

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ALGUMAS NOTAS A PARTIR DAS
TEORIAS DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO**

*ADMINISTRATIVE DISCRETIONARITY IN DEMOCRATIC RULE OF LAW STATE:
SOME NOTES FROM STATE AND CONSTITUTION THEORIES*

*Ilton Norberto Robl Filho**

*Luis Henrique Braga Madalena***

Resumo: A discricionariedade administrativa no Brasil é utilizada de forma equivocada, em diversas oportunidades, pela Administração Pública. No Estado Democrático de Direito, a discricionariedade constitui-se no poder-dever de a Administração Pública concretizar a Constituição e a lei nos casos concretos, tendo liberdade desde que atue dentro da moldura normativa legal e constitucional. De outro lado, observa-se o desconhecimento dos pressupostos da teoria da discricionariedade administrativa, utilizando a Administração Pública de suposta discricionariedade como mecanismo que, praticamente, permite a atuação não republicana de agentes estatais. Assim, os autores deste artigo acreditam que a compreensão dos modelos estatais, a partir do advento do Estado Moderno, aponta as alterações que sofreram a legalidade e atuação da Administração Pública, as quais são fundamentais na correta aplicação da teoria da discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa. Estado Democrático de Direito. Erosão da Legalidade.

Abstract: The administrative discretionarity in Brazil is used wrongly, on several occasions, by Public Administration. In the democratic rule of law state, discretionarity constitutes the power and duty of Public Administration implement the Constitution and the law in a particular case, having freedom from acting in

* Doutor em Direito pela UFPR com estudos doutorais na Universidade de Toronto. Professor do Mestrado em Jurisdição Constitucional e Democracia na UPF e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFPR. Diretor de Pesquisa da ABDConst. E-mail: norbertorobl@gmail.com

** Mestre em Direito Público pela UNISINOS/RS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela ABDConst. Coordenador Adjunto do Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* (Especialização) em Direito Constitucional da ABDConst. Secretário da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR e Membro Eleito do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP.

the limits of constitutional and legal regulatory framework. On the other hand, there is the lack of the assumptions of the theory of administrative discretionarity, misusing the Public Administration this theory to justify non-republican actions. Thus, the authors of this article believe that understanding the state models, from the advent of the modern state since democratic rule of law state, points out the changes that have suffered the legality and performance of public administration, which are keys in the correct application of the theory of administrative discretionarity.

Keywords: Administrative Discretionarity. Democratic State with Rule of Law. Erosion of Legality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição possui lugar de destaque no Estado Democrático de Direito, já que estabelece as principais regras do jogo democrático, além de fixar importantes normas de conduta e de competências e garantias contra a arbitrariedade dos poderes estatais e econômico. Uma das garantias centrais do constitucionalismo é o princípio da legalidade, o qual estabelece a lei como instrumento jurídico principal, na ordem infraconstitucional, para atribuição de direitos e deveres. Desse modo, a desvalorização das normas constitucionais e do princípio da legalidade causa fortes impactos negativos sobre as instituições democráticas e seculares que foram forjadas para afastar os governos autoritários, pois os comandos legais e constitucionais atacam o exercício arbitrário, pessoal e subjetivo do exercício do poder.

A grande preocupação exposta nas considerações que se seguirão é a possibilidade, especialmente no Brasil, de que a ideia de legalidade enquanto mecanismo democrático e limitador do poder sofra uma verdadeira erosão por parte da prática majoritariamente adotada pela administração pública, a qual atribui uma margem excessiva aos agentes estatais que agem sob seu manto. Em verdade, observa-se um desvirtuamento da teoria da discricionariedade, permitindo que agentes estatais ainda não comprometidos com o Estado Democrático de Direito persigam interesses exclusivamente pessoais e privados.

Desse modo, no item 2 deste trabalho, discutiremos o advento do Estado Moderno e a construção do Estado Contemporâneo, focando nos modelos de Estados Liberal e Social. Na

seção posterior, o tema principal é o papel do direito e da Constituição na conformação do Estado e da atuação da Administração Pública.

A seção 5, de outro lado, reflete sobre a discricionariedade administrativa no Estado Democrático de Direito e sua utilização inadequada, com certa frequência, pelos agentes estatais brasileiros. Por fim, na seção 6, são apresentadas algumas palavras a título de conclusão.

