

**O PARADIGMA DEONTOLÓGICO DO
DIREITO ADMINISTRATIVO
MODERNO**

**THE DEONTOLOGICAL PARADIGM OF
MODERN ADMINISTRATIVE LAW**

Tawan Ranny¹

RESUMO: O presente estudo analisa o pressuposto de justiça para o direito público e a aplicação dos dogmas originários do “*tópos*” de justiça no direito para se analisar o paradigma deontológico do direito administrativo. Analisando-se também o empresariamento do direito administrativo na sociedade líquida.

PALAVRAS-CHAVE: filosofia do direito; deontologia; sociedade líquida; direito administrativo

ABSTRACT: The present study analyzes the assumption of justice for public law and the application of the dogmas originating from the “*tópos*” of justice in law to analyze the deontological paradigm of administrative law. Analyzing, also, the management of administrative law in liquid society.

KEYWORDS: law philosophy; deontology; liquid society; administrative law.

INTRODUÇÃO

Dentro do direito residem regras morais e éticas que norteiam a aplicação, antes mesmo dos princípios gerais de direito.

As ideias de justiça, interesse público, burocratização, legalidade e liquidificação das estruturas sociais são imbrincadas com a forma de ver e ser do direito administrativo. Muitas vezes, tais ideias estão intrínsecas à aplicação do direito sem que emergiam ou sejam cognoscente ao interprete, aplicador, julgador ou até mesmo para sociedade quando se aplica o direito.

O direito administrativo, cada dia mais, ganha relevância por ser a amálgama que liga os direitos tendo interface com a maioria dos ramos do direito.

Desta forma, o presente legado busca analisar os paradigmas de justiça e sua ligação com o direito para auferir sua aplicação dentro dos dogmas do direito público para se analisar os pressupostos deontológicos do direito administrativo. Ao final do estudo, se analisa, sinteticamente, os novos caminhos do direito administrativo e suas relações com uma sociedade cada vez mais conectada com interesses nem sempre claros.

Como método buscou-se a desconstrução do direito administrativo para apresentá-lo como construção: da justiça para o direito; do direito para o direito público; do direito público para o direito administrativo; do direito administrativo como

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Pós-graduando em Filosofia do Direito pela Universidade Santa Cecília. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela

Escola Superior de Administração e Marketing de Santos. Advogado e Empregado Público na Companhia Docas do Estado de São Paulo. E-mail: tawan.ranny@gmail.com. ORCID: 0000-0001-9756-9567.

constructo da burocratização; da burocratização para sociedade líquida; e, a relação entre as ideias intrínsecas a esses marcos.

Paradigma de justiça

O ideal de justiça está imbricado com o pacto social feito para constituição do Estado, pois se o homem em seu estado natural é livre para agir ao seu bel-prazer em sociedade, ele abdica dessa liberdade para instituir uma segurança garantidora de uma paz inexistente em seu estado natural.

Thomas Hobbes (2012) assinala que

“Qualquer governo é melhor que a ausência de governo. O despotismo, por pior que seja, é preferível ao mal maior da Anarquia, da violência civil generalizada e do medo permanente da morte violenta.
(...)”

Conferir toda a força e o poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir a vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir o poder comum, capaz de defender a todos das invasões estrangeiras e injurias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra possam alimentar-se e viver satisfeitos
(...)”

Em sociedade, o Estado busca pacificação social através da instituição de um direito que oferte aos seus cidadãos uma sensação de justiça.

A pacificação social é buscada através de um ideal, justiça, de qual é a justa medida de solução dos conflitos sociais.

Historicamente, essa medida se desloca através das eras e das sociedades, assim, na idade média havia o direito real de dizer essa medida, mesmo que esse dito visasse apenas ao bem-estar do Rei.

Caminhando pela história, evolui-se para limitar o Rei em favor de uma coletividade reduzida sendo o marco histórico a Carta Magna de 1215, assinada por João Sem Terra, sob pressão dos barões rebelados Cardoso (1986) sintetiza os avanços:

“É verdade que dos 67 artigos da Carta Magna somente 12 beneficiam diretamente o povo, mas é preciso convir que a iniciativa da rebelião partiu do clero e da nobreza geral e, naturalmente, para eles recaíram as premissas da conquista legal.”

De 1215 a modernidade evolui-se para um ideal de justiça, marcado por revoluções que visavam à dignidade dos súditos, frente a opressão estatal real.

A semântica do vocábulo “*Estado*” como entidade política detentora de soberania, território e povo é mais bem desenhada nas efervescências das revoluções havidas entre a idade Moderna para a Contemporânea, principalmente na revolução francesa.

