

A Crise da Lei e seus Reflexos no Direito Administrativo: a Legalidade Questionada

The Crisis of Law and Its Reflections in Administrative Law: the Questioned Legality

Vânia Senegalia Morete Spagolla^{a*}; Vivian Senegalia Morete

^aUniversidade Norte do Paraná (UNOPAR).

^bUniversidade Estadual de Londrina (UEL).

*E-mail: vanyaspagolla@hotmail.com

Resumo

A modificação da realidade político-jurídica do Estado Liberal para o Estado Providência e a posterior adoção de moldes reguladores resultaram na denominada “crise da lei formal” composta por elementos diversos como a inflação legislativa, o descrédito de que a lei possa, de fato, exprimir a vontade geral, entre outros. Visando superar os reflexos da crise da lei no direito administrativo – o que ocorre na prática da aplicação do princípio da legalidade como limite positivo da atuação administrativa – erigiu-se a ideia de constitucionalização deste ramo do direito, processo este que se constituiria na efetivação de releitura das instituições do direito administrativo à luz dos valores constitucionais. Embora haja óbices à adoção prática da constitucionalização do direito administrativo, esta representa modelo de superação do paradigma da legalidade estrita que não mais se adéqua ao contexto sócio-político e, por isso, tende ser foco de crescentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Crise da lei. Legalidade. Constitucionalização.

Abstract

The change in the political and legal reality from the Liberal State to the Welfare State, and the later adoption of regulatory patterns, resulted in the named “crisis of formal law” consisting of diverse elements, such as legislative inflation, disbelief that the law can, actually, express the general will, among others. In order to overcome the effects of the crisis of law in administrative law – what happens in the exercise of the legality principle as a positive limit of the administrative performance – the idea of constitutionalization of this branch of law has arisen, a process that would be consisted of rereading the institutions of administrative law in light of constitutional values. Even though there are obstacles to the practical exercise of constitutionalization of administrative law, it represents the overcoming model of the strict legality paradigm, that no longer fits in the socio-political context and, therefore, tends to be the focus of growing doctrinal and jurisprudential discussions.

Keywords: Crisis of Law. Legality. Constitutionalization.

1 Introdução

O surgimento do Estado de Direito foi fortemente impulsionado pela mobilização sociopolítica oriunda da Revolução Francesa de 1789, que somada à Supremacia Constitucional à Teoria da Separação dos Poderes Estatais e à adoção do Princípio da Legalidade, constituiu-se em verdadeiro marco histórico no que se refere à atenção e à proteção dos interesses dos indivíduos face à Administração Pública (BACELAR FILHO, 2005).

Assim, pode-se dizer que na fase pós-revolução, o anseio social era de que o Estado se sujeitasse às leis editadas e que fosse estruturado eminentemente na Tripartição dos Poderes, justamente com o intuito de limitação de seu poder frente à população (BACELAR FILHO, 2005).

O princípio da Legalidade consolidou-se, então, neste cenário social, por adequar-se às necessidades por ele impostas no que se referia principalmente à segurança jurídica e à limitação da atuação das autoridades ao previsto em lei. Segundo Ferreira Filho (2003, p. 89), tal princípio nasceu “[...] exclusivamente para preservar a liberdade”, restando

intimamente relacionado ao ideal do Estado Liberal.

2 Transformações do Papel de Estado e seus Reflexos sobre a Legalidade

As modificações da realidade político-jurídica e também social no Brasil e em outros estados exigiram maior atuação garantidora do Estado, levando à transformação de Estados Liberais para os denominados Estados-providência, ou ainda, Estados Sociais, e a própria lei passou a ser discutida quanto à sua eficácia para ser instrumento da consecução da justiça social.

Com efeito, a demanda pela intervenção estatal em segmentos cada vez maiores da vida em sociedade, consequência do surgimento do Estado-providência, tornou claro que era equivocado pensar na Administração Pública como uma mera executora de leis. Ao contrário, seu campo de atuação ia muito além da aplicação legislativa, extravasando do âmbito do Poder Executivo no qual se pretendeu encarcerá-la (BAPTISTA, 2003, p.54-55).