Esse breve artigo tem como pano de fundo a intenção de reafirmar a importância de respeitar a lei em seu sentido mais aberto, a qual pressupõe sua conformidade com a Constituição. Em verdade, a lei como decisão política e jurídica democraticamente produzida pelos representantes do povo em diálogo com a sociedade civil necessita ser observada pela administração pública, não podendo a teoria da discricionariedade ser utilizada de forma incorreta para permitir atuação não republicana da Administração Pública. Não se deve olvidar que o Estado é instrumento essencial para alavancar e realizar os direitos fundamentais, sendo esta sua razão de existir.

2 NOTAS SOBRE O ESTADO MODERNO E CONTEMPORÂNEO

Para que comecemos a falar algo sobre as origens e fundamentos da legalidade e da discricionariedade administrativa, faz-se importante que tratemos do Estado na Teoria Política Moderna¹ e sua perspectiva contratualista.

O moderno contratualismo surge no período compreendido pelos séculos XVI a XVIII², possuindo a estrutura básica assentada na contraposição entre o Estado de Natureza³ e o Estado Civil, relação esta mediada pelo Contrato Social. Na tradição contratualista, a visão instrumental de Estado faz com que tal instituição seja vista como uma criação artificial dos homens⁴, constituindo-se em “instrumento” da vontade racional de seus “inventores”, verdadeiramente utilizado como ferramenta para atingir determinados fins que acabam por condicionar sua criação.⁵

Desta forma, a ideia contratualista de Estado pretende estabelecer concomitantemente a fundação do mesmo e projetar-se como fundamento do poder político,

partindo de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que acabe pondo fim ao estado de natureza, dando início à sociedade política, ou seja, ao estado civil.⁶

Indubitável assim inovação trazida pelo conceito de Estado Moderno, o qual foi muito influenciado pelos fundamentos contratualista e sendo:

[...] importante registrar que, naquilo que se passou a denominar de Estado Moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma ideia, com potencia superior à dos indivíduos). É a ideia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O Poder despersonalizado precisa de um titular: o Estado. Assim, o Estado precede da institucionalização do Poder, potência e autoridade. Esses elementos dão origem à ideia de Estado. Ou seja, o Estado Moderno deixa de ser patrimonial. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram os donos do território e de tudo que nele se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno passa a haver identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal.⁷

Revela-se fundamental, no Estado Moderno, a ideia de justificação do poder, passando as instituições estatais a terem finalidades determinadas, as quais necessitam beneficiar diretamente os indivíduos que alienaram seus poderes. Desse modo, caso os deveres previsto no acordo de criação do Estado sejam descumpridos pelos governantes, não mais haverá justificativa sustentável para a manutenção do Estado.

Ainda, o advento do Estado Moderno marca a gradativa busca pelo monopólio da tributação e da violência nas mãos de apenas uma instituição: o rei/Estado. O que indubitavelmente provia condições de segurança para o desenvolvimento das atividades econômicas. Originalmente, esse novo modelo estatal concede grande poder ao monarca, sendo, na prática, o monopólio da tributação e da força física um verdadeiro monopólio privado e pessoal do rei.⁸

A segurança provida pelo Estado Moderno, inicialmente na perspectiva conhecida como Absolutista, foi crucial para o desenvolvimento da burguesia e de seus interesses nos primórdios do capitalismo. Entretanto, na passagem do século XVIII para o XIX, a mesma “classe” já não mais se contentava em deter segurança para exercício de seu poder econômico, de modo que buscava obter o poder político detido pela aristocracia.

A busca por legitimidade da classe burguesa pautou-se no fortalecimento do poder legal-racional, fundado em uma estrutura normativa e legal, partindo de documento fundamental,

chamado de “Constituição”, configurando-se como verdadeira expressão jurídica do Contrato Social. Este processo culminou, na Europa, com a Revolução Francesa de 1789, que iniciou o sepultamento da ideia de Estado Absoluto⁹.