Sieyès contribuiu para que o Terceiro Estado², depois reduzido a Estado somente, fosse o modelo embrionário dos elementos do Estado moderno rechaçando a necessidade dos Primeiro (Clero) e Segundo Estado (Nobreza).

O constructo do paradigma contemporâneo justiça como regulador da função estatal é a pedra de toque para pacificação social e a evolução histórica coloca esse ideal nas mãos do povo o poder delineador.

Esse paradigma é construído a partir das necessidades de abstenção de ingerência do Estado na vida dos cidadãos, ao mesmo tempo que, o Estado deve promover as igualdades e fomentar uma cultura que vise ao bem-estar social.

Desta forma, o paradigma passa pela clássica teoria dos direitos fundamentais que os divide em gerações, mas antes disto, o ideal de justiça norteia os fundamentos deontológicos do direito.

O Dogma do interesse público dentro do Direito Público

Na conceituação moderna de direito divide-se em dois ramos predominantes, cujas regras diferem conforme se caminha por ambos.

De um lado temos o Direito Privado, cujo princípio expoente é à predominância da vontade das partes em que o estado deve abster, salvo motivo de ordem pública.

Ao lado do Direito Privado, temos o Direito Público cujos expoentes são a primazia do interesse público sob o particular e a indisponibilidade do interesse público.

Dentro de todos os seguimentos do direito público, o interesse público é um dogma fundado sob o que Rousseau (1999) concebeu como vontade geral

“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.”

E, Rousseau (1999) arremata:

“Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembleia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de cidade, e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado (...).”

Modernamente a ideia de Rousseau acerca do interesse público (vontade geral) funda o dogma de indisponibilidade do interesse público, uma vez que, se a vontade geral é a vontade de todos não haveria necessidade de flexibilizá-la perante outros, afinal as vontades contrárias estariam erradas, seja por serem vontades

² Na monarquia francesa o termo Terceiro Estado indicava as pessoas que não faziam parte do clero

(Primeiro Estado) nem da nobreza (Segundo Estado).

particulares, seja por simplesmente não serem a vontade geral.

Todavia, a aferição do interesse público é complexa e doutrina didaticamente ensina (Gabardo e Rezende, 2017):

“Desse modo, é comum distinguir o interesse público (o verdadeiro e legítimo interesse público, do qual se está a tratar) sob a alcunha de “interesse público primário” e o interesse do Estado, ou da Administração Pública, enquanto “interesse secundário”.”

E, concluir Gabardo e Rezende (2017):

“O conteúdo jurídico do conceito de interesse público não é encontrado pelo critério subjetivo de sua titularidade, ou seja, reporta-se sempre ao interesse público primário, que reside no ordenamento positivo e, portanto, encontra-se alocado a partir de um critério formal – conclusão esta que realoca seu conteúdo para o terreno da hermenêutica.”

O ponto central da discussão do interesse público é como aferi-lo. Em uma sociedade pequena de agricultores e pequenos comerciantes a tarefa é trabalhosa, mas simples.

Ao passo em que a aferição de uma sociedade industrial e digital cujos interesses esbaram, colidem e às vezes diametralmente opostos à vontade geral é de difícil visualização e, por vezes, distorcida pela velocidade da dinâmica social.

Rousseau (1999) ensina:

“Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta olha somente o interesse comum, a outra o interesse privado, e outra coisa não é senão a soma de vontades particulares; mas tirai dessas mesmas vontades as que

em menor ou maior grau reciprocamente se destroem, e resta como soma das diferenças a vontade geral.”

Assim, se funda o dogma do interesse público como sombra da vontade geral ora visível e palpável outrora perdido pelos meandros legais.

Modelo deontológico do direito administrativo

O direito administrativo se coloca como sub-ramo do direito público, assim atraindo a incidência dos princípios norteadores do Direito Público, porém como espécie de um gênero maior desenvolve suas características próprias e singulares.

Historicamente, o direito administrativo sempre foi o direito que preencheu as lacunas doutros direitos, como por exemplo, o rito dos precatórios dentro do direito processual que atrai a incidência do direito administrativo.

Mas, hodiernamente, o Direito Administrativo é conhecido por ser o Direito da Administração Pública, aliás, melhor ensina di Pietro (2019):

“...é o Direito Administrativo que rege as relações jurídicas que nascem da ação da Administração, fixa suas prerrogativas e obrigações, rege as garantias outorgadas aos particulares contra o arbítrio...”

O direito administrativo tem em sua origem a essência da burocracia, Weber (2018) explica que a burocracia moderna opera da seguinte forma:

“(…) 1. As atividades normais exigidas pelos objetivos da estrutura governada burocraticamente dividem-se de forma estável como deveres oficiais.