Essa discussão tornou-se ainda mais intensa com a evolução deste mesmo Estado para moldes reguladores, ou

seja, para a abertura do Estado à colaboração dos indivíduos e a assunção do papel estatal de mediação entre diversos interesses dos particulares ou dos particulares frente à Administração (MEDAUAR, 1992).

Davi (2009) descreve este modelo de Estado como ativo, interventivo, prestacional e policêntrico, com a pulverização do poder estatal entre as agências reguladoras independentes.

Desta forma, passaram a estar presentes as ideias de privatização, terceirização, função reguladora, fiscalizadora e fomentadora do Estado em substituição às noções de estado interventor, protecionista e prestador, características do Estado-providência (GROTTI, 2006).

Inevitavelmente, as transformações no papel do Estado repercutiram sobre as funções da Administração Pública. Com o intuito de torná-la mais democrática e gerencial, ou seja, mais ocupada com a consecução do fim, do que com as demandas burocráticas, a tendência é a de orientá-la por algumas estratégias centrais, quais sejam: a) desburocratização; b) descentralização; c) transparência; d) *accountability*¹; e) ética e profissionalismo; f) competitividade; e g) enfoque no cidadão (MEDEIROS; LIMA, 2002).

Certamente, não se pode classificar o Estado brasileiro como puramente regulador ou puramente social, afinal, basta que se atente à coexistência de programas sociais como Bolsa Família e outros de cunho assistencial, com o aumento significativo de terceirizações, de privatizações e de agências reguladoras.

De qualquer maneira, com essas modificações da função estatal e as decorrências práticas dessa nova estruturação, o modelo de Legalidade ao qual o Brasil está vinculado passou a ser questionado quanto a sua eficácia em assegurar a proteção dos interesses individuais e coletivos frente ao Estado.

3 A Crise da Lei

O descrédito de que a lei assegure, de fato, a efetivação dos padrões sociais desejados e garanta os direitos dos cidadãos diante do Estado diz respeito à denominada “crise da lei formal” que possui reflexos relevantes no âmbito do Direito Administrativo.

Baptista (2003), em abordagem sobre o tema, descreve alguns componentes desta crise e que podem ser agrupados em quatro focos de problemáticas.

O primeiro deles é o descrédito na lei enquanto expressão da justiça. A preocupação com a observância de procedimentos necessários à transformação de um projeto em lei, para determinados autores, tem levado à formalização da elaboração legal e a afastado de seu caráter de moralidade e justiça. Assim, para que ser “lei”, basta que se estruture projeto e que este passe por trâmites específicos que nem

sempre garantem a justiça de suas previsões.

A partir da leitura dos arts. 59 a 69 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tratam do processo legislativo, extraem-se, majoritariamente, disposições de ordem formal: no qual se dá a tramitação dos projetos de lei propostos pelos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; para onde irão após discussão na Câmara dos Deputados; a necessidade de sanção e promulgação da lei, dentre vários outros procedimentos.

Há tanta preocupação com o cumprimento de tais formalidades, que toda a restante, e tão necessária, hermenêutica constitucional parece secundária. A impressão que emana disto é que a elaboração das leis esbarra na burocracia e nas influências políticas dos grupos de representantes do Congresso Nacional ou de outras casas legislativas nacionais.

Disso decorre que muitas leis, por vezes, encontram-se em “descompasso com a realidade social” ou em “mora com os fatos” gerando assim seu desuso, sua inaplicabilidade.

Fux (2001, p.142) esclarece este fenômeno, atentando para dois desdobramentos da crise da lei:

A crise hoje vivenciada tem dupla *ratio essendi*: a ‘dissintonia entre a lei e os anseios sociais’ e a ‘ineficiência da realização da justiça’. A lei como regra de conduta no seu amplo espectro de regulação das atividades humanas, tem-se revelado afastada das expectativas da comunidade. A justiça, por sua vez, se apresenta ineficiente e incapaz de cumprir o sumo postulado enunciado pelos juriconsultos romanos de *perpetua voluntas unicuique suum tribuendi* (a vontade perpétua de dar a cada um o que é seu), quer pelas desigualdades que encerra, quer pela tardança da prestação jurisdicional, quer pela qualidade da resposta judicial.