Contribuindo para tal soterramento, o monopólio pessoal da violência e de tributação acabou por tornar-se público:

A capacidade do funcionário central de governar toda a rede humana, sobretudo em seu interesse pessoal, só foi seriamente restringida quando a balança sobre a qual se colocava se inclinou radicalmente em favor da burguesia em um novo equilíbrio social, como novos eixos de tensão, se estabeleceu. Só nessa ocasião, os monopólios pessoais passaram a tornar-se monopólios públicos no sentido institucional. Numa longa série de provas eliminatórias, na gradual centralização dos meios de violência física e tributação, em combinação com a divisão do trabalho em aumento crescente e a ascensão das classes burguesas profissionais, a sociedade foi organizada, passo a passo, sob a forma de Estado.¹⁰

A “transformação” dos monopólios pessoais em monopólios públicos apenas se opera em termos institucionais, ou seja, formais, pois o soberano acaba materialmente substituído pela burguesia que é quem efetivamente assume o controle do Estado, o qual passa a servir diretamente a seus interesses.¹¹

Em suma, apesar de as Revoluções Burguesas como a francesa serem realizados com apoio popular, este imenso contingente continuou relegado, beneficiando prioritária e diretamente, no nascente Estado Liberal, a “classe” proprietária.

O Estado Liberal restava profundamente calcado no individualismo, gerando forte impacto nas vidas econômica e política dos indivíduos. De outro lado, posteriormente no século XIX e início do Século XX, em razão da ampliação do sufrágio e do alargamento da participação política, observam-se reivindicações sociais que possuem como pano de fundo a exploração econômica e social das classes menos favorecidas (e mais numerosas, obviamente) em decorrência da política liberal. Como não poderia deixar de ser, exige-se intervenção estatal com o intuito de reprimir tais “abusos” e assim diminuir em muito a própria liberalidade das relações econômicas.¹²

Este é o início do chamado *Welfare State*, que deverá atender de modo prestacional e interventivo (especialmente no domínio econômico) as necessidades dos indivíduos que o

liberalismo deu voz, encerrando a pretensa separação entre economia e política presente no "pacote" ideológico liberal econômico.

3 O PAPEL DO FENÔMENO JURÍDICO E DA CONSTITUIÇÃO NA CONFORMAÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O fenômeno jurídico teve papel fundamental em todas estas transformações nos Estados moderno e contemporâneo, especialmente por meio do advento do Estado de Direito¹³. Este originalmente constitui-se em limitador da intervenção estatal na vida dos indivíduos no Estado Liberal, as quais partiam principalmente dos comandos políticos cada vez mais fortes do monarca. De outro lado, no Estado Social, o Direito acaba por ser o meio pelo qual todas as reivindicações econômicas e sociais são efetivamente levadas a cabo e transformadas em realidade.

Na perspectiva constitucional, a Constituição do Estado Liberal era bastante desprovida de normatividade¹⁴, sendo geralmente compreendida como documento de teor exclusivamente político, o que conduz à definição das Constituições do Estado (Liberal) de Direito como constituições semânticas¹⁵.

A transição do Estado (Liberal) de Direito para o Estado (Social) de Direito, já em sua “versão” de Estado Constitucional,¹⁶ dá-se exatamente na paulatina busca por liberdade e igualdade substanciais como “valores” fundantes dos ordenamentos jurídico e social¹⁷. Assim, o Estado não mais deve apenas abster-se de invadir a esfera privada, mas também deve promover prestações positivas para efetivar direitos¹⁸.

Diante desta conformação, a Constituição não mais poderia ser desprovida de força normativa, ou seja, a concepção de Constituição semântica sucumbe. Também, na vigência do Estado Social de Direito¹⁹, exatamente em razão da necessária intervenção estatal na esfera exclusivamente privada de antanho, as fronteiras entre o público e o privado tornaram-se muito tênues.

Nesse contexto, a atuação da Administração assume contornos fundamentais, já que os órgãos e agentes estatais necessitam ser promotores dos direitos e garantias individuais e coletivas previstas na Constituição e espriadas por todo sistema jurídico. Por sua vez, há

necessidade de efetivo controle da atividade administrativa para o poder estatal não se revestir de arbítrio no Estado Social.

Por sua vez, contemporaneamente, observa-se a vigência do Estado Democrático de Direito como modelo constitucional adequado, configurando-se como um projeto de transformação social que busca ampliar e fortalecer a participação pública no processo de (re)construção de uma nova sociedade mais justa, informada por uma sólida prática constitucional.²⁰

No âmbito do constitucionalismo, surge no Estado Democrático de Direito, o fenômeno da Constituição Dirigente²¹, a qual determina importantes caminhos (metas) que o Estado deve seguir. De outro lado, no constitucionalismo dirigente, a democracia melhor se expressa, pois é esta que determina como os rumos e as eventuais mudanças constitucionais devem ocorrer.