2. A autoridade que dá as ordens necessárias para a alternância desses deveres é distribuída de forma estável e rigorosamente delimitada por normas referentes aos meios coativos, físicos, sacerdotais ou de outra espécie, do qual podem dispor os funcionários.

3. O cumprimento normal e continuado desses deveres, bem como o exercício dos direitos correspondentes, é assegurado por um sistema de normas; somente podem prestar serviços aquelas pessoas que, segundo as regras gerais, estão qualificadas para tanto.

Estes três elementos constituem, no governo público – e legal, a “autoridade burocrática.”

A burocratização dos estados acompanha o processo de positivação do Estado onde o princípio da legalidade ganha predominância.

A burocracia é uma evolução social para as arbitrariedades estatais aos favores recebidos pelos poderosos onde ter-se-ia uma homogeneidade na aplicação do direito associando-se, assim, ao princípio da legalidade dos Estados modernos.

O princípio da legalidade está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que em seu artigo 5º, inciso II diz que *"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

Ocorre que o princípio da legalidade no Direito Público apresenta uma inversão, pois o sujeito é o Estado e para ele a legalidade é o norte, assim, só pode agir se a lei assim prescrever.

Nesse caminho, o interesse público é positivado, tornando solido, inderrogável e inflexível tanto quanto o texto legal.

O positivismo, assim como o direito administrativo, sofreu grande ataque pela positivação dada pela Alemanha de Adolf Hitler (HANSEN, 2018).

“...uma das mudanças introduzidas no Direito nazista foi aumentar a autoridade e força das decisões judiciais para garantir ordem e aquilo que se denominava de “proteção do povo alemão”.

O cenário da Alemanha Nazista é fecundo para uma análise acerca dos dogmas do Direito Administrativo, pois lá se institucionalizou e legalizou-se o mal através de uma inversão de valores, oferecendo uma banalidade de valores tão caros a humanidade.

Em um direito onde o interesse público é positivado existe uma inversão tomando o efeito pela causa, a potência pelo ato, assim, o interesse público é potência e a lei o ato.

Sobre potência e ato esclarece Alfonso Gómez-Lobo (1996):

“En un sentido estrictamente cronológico y con respecto a un individuo no es verdad que el acto preceda a la potencia. Un animal adquiere la capacidad de ver antes de comenzar a ver, pero la adquisición de la capacidad de ver durante la gestación supone ya un miembro adulto de la misma especie.”

Assim como o poder de ver precede a efetividade de ver o interesse público, precede a lei

não sendo o interesse público, a menos que a emanção de uma potência do corpo social substanciada no ato instituir a lei.

A institucionalização do interesse público como lei é a inversão das fases que impede a fluidez natural do interesse público impossibilitando a aplicação do “*tópos*” da justiça.

Avançando, Rousseau (2012) já outrora assinalava que a reciprocidade é necessária para aplicação da justiça, senão vejamos:

“Há, sem dúvida, uma justiça universal emanada somente dada razão; tal justiça, porém, deve ser recíproca para ser admitida entre nós. Considerando-se humanamente as coisas, as leis da justiça, dada a falta de sanção natural, tomam-se vãs para os homens; só fazem o bem do mau e o mal do justo, pois este as observa com todos, sem que ninguém observe com ele, São, pois necessárias convenções e leis para unir os direitos aos deveres, e conduzir a justiça ao seu objetivo.”

Ainda que se pese a aplicação extrema dada pelo Terceiro Reich do Direito e de toda (i)legitimação de justiça pela alienação de toda uma nação o traço característico do direito administrativo foi apenas anabolizado. E nesse caminho, o professor Binenbojm (2020) pontua:

“O Direito Administrativo venera a autoridade, preza a hierarquia e se nutre do poder. (...). Esse modelo embota a inovação e gera incentivos à endogenia intelectual. Produzir conhecimento novo exige a ruptura com velhos paradigmas e a superação de antigas verdades. Toda sociedade precisa de um ambiente de livre competição de ideias, no qual o sucesso não seja medido pela semelhança com o passado.”

Essa introspecção do direito administrativo é fruto de uma cultura positivista onde o interesse público se passa depois da lei, invertendo a potência pelo ato, a causa pelo efeito.

Por óbvio que a legalidade é um dos pilares do Estado de Direito onde o império da lei e a submissão à lei são pressupostos necessários, porém a visão extremista da legalidade gera uma hipervalorização da hierarquização do Poder e do direito como um todo e, ao invés de se buscar a vinculação ao interesse público, há uma apreensão pela vinculação legal.

Corolário é a fluidez, obtida a partir do interprete, da discricionariedade onde ora se tem o desvio legal por estar à margem do interesse público legalmente instituído, ora se sustenta justamente o desvio legal por ser este diferente do interesse público. E, em ambos os casos a margem do Estado de Direito ante o paradoxo do império legal como sinônimo do interesse público.