Dessa maneira, a crise da lei engloba tanto temas como a dificuldade de acesso à justiça - compreendendo esta enquanto poder e enquanto concretização de uma ordem jurídica socialmente justa - e o descompasso entre a lei e a realidade social e cultural do país.

Neste sentido, o segundo elemento da crise apontado por Baptista (2003) é o descrédito de que a lei possa ser, de fato, expressão da vontade geral da sociedade. Isto porque é recorrente a menção de que os parlamentares representam tão somente as classes e grupos dos quais fazem parte e pouco se ocupam em buscar os reais anseios da população.

O que tem ocorrido é a influência na elaboração das leis de grupos capazes de interferir no “processo político”. Nas palavras de Baptista (2003, p.99)

[...] é fato que o processo legislativo, mundo afora, vem sendo amplamente dominado pelo Executivo, seja através das reservas de iniciativa para a apresentação de projetos nas principais matérias, seja pela formação de amplas bases de

¹ Segundo Nakagawa (2007) o conceito envolve a obrigação de se prestarem contas (evidenciação) pelos resultados de decisões ou ações, com frequência, para prevenir o mau uso do poder e outras formas inadequadas de comportamento de outrem. No âmbito das organizações públicas, essa obrigação pode ser entendida como dever imposto àqueles que detêm o poder de Estado, no sentido de que deem visibilidade aos seus atos e, consequentemente, gerem maior grau de confiança entre governantes e governados.

sustentação do Governo que, por meios legítimos ou não, garantem a aprovação de projetos governamentais.

Assim, denúncias como a que envolvia esquema de compra de votos de parlamentares, repercutem de forma negativa não apenas na representação social² que se constrói acerca do Legislativo e do Executivo, mas na representação das próprias leis oriundas de relações corruptas.

A corrupção em torno da elaboração das leis leva à aprovação daquelas que beneficiam tão somente os setores da sociedade com poder de interferência política, o que constitui ofensa aos interesses eminentemente sociais.

Não obstante esta constatação, e passando-se ao terceiro aspecto da crise da lei, nota-se que vigora um processo de “inflação legislativa”, ou seja, há excesso de leis para regular a vida social e estatal.

Diante do número expressivo de normas, é praticamente inviável afirmar que há coerência interna entre todas elas. Para Martinez (2002) é impossível fazer valer a máxima de que a ninguém é permitido alegar a ignorância da lei, quando há milhões de decretos, leis, portarias e pareceres. Depois, porque dentre milhões é impossível que não haja contradição interna entre as mesmas leis, decretos e portarias.

Nota-se, portanto, que este processo de inflação legislativa que gera desconhecimento por grande parte da população acerca das normas que regem sua própria vida social, é também o mais relacionado com as tendências de modificação do papel do Estado de Liberal para o Estado-providência.

Por conseguinte, a diversificação dos papéis do Estado, que assume funções de direto amparo social, repercute na banalização da lei. Neste sentido, as palavras de Ferreira Filho (1977 *apud* BAPTISTA, 2003, p.100) resumizam as características deste processo:

A lei, com essa multiplicação, perde a sua majestade; em lugar de poucas leis, passa-se a ter muitas; em lugar de leis que traduzem a Justiça e disciplinem o fundamental, temos normas com o nome de leis, criadas ao sabor das maiorias e modificadas ao sabor das minorias; normas que se alteram de instante em instante, sem permanência na realidade e na consciência dos cidadãos.

Certamente, diante da efemeridade com que as leis são criadas e modificadas, torna-se difícil ao cidadão comum ou mesmo aos administradores estatais, o acompanhamento e a adequação de suas condutas a estas alterações.

