

RSP Revisitada
**A concepção moderna de
democracia e o primado do
direito administrativo**

Clenício da Silva Duarte

Texto publicado na RSP, vol. 99, nº 3 e 4, julho/dezembro de 1967

Neste conturbado século XX, transformações profundas se processaram no Direito Político, em consequência de acontecimentos históricos de transcendência excepcional, como, no final do seu primeiro quartel, a Grande Guerra de 1914-1918, a ascensão do comunismo na Rússia, após a sangrenta revolução de 1917, e a implantação do regime fascista na Itália, completada, já no limiar do quartel seguinte, pela vitória do Nacional-Socialismo na Alemanha e de outras formas totalitárias de governo, que, por fim, resultaram na tremenda hecatombe em que se constituiu a II Guerra Mundial.

Após esse último conflito, de proporções então não atingidas, ficou o mundo praticamente dividido em dois campos de filosofias políticas antagônicas: de um lado o Oriente, sob a hegemonia russa;¹ de outro, o Ocidente, liderado pelos Estados Unidos da América.

No Mundo Ocidental, em que predomina o regime democrático, grandes modificações estruturais se fizeram necessárias, para atender, no campo da Ciência Social, aos progressos extraordinários da Ciência Física.

A partir de então, alterações de grande monta se operaram, de modo a que, hoje, o Estado moderno, sob o regímen democrático, apresenta uma fisionomia praticamente irreconhecível. Ao “laissez-faire, laissez-passer”, que o caracterizava, não apenas no campo econômico, mas em todos os setores de atividade de govêrno, seguiu-se uma forma democrática de maior intervenção estatal, que lhe conserva a liberdade, embora em têrmos menos rígidos, porque mais realistas, segundo concepções que se disciplinam por idéias de interdependência social, que impelem o homem à participação em todo o esforço coletivo de recuperação nacional, ainda que, em decorrência de posição filosófica diversa, divirja dessa orientação. Apenas se conservaram as linhas gerais de liberdade, com maior responsabilidade e mais cooperação no fato social, que o fenômeno econômico condiciona, segundo uma política de solidariedade a que o Estado não pode ficar indiferente.

A vulnerabilidade da democracia liberal, entendida na concepção tradicional, situava-se em sua essência, desde que, como bem salientou o eminente Gustav Radbruch, a liberdade de renunciar à liberdade é inerente ao próprio conteúdo desta, donde, não raro, surgirem ditaduras por métodos estritamente democráticos^{2 3}. Mas, em países cujo sentimento democrático é arraigado, não vicejam os regímens liberticidas, que, quando surgem na crista dos acontecimentos, só duram por períodos efêmeros. Não é o Direito que forja o espírito de um povo, mas – antes – êste é que lhe permite o desenvolvimento e a formulação reguladora da atividade social, que se condiciona aos pressupostos político-filosóficos dominantes. Como adverte René Hubert, “os regímens de liberdade não se improvisam. É o espírito de liberdade que mantém em

vigor as constituições liberais; não são as constituições liberais que impõem o espírito de liberdade⁴.”

Na reformulação da Teoria Política, para amoldá-la a essa evolução social e científica, sem desprezar as tradições liberais tão caras ao Ocidente, atendeu-se às necessidades de um progresso condizente com a própria evolução do Direito, dentro de uma maior preocupação de auto-defesa e de condições em que o Estado, sem se abstrair de sua grande posição de mantenedor do equilíbrio social interno, possa dirigir os seus destinos em consonância com o surto esmagador do tecnicismo, que é uma característica dêste após-guerra, que contaminou tôdas as formas e sistemas de govêrno, quer do Ocidente, quer do Mundo Oriental.

Dentro da consagrada concepção tripartida de podêres, que reúne as múltiplas atividades do Estado democrático em três funções, tentou-se classificá-las em duas – uma jurídica e outra social. À primeira corresponderiam as funções legislativa e jurisdicional, cabendo à última a função administrativa. A distinção não vingou⁵. De fato, a atividade jurídica não se separa da atividade social, desde que a primeira se acha intimamente ligada à segunda, do momento em que não se compreenderia uma atividade jurídica que não fôsse eminentemente social, pois que o Direito existe para regular a própria vida em sociedade⁶.

O que se pretendeu significar, talvez, com a ênfase social à função administrativa, foi o seu contacto mais direto com os problemas do povo, na execução de normas e decisões que emanem dos outros dois podêres, pois essa é a atividade precípua do Poder Executivo, embora, dentro da nova concepção da Teoria Política, tenha-se de reconhecer que a máquina legislativa de muito depende da ação do Executivo, em

melhores condições, pelo exercício mesmo de suas finalidades, de auscultar e sentir as necessidades e aspirações sociais.

O cidadão, no Estado democrático moderno, ainda que procure – e o faz com alto espírito cívico – participar das eleições, de modo a contribuir, com sua parcela de manifestação de vontade, na coisa pública, principalmente quando surgem grandes problemas nacionais a decidir, mostra-se, entretanto, indiferente no que se relaciona com a sua integração na política partidária. Como bem observou Forsthoff, na notável conferência que proferiu, em junho de 1963, na Sociedade de Juristas de Berlim, sob o título *Transformações Estruturais da Democracia Moderna*, verifica-se uma desproporção extraordinária entre a expressão dos sufrágios recebidos pelos partidos políticos e o número dos seus associados, o que dá, como conclui o ilustre publicista, um sentido nitidamente plebiscitário às eleições modernas⁷.

O cidadão participa da atividade política apenas nos momentos decisivos, não procurando disciplinar-se segundo os programas partidários que mais correspondem às suas tendências e aspirações, vale dizer, sem que se integre, efetivamente, na vida partidária, como seria de desejar.

