática do direito à saúde no Brasil. Não obstante a esse caráter programático *individual*, de cada norma em si, uma interpretação sistêmica do texto faz sobressair o que Atienza⁶¹ apontou como *valor maior de um sistema constitucional*, a referir-se a princípio em *stricto sensu*. Sob essa óptica peculiar do professor de Alicante, o cuidado e a preocupação que possui o Estado brasileiro para com o direito em voga, quer seja com a destinação e vinculação de receitas de tributos, quer com a fiscalização de aplicação desses recursos e mesmo com as diretrizes isoladas de controle, de realização e de fomento à saúde, a permear todo o texto constitucional, identifica-se uma espécie de *valor fundamental do sistema constitucional brasileiro*, alcançando-o a verdadeiro *princípio de caráter estrito*.

⁵⁹ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. (Sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

⁶⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”. (Sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

⁶¹ ATIENZA; MANERO, 2009, p. 50 e ss.

Por se conceber, assim, em uma concepção sistêmica do texto constitucional, como “princípio de acesso à saúde” e não como “diretriz de acesso à saúde”, a questão não se encontra – ainda pela óptica da teoria de Atienza⁶² e mesmo anteriormente já esposada por Carlos Cossio⁶³ - passível de qualquer ponderação, uma vez que, para os princípios jurídicos em sentido estrito, aferida a sua incidência, não se haveria de sopesar espectros de gradação à concretização de seu conteúdo. Ou o Estado, no caso o Estado-administração, cumpre o mandamento final principiológico, a exemplo do que ocorre com as regras, ou não o cumpre, permanecendo-se o devedor do direito subjetivo em mora. Com efeito, não há que se falar em *dever de otimização flexível* do direito à saúde, na medida em que concebe o texto constitucional a sua natureza principiológica de caráter estrito. Nessas balizas, a Administração Pública encontra-se adstrita à concretização e, sem embargo, de caráter integral, dessa espécie de direito, vertendo-se em dever-poder substancial de realização do texto constitucional. Disso decorre, por exemplo, a impossibilidade da aceitação satisfativa da alegação estatal de cumprimento parcial em razão da “reserva do possível”.

Somente às diretrizes ou regras programáticas, sem características sistêmicas de princípio em sentido estrito, admitir-se-ia a realização gradativa e ponderada de conteúdo. Tratando-se de princípio jurídico estrito, há de se aferir mandamento de concretização, de finalização de conteúdo, que, acaso não observado pelo devedor da prestação, atrairá a incidência de mora e dos danos daí advindos.

Como visto, essa concepção – e o dever de plena concretização substancializada - apresenta repercussão direta no âmbito do Poder Executivo. Sob essa óptica de ser a Administração Pública a devedora prestacional de concreção de políticas públicas e, sem embargo, de direitos fundamentais sociais, assinala-se que as decisões administrativas, alinhavadas à certeza e à justiça do Direito, imprimem um necessário afastamento da rígida vinculação da Administração Pública à lei estrita (princípio da legalidade), fazendo-se imprescindível con-

⁶² ATIENZA; MANERO, 2009, p. 52.

⁶³ Carlos Cossio ainda no início da década de 40 do século passado já assinalava que não caberia ao intérprete e aplicador do direito exercer qualquer interpretação valorativa para os princípios jurídicos, mas, tão somente, obrar com concretização de seu conteúdo normativo. Dessarte, segundo o autor, não haveria espaço linguístico para sopesamento de valores no momento de sua aplicação ao caso concreto. Apenas caberia a sua realização por meio de subsunção, todavia, com uma pré-valorização para a sua escolha, afastando, com efeito, outras normas jurídicas (Sobre o tema, ver COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

ciliar (i) o dever de o Estado “obrar com legalidade” (ii) com o direito de o administrado ser destinatário “da melhor decisão administrativa” (princípio da “juridicidade”, ou da atuação administrativa conforme a lei e o Direito⁶⁴). A decisão se aplica para a concreção do direito de acesso à saúde de essência de princípio em sentido estrito.

Considerações Finais

À vista de todo o exposto, a crítica dos procedimentalistas aos comunitaristas não leva em conta, para além da indiferença à realidade sociocultural, as especificidades do texto constitucional eminentemente formado por normas programáticas e por princípios, a imporem o exercício de análises de pesos e ponderações de valores, para a concreção dos direitos fundamentais. À Administração Pública, por força da própria Constituição Federal, também compete esse mister concretista, nos limites de suas atribuições.

O substancialismo administrativo compreende a melhor decisão administrativa ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵, o *ato administrativo ótimo*, que sempre perpassará pela racionalização das regras legais aos valores jurídicos *maiores*⁶⁶, vertidos em princípio de direitos e de garantias constitucionais fundamentais. Os valores normativos compreendem “princípios no sentido de norma que expressa a essência normativa de um ordenamento jurídico”⁶⁷. Em um verdadeiro Estado de Direito Democrático, a legítima operacionalização administrativo-normativa (aplicação da lei ao caso concreto pela Administração Pública) - muito mais que entendida como uma simples obediência do agente público à lei estrita - deve compreender a submissão das decisões do Estado-administração aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, por meio da introdução de juízos ou sopesamento de valores às regras legais de atuação do aparato estatal.