Disto tudo, observa-se que a endogenia cultural atual se retroalimenta enfraquecendo a pluralidade de ideias que se unificariam no “*tópos*” de justiça.

Assim, o modelo ético-normativo do direito administrativo é o respeito à fumaça do interesse público através de estruturas fixas e arcaicas cuja modernização é vista através de soluções de mercado.

Empresariamento do direito administrativo

Historicamente, o direito administrativo é arraigado em uma estrutura burocratizada obediente a uma estrutura formalista obediente a hierarquia do poder.

A evolução é sintetizada por Leme (2011):

O final do século XX foi marcado por um movimento global de reformas do Estado, principalmente as ocorridas nos países tidos em desenvolvimento, em que as proposições e orientações das agências multilaterais e organismos internacionais, em conexão com atores locais, se fizeram presentes. O conjunto de reformas foi caracterizado pelo que podemos chamar de reformas orientadas para o mercado, ou seja, “jogar” para o setor privado os setores econômicos possíveis de lucro. Por outro lado, as reformas no âmbito da administração do Estado também entram na agenda política como fundamento importante.

A solução moderna engendrada para superação desse paradigma cultural é a adoção de modelos empresariais onde se aproxima a sociedade como ferramenta de controle, bem como técnicas de administração que visem à eficiência do serviço.

Noutro ponto, a legalidade é uma das bases estruturante do Estado de Direito que molda o interesse público, asseverando que a legalidade emana do plano político.

Bauman (2007) explica que atualmente vivemos uma liquidificação dos tempos onde existe um iminente divórcio entre poder e política, conceitos estruturantes do interesse público onde o primeiro emana a força coercitiva e o segundo dirige o que é interesse público na própria legalização do que é interesse público.

Bauman (2007) conclui que:

“Entre ambos [poder e política], os dois resultados inter-relacionados desse divórcio obrigam ou encorajam os órgãos do Estado a abandonar, transferir ou (para usar os termos que entraram recentemente na moda no jargão político) “subsidiar” e “terceirizar” um volume crescente de funções que desempenhavam anteriormente. Abandonadas pelo Estado, essas funções se tornam um playground para as forças do mercado, notoriamente volúveis e inerentemente imprevisíveis, e/ou são deixadas para iniciativa privada e aos cuidados dos indivíduos.”

Desta forma, temos uma liquidez do direito que busca estruturas de mercado que ao seu turno são voláteis e imprevisíveis.

CONCLUSÕES

O paradigma deontológico do direito é fundado na ideia de justiça que, ao longo dos tempos, tem se ajustado aos contornos sociais vigentes.

Ao passo que, o conceito de interesse público permeia toda a ideia de direito, principalmente nos ramos do direito público, onde sua relevância é norteadora para aplicação do direito.

Atualmente, existe um aumento da percepção do que seria ou não interesse público, bem como da dificuldade de precisá-lo em meio a sociedades cada vez mais complexas.

E, diante da complexidade social existe uma separação entre poder e política onde existe um amolecimento das estruturas convencionais, permitindo uma busca mais precisa e veloz pelo interesse público.

Porém, essa liquidificação chegou ao Direito Administrativo como adoção de estruturas de mercado volúveis, imprevisíveis e suscetíveis de poderes econômicos que podem não extrair a vontade geral.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **O viés de adulação dificulta processo de modernização do pensamento jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/o-vies-de-adulacao-dificulta-processo-de-modernizacao-do-pensamento-juridico-11022020>. Acesso em: 11 out. 2020.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 91, n. 23, p. 135-141, jul. 1986. Trimestral. ISSN: 0034-835X. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 11 out. 2020.

GABARDO, E., & REZENDE, M. C. de M. (2017). O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, 115. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/516>

GÓMEZ-LOBO, Alfonso. Exposición breve de la metafísica aristotélica. **Estudios Públicos**, Santiago, Chile, v. 1, n. 62, p. 309-327, mar. 1996. Disponível em: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303184806/rev62_gomezlobo.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

HANSEN, Thiago. **O que foi o Direito nazista?: breves considerações para o presente**. Breves considerações para o presente. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-foi-o-direito-nazista-18102018>. Acesso em: 11 out. 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. tradução Rosina D'Angina; consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012

LEME, A. A. Estado e Privatização: Um debate sociológico, uma questão política. **Civitas**, Porto Alegre, v. 11, p. 339-360, maio-agosto 2011.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1932 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WEBER, Max. **O que é a burocracia?** Brasília: Conselho Federal de Administração, 2018. 88 p. Disponível em: https://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf. Acesso em: 11 out. 2020.