Para isso, no entanto, em muito contribui a falta de doutrinação dos políticos e o exemplo que oferecem, desde que sua atuação nem sempre se pauta dentro dos costumes rígidos que deveriam orientar o comportamento dos que se dedicam ao serviço da nação.

Por êsse efeito, não se aparelham os partidos políticos, pelas dificuldades financeiras que os cercam, nessa inexistência prática de ajuda popular, dado o escasso número dos seus membros efetivos, não podendo assim o Poder Legislativo, que através deles se representa, competir com

o Poder Executivo, na contratação de técnicos que os orientem, pois que, irretorquivelmente, o tecnicismo, como já mencionado, foi o resultado prático que se seguiu à II Guerra Mundial. Vejam-se, nesse sentido, as palavras incisivas do grande jurista alemão a que já nos referimos: “A Sociedade Industrial moderna, em sua complexidade e no preenchimento de suas interdependências, coloca o Estado diante de tarefas tais que não mais podem ser solucionadas com deliberações democráticas, no velho estilo. Para sua realização não mais carece, em primeira linha, de decisão política, mas de decisão verdadeiramente técnica⁸.”

E o advento do tecnicismo, como fenômeno da Sociedade Industrial moderna, veio a acarretar a substituição do Estado Constitucional pelo Estado Administrativo. E, por via de conseqüência, o Direito que concerne às coisas da Administração passou a exercer lugar de preeminência que jamais alcançara⁹.

Na estruturação do Estado, sob essa concepção, passou-se a atribuir maiores e mais importantes encargos ao Poder Executivo, que se tem de aparelhar de modo condizente com êsse alargamento de atividades, cabendo ao técnico as soluções que, anteriormente, eram tomadas por decisões políticas¹⁰.

Ao Direito Administrativo, dentro dessas injunções, conferiu-se um extraordinário desenvolvimento, mormente se se considerar que, no início dêste século, apresentava-se como ramo incipiente do Direito Público.

Temas que se confundiam nas fronteiras entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo passaram a ter contornos mais nítidos e a se inclinar no sentido dêste último, cuja teoria, reformulada e refundida, encontra hoje doutrinadores de

nomeada a fixar-lhe os conceitos, na complexidade de seus institutos.

Novos rumos se projetam, a exigir do estudioso dêsse ramo do Direito a sistematização necessária para que o desenvolvimento incomum, alcançado em tão curto espaço de tempo, não venha a prejudicar a estruturação científica que urge efetivar, segundo os princípios fundamentais democráticos em que deve alicerçar-se.

Daí poder dizer-se que, dêsse primado do Direito Administrativo, como corolário

da nova concepção democrática, no desenvolvimento tecnológico, também se infere, como é de suma evidência, que o Poder Executivo, em seu campo de atuação mais amplo, está adstrito aos comandos legais, sem cuja observância não se realiza o Estado de Direito. E, por êste se entende a sujeição do próprio Estado à ordem jurídica positiva por êle estabelecida, numa auto-limitação consciente e necessária, em favor do interêsse geral dos seus jurisdicionados.

Notas

¹ Nos dias atuais, nota-se uma tendência para o que se poderá chamar o nôvo grande cisma do Oriente, com a posição da China Vermelha, que, embora tendo filosofia político-econômica calcada no regímen russo, apresenta-se como a séria ameaça ao mundo contemporâneo.

² *Le Relativisme dans la Philosophie de Droit*, in *Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique*, 1934, pág. 106.

³ Exemplo mais significativo da assertiva do texto foi a ascensão ao Poder de Hitler, na Alemanha, efetivada por métodos tipicamente democráticos.

⁴ *La Philosophie Politique et Sociale de l'Italie Contemporaine*, in *Archives cits.*, 1934, pág. 114.

⁵ Cf. Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 8ª ed., 1958. vol. I, pág. 11.

⁶ O Direito, na definição de Radbruch (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, ed. Mexicana, Fondo de Cultura Económica, 1951. pág. 47) nada mais é do que “o conjunto das normas gerais e positivas que regulam a vida social”. Não se concebe o Direito, assim como a Moral, sem uma impregnação profunda do fato social, pois, segundo a Teoria de Petrazycki, exposta por Georges Cornil (*A Propos d'un Livre Posthume de Léon Petrazycki*, in *Archives cits.*, 1934, pág. 191) “os juízos normativos, formados em nossa consciência, provêm de emoções provocadas pelo espetáculo da vida em sociedade”.

⁷ Ernst Forsthoff, *Strukturwandlungen der Modernen Demokratie*, Berlin. 1964. Ao propósito, assim se expressou o eminente Professor da Universidade de Heidelberg: “Der Bereitschaft, die aktivbürgerlichen Rechte in den Wahlen auszuüben, entspricht keine vergleichbare Bereitschaft, sich parteipolitisch zu assoziieren, woraus sich die Unterscheidung der Wähler und der Mitgliederparteien ergeben hat. In dieser Tatsache kommt der plebiszitäre Charakter der modernen Wahlen deutlich zum Ausdruck” (ob. cit., págs. 11 e 12).

⁸ Ernst Forsthoff. ob. cit., pág. 16.

⁹ Cf., no sentido do texto. Ernst Forsthoff, ob. cit., págs. 18 e 19. À pág. 24, afirma, enfaticamente, o insigne mestre: “Dass der Nutzniesser dieser Entwicklung, wie ich sie zu zeigen versuchte, die Verwaltung ist, ist freilich unvermeidlich” (É inegável, por sem dúvida, como procurei demonstrá-lo que a beneficiária dêsse desenvolvimento é a Administração).

¹⁰ Cf. *Aut. e ob. cits.*, pág. 16.