4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DILEMAS NO ESTADO BRASILEIRO

No Estado Democrático de Direito, o fenômeno jurídico é instrumento por excelência de regulação social e mecanismo de transformações sociais pela busca de liberdade e igualdade substanciais. Assim, a legalidade decorrente do Estado Liberal necessita alterar-se, adequando-se às “pretensões” do Estado Democrático de Direito, assim como a Administração Pública, a qual passa a ordenar a concretização de diversos direitos que são diretamente dependentes de uma manifestação comissiva e interventiva da organização estatal.

Como há impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses de abstenção ou intervenção da Administração Pública, é que surge a discricionariedade como um modo de “amoldar” a legalidade, mas sempre a respeitando, em face das características do caso concreto enfrentado pelo aparelho estatal. Dessa forma, a teoria da discricionariedade é um reconhecimento da insuficiência do positivismo exegético e do Estado liberal clássico, sendo especialmente útil ao um Estado interventor e regulador.

*Discricionariedade administrativa no estado democrático de direito:
algumas notas a partir das teorias do estado e da constituição*

Um dos componentes jurídicos da discricionariedade é o poder normativo concedido à Administração Pública, o qual possui como função “complementar” a legislação produzida pelo parlamento, vinculando sua própria atuação²² e dos cidadãos.

Ademais, especificamente no direito brasileiro, a discricionariedade, desde seus clássicos teóricos, é definida como a margem que o direito acaba por deixar ao administrador em razão, principalmente, da indeterminação de diversos conceitos jurídicos ou de pontuais determinações normativas que acabam por fazer com que o direito ceda espaço para a manifestação de outros campos afetos à gestão pública, como a política e a economia, visando à implementação do que preleciona o ordenamento jurídico no caso concreto.²³

Por sua vez, Eros Grau, ao refletir sobre a discricionariedade, formula relevante distinção entre interpretação jurídica, a qual é responsável por construir a norma jurídica a partir do texto legal, e a oportunidade administrativa, campo afeto à política e a outras searas do conhecimento, necessariamente atuantes na gestão da coisa pública. A partir desta distinção, Eros Grau estabelece compreensão de que as decisões que respeitam o critério de legalidade não poderão ser constrangidas pelo direito.²⁴ Com isso, define a discricionariedade administrativa como a esfera da gestão pública que comporta soluções diversas e respeitantes do ordenamento jurídico.

A questão central na discricionariedade administrativa é definir os critérios de legalidade prévios à “janela administrativa”, em decorrência dos quais os atos da administração deverão sofrer uma análise jurídica para que possam ser colocados na condição atos administrativos discricionários, válidos e legais.

De outro lado, ainda se observa no Brasil, muitas vezes, que as decisões da Administração Pública não são tomadas com objetivo de concretizar a Constituição e as leis democraticamente construídas, e sim representam manifestações dos interesses privados e pessoais dos agentes estatais. Nesse sentido, ainda são atuais as palavras de Sérgio Buarque de Hollanda:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.²⁵

Desse modo, equivocadamente, a discricionariedade no Brasil é utilizada não para concretizar a lei e a Constituição nos casos concretos e nas decisões tomadas pela Administração Pública, e sim como o fito de “legitimar” a concretização de interesses egoísticos de administradores públicos não republicanos. A “sabotagem” da legalidade pela discricionariedade, que deveria ser verdadeira longa *manus* do Estado Democrático de Direito, é muito bem anotada por Antonio Manuel Peña:

Sin embargo, pese a admitir que la actuación administrativa es un factor de garantía de numerosos derechos, algunos de ellos incluso fundamentales, existen otros datos a partir de los que entendemos que el objeto de atención y el interés del análisis, en este caso, deben ir dirigidos en sentido inverso, es decir, a la garantía frente a la administración. Entre otros motivos, enumeraremos el carácter vinculado de la administración al sentido político del poder legislativo, su subordinación institucional y su organización jerárquica, a causa de la que la administración asumirá cualquier margen de ilegitimidad que se hubiera desarrollado con anterioridad. Como datos de hecho, señalamos su mayor permeabilidad a la incidencia de intereses particulares o sectoriales no generalizables, su tendencia a la actuación libre o autónoma y su mayor propensión a la desviación respecto de las determinaciones jurídicas a través de la actividad administrativa, para la que resulta válido lo afirmado respecto de la ley, sino en la garantía frente a la administración pública.²⁶

Assim, há necessidade de apurar os mecanismos de controle sobre a Administração Pública brasileira, não permitindo que a teoria da discricionariedade seja equivocadamente empregada como uma liberdade exacerbada dos agentes estatais em confronto com a própria lei e a Constituição. As mudanças exigidas para efetivação de uma Administração Pública mais republicana exigem diversas alterações sociais e nos órgãos e poderes estatais.