Somando-se a isto, existe um quarto componente da crise da lei, amplamente interligado com o âmbito do Direito Administrativo, que é a “ampliação das atribuições normativas da própria Administração Pública” (BAPTISTA, 2003, p.100).

Por mais que leis sejam editadas e reeditadas diariamente e em volume significativo, como outrora comentado, é pouco provável, ou possível que estas sejam capazes de abarcar todas

as situações que diuturnamente se apresentam à Administração Pública. Dessa forma, delegações à Administração para a efetivação de instrumentos normativos infralegais, como resoluções, portarias, regulamentos, entre outros, são cada dia mais comuns (BAPTISTA, 2003).

Para Sundfeld (*apud* GROTTI, 2006) nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Porém, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização dos valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico.

Assim, tende a crescer a delegação de competências normativas à Administração inclusive para matérias que seriam próprias da competência legislativa o que constitui processo denominado de “deslegalização”. Esta transferência de competência tanto pode ser autorizada pela Constituição como pela própria lei, quando esta confere caráter regulamentador à Administração (DI PIETRO, 2004 *apud* GROTTI, 2006).

No Brasil, a ideia de deslegalização encontra obstáculo significante na compreensão do Princípio da Legalidade enquanto restrição positiva da ação administrativa.

Doutrinadores têm admitido que a deslegalização, ainda que restrita, encontre espaço tão somente nas agências reguladoras já que a delegação legislativa para alguns casos específicos, como por exemplo, no que se refere às telecomunicações, ao petróleo, à vigilância sanitária, dentre outros (arts. 21, XI e 177, §2, III da Constituição Federal e Medida Provisória nº 1791/98), advêm de texto constitucional ou infraconstitucional.

Contudo, não se pode dizer que as agências reguladoras desempenhem função legislativa propriamente dita, afinal, no ordenamento pátrio seu poder regulamentar se restringe a “regulamentos administrativos ou de organização, só podendo dizer respeito às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado” (DI PIETRO *apud* GROTTI, 2006, p.15). De forma que a competência normativa abstrata conferida às agências reguladoras é de natureza regulamentar e não autônoma.

Assim, pode, por exemplo, a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações normatizar apenas assuntos de natureza regulamentar sobre a prestação e fruição dos serviços de telecomunicações para entes públicos e privados, sempre obedecendo aos limites legais a ela impostos (GROTTI, 2006).

2 Termo conceituado por Alexandre (2004) como uma modalidade particular porque não é todo ‘conhecimento’ que pode ser considerado representação social, mas somente aquele que faz parte da vida cotidiana das pessoas, através do senso comum, que é elaborado socialmente e que funciona no sentido de interpretar, pensar e agir sobre a realidade.

Ainda que com justificativas “teóricas e pragmáticas”, a autonomia política das agências reguladoras - já que as autoridades independentes não se submetem à “linha hierárquica da chefia da Administração” - consiste em outro problemático elemento no “acidentado e contraditório percurso de evolução do direito administrativo” (BINENBOJM, 2008, p.5).

Frente a todo este contexto de crítica e discussão de elementos do Direito Administrativo pátrio e das decorrências sociopolíticas das transformações do Estado, é possível concluir que a crise da lei formal refletiu diretamente na noção e eficácia do uso do Princípio da Legalidade entendido como vinculação positiva da atuação administrativa à lei.

4 A Constitucionalização do Direito Administrativo

Com a finalidade de atenuação das dificuldades ou mesmo de superação deste paradigma atual do Direito Administrativo, tem-se erigido linha hermenêutica que pretende ser mais funcional no sentido de colocar como centro da atuação administrativa os princípios e valores constitucionais.

A proposta é, portanto, a de Constitucionalização do Direito Administrativo, mediante a qual o agir da Administração Pública passaria a estar vinculado diretamente ao Direito como um todo e à Constituição em especial.

Ora, a fim de orientar todo o ordenamento jurídico do Estado, tanto para sua integração quanto para a elaboração de novas normas, o constituinte – traduzindo os anseios da sociedade na oportunidade da criação da Constituição Federal – estabeleceu princípios norteadores da ação de seus agentes. Arrolou, especificamente, princípios referentes à Administração Pública que deve, então, pautar sua atuação, dentre outros, na legalidade, na impessoalidade, na moralidade, na publicidade e na eficiência.

