



O DIREITO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO E O SEU REPENSAR NEOCONSTITUCIONAL

Mariana de Siqueira*

Nos últimos anos, preceitos clássicos do Direito, tanto do Direito Público como do Direito Privado, vêm sofrendo mudanças consideráveis a partir dos elementos teóricos de um movimento iniciado de modo mais intenso após a Segunda Guerra Mundial, movimento este chamado por uns de “neoconstitucionalismo” e por outros de “pós-positivismo”. De uma ou de outra forma, as denominações arguidas para o movimento se referem a premissas teóricas básicas que este possui, podendo ser aqui apontadas de forma simples e não exaustiva algumas; são elas: filtragem constitucional de todo o Direito, força normativa da Constituição, fortalecimento da jurisdição constitucional, normatividade dos princípios jurídicos.

Doutrina e jurisprudência refletem estas inovações nas mais variadas temáticas, sendo alvo de críticas focadas em uma possível fragilização da ideia de segurança jurídica e também de aplausos atentos para a ideia de concretização da justiça.

No que tange especificamente ao Direito Administrativo, hoje é possível notar novos olhares e propostas nascendo, muitos como reflexos dos preceitos neoconstitucionais. Aqui, a título meramente exemplificativo, serão expostos alguns.

A ideia de legalidade, por exemplo, classicamente definida para a Administração Pública como legalidade em sentido restrito, ou seja, à Administração só é permitido fazer aquilo que a lei expressamente admite que ela faça, hoje vem sendo ampliada pela ótica da ideia de juridicidade.

Na contemporânea ideia de juridicidade, à Administração é permitido fazer tudo aquilo que o Direito permita que ela faça, seja essa permissão viabilizada pelo texto da lei em sentido estrito, por um princípio constitucional explícito ou até mesmo implícito ou por uma

*Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Mestre em Direito Constitucional e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

súmula vinculante, por exemplo. A partir desta nova visão, a atuação da Administração passa a encontrar respaldo não apenas na lei em sentido restrito, mas sim no Direito como um todo, inclusive nos princípios constitucionais. Este novo olhar teórico é corolário típico do neoconstitucionalismo, em especial no que diz respeito à normatividade dos princípios e filtragem constitucional do Direito.

Outro aspecto clássico do Direito Administrativo que sofre repensar contemporâneo diz respeito à supremacia do interesse público sobre o privado. Este elemento, classicamente legitimador de práticas como o poder de polícia, a desapropriação, dentre outras, não sofria grandes questionamentos ao ser posto em prática como fundamento dos fazeres administrativos. Hoje, a partir da filtragem constitucional do Direito e da sistemática de proteção constitucional dos Direitos Fundamentais, a ideia clássica de supremacia do interesse público vem sendo repensada por uns e sofrendo até mesmo propostas de extinção por outros.

Extingui-la parece ser incompatível com a própria lógica de existência do Direito Público, repensá-la, por sua vez, com foco nos dizeres constitucionais, parece ser razoável no âmbito pós-positivista. No contexto de seu repensar, há quem exponha apenas ser legítimo justificar violações a direitos fundamentais pela supremacia do interesse público sobre o privado no caso de o ato administrativo em questão ser dotado de proporcionalidade e de compatibilidade com a proteção constitucional da dignidade humana. Este novo olhar, como bem se percebe, aparenta coerência com os atuais dizeres do neoconstitucionalismo.

Além dos reflexos do neoconstitucionalismo no Direito Administrativo apontados, inúmeros outros existem, sendo igualmente objeto de estudos aprofundados, de inovações jurisprudenciais e críticas da doutrina; é o que ocorre com o controle dos atos discricionários, com o controle jurisdicional de políticas públicas, com a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, dentre outros.

Apesar da constatação dos repensares administrativistas atuais, alguns temas ainda parecem caminhar distantes dos preceitos neoconstitucionais. É o que acontece, por exemplo, com os agentes públicos que ocupam cargos de livre nomeação e exoneração e alguns dos direitos dos trabalhadores assegurados constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988 trata, dentre outros temas, da existência de cargos de livre nomeação e exoneração dentro da estrutura da Administração Pública. Estes cargos, conforme os dizeres constitucionais, podem ser ocupados por agentes públicos de carreira ou por sujeitos que não pertençam aos quadros formais da Administração.

Nesta última hipótese, caminhou o Direito brasileiro no sentido de compatibilizar a realidade dos cargos de livre nomeação e exoneração, com alguns dos princípios

constitucionais da Administração, a exemplo da impessoalidade e moralidade, vedando a prática do nepotismo. Normativas e súmula vinculante vedam hoje expressa e especificamente esta prática, por considerarem-na incompatível com a Constituição.

Os cargos de livre nomeação e exoneração, compatibilizados com a CF de 1988 no que tange à vedação ao nepotismo, podem ser alvo de questionamento amparado nos preceitos neoconstitucionais. Estes cargos talvez se situem distantes do texto da CF quando o tema em questão é a saída dos sujeitos que os ocupam em hipóteses de gravidez, acidente, dentre outras. Tradicionalmente vistos como de exoneração plenamente livre, parece ser possível hoje questionar se haveria espaço para a proteção de quem os ocupa, com alguma dosagem mínima de permanência na atuação profissional, nas hipóteses de exoneração de gestante, de trabalhador doente, dentre outras onde há estabilidade assegurada ao trabalhador (gênero) pelo texto constitucional.

Seria legítimo exonerar livremente quem ocupa estes cargos quando não caracterizado como servidor de carreira ainda que em caso de gravidez, doença, acidente? Seria possível oferecer aos sujeitos que ocupam estes cargos e que estão acometidos por condições especiais alguma proteção mínima em hipóteses onde a CF confere estabilidade aos trabalhadores? Esta interpretação é legítima na perspectiva da filtragem constitucional e da interpretação sistemática da CF?

A resposta positiva aos questionamentos levantados não ocupa hoje amplo espaço de aceitação no Direito. Fica aqui a pergunta na qualidade de fomentadora crítica e a sugestão de um pensar hermenêutico neoconstitucional sobre este tema especificamente e sobre os clássicos elementos do Direito Administrativo.

Responder a este e a outros questionamentos não é tarefa fácil. O limiar entre a tutela da segurança jurídica e a proteção da ideia de justiça provavelmente apontará como elemento emblemático. As ideias de segurança jurídica e justiça, tradicional e historicamente apontadas como diametralmente opostas por muitos, talvez possam ser conciliadas e aproximadas em um caminho de equilíbrio. A hermenêutica jurídica atual parece ser legitimada a ofertar auxílios variados para a consecução deste fim.

A proposta do presente ensaio é constatar o repensar neoconstitucional do Direito Administrativo e estimular estudos o envolvendo, estudos estes que se foquem nos limites e possibilidades legítimos deste repensar.

Feito o convite à pesquisa, é chegada a hora de esperar eventuais resultados acadêmicos que dele apontem!!!