Aqui calha lembrarmos-nos das colocações de Agamben, quando reflete sobre a relação contemporânea entre legalidade e legitimidade, especialmente ao apontar que, atualmente, os poderes das instituições não são deslegitimados porque caíram na ilegalidade. Em verdade, a difusão da ilegalidade ocorre porque os poderes acabaram por perder sua legitimidade.²⁷

Tal relação, cada vez mais presente, produz uma banalização dos princípios da legalidade e da legitimidade, centrais na tradição ético-política, a qual culmina com uma forte desvalorização de ambos. No Estado Democrático de Direito, a legitimidade deveria funcionar como fundamento e sustentáculo da legalidade.

O fato é que dispomos de mecanismos legais para resgatar o respeito em face da legalidade e prover a atuação das instituições de legitimidade, consequentemente.

Em primeiro lugar, os mecanismos de fiscalização popular necessitam ser aprofundados. Não se pode tolerar uma Administração Pública que continua por fundar-se na pessoalidade e na cooptação do público pelo privado. Dessa forma, os cidadãos precisam utilizar-se dos mecanismos legais, previstos, por exemplo, na Lei nº. 12.527/2011 sobre acesso à informação, e constitucionais, como o princípio da publicidade estabelecido no art. 37, *caput*, Constituição Federal, para fiscalizar os agentes estatais e suas decisões.

De outro lado, a Administração Pública necessita refinar seus mecanismos de formação de agentes estatais, os quais devem estar plenamente imantados nos princípios republicanos e democráticos determinados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Também se impõem aos órgãos estatais depurar os mecanismos internos de monitoramento dos atos administrativos.

Ainda, o controle judicial dos atos administrativos é ponto central para mitigar o uso equivocado da discricionariedade administrativa, vedando a elaboração de atos que afrontam a lei e a Constituição. Não se defende, neste artigo, por óbvio, a substituição do administrador pelo juiz. Em verdade, acreditamos que o combate aos atos administrativos não republicanos passa, necessariamente, pelo aprofundamento de todos os mecanismos de fiscalização e, por consequência, do controle judicial.

Se assim não for, socorrendo-nos de Agamben, mais uma vez, especificamente na alegoria bíblica lembrada pelo filósofo italiano, na qual se encontram presentes o *katechon* como elemento retardador dos acontecimentos, equiparado às instituições estatais ou eclesiásticas, e o messias na condição de elemento decisivo. Quando se interpõe entre estes dois a figura do homem da anomia, ou o anticristo, ocorre a saída de cena do *katechon*, prevalecendo a anomia. Nesse contexto, a lei torna-se completamente inoperante, levando consigo o Estado, suas instituições e todas as conquistas da modernidade.²⁸

Quando o anticristo já tomou o *katechon*, ou seja, quando a anomia já corroeu as próprias instituições, estas apenas existem de forma simbólica.

5 CONCLUSÃO

No Estado Moderno, a centralização do poder originalmente ocorre, de forma concomitante, com o exercício pessoal do poder por meio do monarca. De outro lado, o princípio da legalidade, no Estado Liberal, representa importante marco na busca pela atuação republicana e impessoal dos órgãos e agentes estatais.

Com o advento do Estado Social, observa-se a alteração nos objetivos e nas funções exigidas e esperadas da Administração Pública, a qual passa a ser determinante na efetivação dos direitos fundamentais para os cidadãos. Nesse novo contexto, em que a Administração não deve apenas respeitar os direitos individuais dos administrados, mas deve intervir na e regular a sociedade, ampliam-se os poderes dos órgãos estatais.

Os agentes estatais são constantemente demandados e necessitam de instrumentos jurídicos adequados para responder às reivindicações sociais. Desse modo, a teoria da discricionariedade constitui-se no poder-dever atribuído à Administração Pública, a qual possui certa margem de liberdade para atuar em casos concretos. De outro lado, a solução administrativa adotada pelos órgãos e agentes está adstrita aos limites firmados pelas leis e pela Constituição.

De forma ilegal, inconstitucional e em desconformidade com o Estado Democrático de Direito, a Administração Pública utiliza-se da discricionariedade administrativa, muitas vezes, para tomar decisões não republicanas. Além da necessária denúncia acerca da utilização incorreta da teoria da discricionariedade administrativa, é fundamental aprimorarmos os mecanismos de fiscalização popular, administrativa e judicial.