A Constitucionalização do Direito Administrativo seria, dessa forma, a efetivação de releitura das instituições deste ramo do Direito à luz dos valores constitucionais. A própria Carta Magna, seus princípios e valores, serviriam de fundamento para a atividade administrativa, prescindindo esta da existência de lei vinculante específica para legitimar determinadas atividades.

Isto implicaria na superação do modelo de legalidade administrativa como vinculação positiva à lei. Nas palavras de Gustavo Binjenbojm (2008, p.14):

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Tal como afirma Canotilho, ‘a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição’.

Esta mudança de paradigma revela-se bastante inovadora

em termos de consequências para o ordenamento jurídico pátrio, já que tornaria prescindível a existência de lei (*interpositio legislatoris*) vinculando o agir público, para que, somente então, este fosse legítimo.

A Constituição deixaria, portanto, de necessitar de concretização pelo legislador para que gerasse efeitos na Administração Pública e, assim, “passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa” (BINENBOJM, 2008, p. 15).

5 Conclusão

Fatos como a lentidão do processo legislativo, as problemáticas representações sociais nos poderes Executivo e Legislativo, o descrédito na capacidade da lei reproduzir a vontade geral, entre outros, fizeram surgir cenário de questionamento e desprestígio da lei formal. A experiência histórica demonstrou que a aplicação da Legalidade restou mais comprometida com os interesses de parcelas da sociedade do que propriamente com a consolidação dos ideais liberais e democráticos.

A crise da lei formal possui reflexos no âmbito da lei administrativa e levou à discussão sobre a sujeição da Administração Pública ao princípio da Legalidade, entendendo este enquanto vinculação positiva da atuação da Administração à lei.

Uma proposta para superação deste paradigma consiste na Constitucionalização do Direito Administrativo, segundo a qual este ramo do Direito estaria eminentemente subordinado aos princípios e regras constitucionais, mantendo a Legalidade como princípio relevante, mas não central na atuação da Administração Pública.

Certamente este entendimento encontra obstáculos na compreensão consolidada durante décadas no Brasil no que diz respeito ao Princípio da Legalidade na Administração Pública. Implica também em discussões acerca dos reflexos da Constitucionalização do Direito Administrativo em institutos como o da Segurança Jurídica e da própria Tripartição dos Poderes. Entretanto, justamente por representar modelo de superação do paradigma da legalidade estrita que não mais se adéqua ao Estado contemporâneo, tende a ser foco de crescentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Referências

- ALEXANDRE, M. *Representação social: uma genealogia do conceito*. 2004. Disponível em: <www.facha.edu.br/publicacoes/comum/comum23/Artigo7.pdf>. Acesso em: 01 out. 2009.
- BACELLAR FILHO, R.F. *Direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BAPTISTA, P. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, G. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *RETE*, Salvador, n. 13, mar./maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 8 jun. 2009.

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DAVI, K.F. O Direito administrativo, os atos de governo e os direitos sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo. *RETE*, Salvador, n.6 dez./fev., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2009.
- DI PIETRO, M.S.Z. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERREIRA FILHO, M.G. O princípio da legalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 10, p.16, 1977.
- BAPTISTA, P. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FUX, L. Uma nova visão do universo jurídico. *Revista da EMERJ*, v. 4, n.15. p.142-156, 2001.
- GROTTI, D.A.M. As agências reguladoras. *REDAE*, n.6, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 01 out. 2009.
- NAKAGAWA, M. Accountability: a razão de ser da contabilidade. *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v.18, n.44, p.7, maio/ago. 2007.
- MARTINEZ, V.C. As calendas do Estado de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, v.6, n.58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3086>>. Acesso em: 30 set. 2009.
- MEDAUAR, O. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEDEIROS, R.; LIMA, G. *O Direito administrativo e o poder judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