⁶⁴ “Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito”. (BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*).

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶⁶ Sobre a racionalização jurídica nos moldes que ora se apresenta, conferir os estudos sobre a “concepção unitária e racionalista do Direito”, ver: ATIENZA, 2012, p. 238 e ss.

⁶⁷ ATIENZA; MANERO, 2009, p. 52.

O sistema normativo, incluindo-se aqui os vieses hermenêuticos instrumentalizados pela Administração Pública, deve ser observado ao amparo dos valores constitucionais fundamentais, plexo no qual, com assinalado alhures, o acesso à saúde se insere. Com efeito, o princípio da legalidade administrativa ampliada pela juridicidade executiva, firmado nos vértices da lei e dos valores juridicizados pelo direito-texto ao menos de forma implícita ou sistêmica, permanecerá ainda mais respeitado quando o administrador público deixar, por exemplo, de aplicar a norma em razão do desacordo desta com a Constituição Federal, ainda, que fundamentado em princípios ou valores fundamentais implícitos, decorrentes do sistema textual constitucional. Disso, por corolário, decorrerá o reconhecimento da invalidade de atos normativos ou concretos da Administração que não se arrimem fundamentadamente na necessidade de concretização de direitos e garantias constitucionais fundamentais ou que sustentem a sua realização parcial e gradativa, flexíveis por vias de argumentos que afastam os valores de forte carga principiológica imediatamente exigíveis do Estado.

Conquanto seu aporte na teoria da linguagem, o Direito é impreciso por essência e permite o desenvolvimento de distintos métodos para a tentativa de concreção, mormente partindo-se de fontes divididas em princípios e regras normativas⁶⁸. Os valores⁶⁹ éticos e morais inserem-se no Direito, por apreensão levada a efeito pela norma-texto principiológica e, não obstante, regras. O direito à saúde é um desses valores vertidos em princípios e a sua não concreção, independentemente das possibilidades fáticas, à vista da possibilidade jurídica previamente constatada, implica em mora da Administração Pública, passível de correção judicial a determinar a tutela satisfativa ou a conversão em perdas e danos, sem que se possa alegar, pelo Estado, o argumento da “reserva do possível”.

⁶⁸ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992; DELMAS-MARTY, 2005.

⁶⁹ Ver: SCHELER, Max. *Ética – nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Madrid: Caparrós Editores, 2001; RESWEBER, Jean-Paul. *A filosofia dos valores*. Lisboa: Almedina, 2002. HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967.

Legal “substantialism” in public administration concretist of fundamental rights: the administrative legality as a constitutional instrument of justice

Abstract

The purpose of this text is to define the role of the Public Administration in the interpretation and application of the constitutional text with regard to the realization of fundamental rights in countries of late modernity, under the protection of the tension between what was called “proceduralism” and “legal substantiality”. In an initial line, it seeks to address the contours of the tendency to legitimize the administrative-legal function of a countermajoritarian constitutional character, to assess a new and important task for the Executive State, in addition to its common conception of “faithful executor of the law”. In order to conclude that constitutional justice involves jurisdiction (through the Judiciary) and “juridicialism” (through Public Administration). Under this latter perspective, this paper points out that the application and the scope of its atypical decision-making function, dictated by the constitutional text itself, legitimating and imposing substantial value actions within the Democratic State of Law.

Keywords: Administrative Law. Constitutional Law. Democracy. Principle of administrative juridicialism. Proceduralism. Substantialism.

Referências

- ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo*. Limites à possibilidade à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: livraria dos Advogados Editora, 2010.
- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios e regras*. *Revista Eletrônica de Direito Panóptica*, p. 49-67, 2009.
- BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

COSSIO, Carlos. *La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 5, p. 11-31, Jan. 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*. Barueri: Manole Editora, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

EVANGELISTA, Fermín Camacho. *Derecho público romano*. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: editora Atlas, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*. I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia. Napoli: Liguori, 1986.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à reforma administrativa federal*. São Paulo: Saraiva, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2002.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HAURIOU, Maurice. *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif. Paris: Éditions Dalloz, 2012.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1967.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUISI, Luiz. Direitos humanos - repercussões penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21, p. 75-79, Jan / 1998.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 14 ed. São Paulo: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. Parte Geral. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 1. ed., 2. t. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

RESWEBER, Jean-Paul. *A filosofia dos valores*. Lisboa: Almedina, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHELER, Max. *Ética – nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Madrid: Caparrós Editores, 2001.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. t. I.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à aplicabilidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984. 3 Vol.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003. 2 Vol.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 2 ed. São Paulo: Edusp, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria dos “novos direitos”. *Revista Jurídica*, Curitiba: Unicuritiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Teoria del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008.