NOTAS

- ¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28-67.
- ² Hobbes, *Leviatã* – 1651; Locke, *Dois Tratados sobre o Governo Civil* – 1690; Rousseau, *Contrato Social* – 1762.
- ³ Abstração que serve para justificar a superação do momento não contratualista e para legitimar a existência da sociedade política organizada, retratando estado de pretensa desordem, um ambiente

dominado pelas paixões, em que se configuraria situação de total insegurança e incerteza, predomínio da violência (guerra de todos contra todos) e consequente domínio dos mais fortes.

- 4 Diversamente do que entendido pela concepção orgânica, que vê a sociedade como “natural” ao homem.
- 5 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. p. 28-29.
- 6 Id.
- 7 Ibid., p. 42
- 8 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 14.
- 9 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. p. 51-54.
- 10 ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. v. II. Trad. De Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 171.
- 11 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. p. 15.
- 12 Ibid., p. 63-69.
- 13 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92-94: “Este Estado que se juridiciza/legaliza é, todavia, mais e não apenas um Estado jurídico/legal. Não basta, para ele, assumir-se e apresentar-se sob uma roupagem institucional normativa. Para além de uma legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referenda um algo mais que irá se explicitar em seu conteúdo. Ou seja: não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado mas, e sobretudo, a ela agregam-se conteúdos. (...) Assim, o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção formal de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição”.
- 14 Para Hesse, “a Constituição não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale”, que a entendia como desprovida de força normativa, à luz dos valores predominantes no liberalismo” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 09 e 25).
- 15 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. De Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1975. p. 218.
- 16 Momento em que a Constituição deixa de ser formada e compreendida a partir do Estado e que este passa a ser conformado a partir da Constituição: “Como se explica então que, a partir do início do século XIX, a constituição passa a ter como referente o Estado e não na sociedade? Como é que a constituição é transmutada de constituição da República em constituição do Estado? Poderemos avançar três razões fundamentais, embora se deva ter em conta que não se trata de um processo linear nem de uma história conjugada no singular. A primeira razão – de cariz histórico-genético – reporta-se à evolução semântica do conceito. Quando, nos processos constituintes americano e francês, se criou a constituição como lei conformadora do corpo político passou a entender-se que ela ‘constituía’ os ‘Estados Unidos’ dos americanos ou o “Estado-Nação” dos franceses. A segunda razão – de natureza político-sociológica – relaciona-se com a progressiva estruturação do Estado Liberal

cada vez mais assente na separação Estado-Sociedade. Os códigos políticos – as constituições e os códigos administrativos – diziam respeito à organização dos poderes do Estado; os códigos civis e comercial respondiam às necessidades jurídicas da sociedade civil. Em terceiro lugar, pode apontar-se uma justificação filosófico-política. Sob a influência da filosofia hegeliana e da juspublicística germânica, a constituição designa uma ordem – a ordem do Estado. Ergue-se, assim, o Estado a conceito ordenador da comunidade política, reduzindo-se a constituição a simples lei do Estado e do seu poder. A constituição só se compreende através do Estado. o conceito de Estado Constitucional servirá para resolver este impasse: a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 88-89).

- 17 Nesse passo é que se afirma que “(...) em meados do século XIX, atribui-se ao Estado a missão de buscar a igualdade entre os cidadãos; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da res publica. *Revista do Serviço Público*, Fundação Escola Nacional da Administração Pública, Brasília, ano 49, n. 2, abr./jun. 1998, 1998. p. 127).
- 18 “A transformação do Estado Liberal de Direito não se dá, assim, apenas no seu conteúdo finalístico, mas, também na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei.” In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. p. 97.
- 19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-99.
- 20 *Ibid.*, p. 97-98
- 21 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. p. 106-107.
- 22 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 183-186.
- 23 CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1958; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 18-32; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 430-443.
- 24 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 202-210.
- 25 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.
- 26 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 268-269.
- 27 AGAMBEN, Giorgio. *O mistério do mal*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 10-11.
- 28 *Ibid.* p. 41-42

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *O mistério do mal*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1958.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da res publica. *Revista do Serviço Público*, Fundação Escola Nacional da Administração Pública, Brasília, ano 49, n. 2, abr./jun. 1998, 1998.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. v. II. Trad. De Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. De Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1975.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Recebido: 29/1/2015

Aprovado: 3/4/2015