

**CONSTITUCIONALIZAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO**

**CONSTITUCIONALIZACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
BRASILEÑO**

Adriano De Bortoli

Marcos Leite Garcia

RESUMO

O artigo propõe uma discussão sobre a constitucionalização do direito administrativo brasileiro a partir de três autores e suas considerações sobre as causas, os sentidos e as consequências dessa constitucionalização. Objetiva-se apresentar elementos à análise da constitucionalização do direito administrativo por meio de uma abordagem que priorize a trajetória histórica dessa disciplina no continente europeu e das similaridades que possam ser identificadas em relação às mudanças institucionais, científico-doutrinárias e ideológicas observadas pela dogmática brasileira. Parte-se da hipótese de que a constitucionalização do direito administrativo brasileiro tem relação direta com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as mudanças introduzidas com o capítulo especificamente dedicado à Administração Pública, bem como quanto à ênfase dada pelos autores à interpretação constitucional e seus matizes teóricos. Conclui-se que a constitucionalização do direito administrativo defendida pelos autores analisados no trabalho aproxima-se em termos metodológicos, teóricos e dogmáticos do chamado neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalização; direito administrativo brasileiro; neoconstitucionalismo; história do direito administrativo

RESUMEN

El presente artículo propone una discusión sobre la constitucionalización del derecho administrativo brasileño a partir de la obra de tres autores acerca de las causas, los sentidos y las consecuencias del fenómeno de esa constitucionalización. Con el objetivo de presentar elementos para el análisis del derecho administrativo, por medio de un planteamiento que priorice la trayectoria de la histórica asignatura en el continente europeo y de sus similares que puedan ser identificadas con relación a los cambios institucionales, científico-doctrinarios e ideológicos. Todos esos fenómenos son observados desde la dogmática brasileña. Partiendo de la hipótesis de que la constitucionalización del derecho administrativo brasileño tiene relación directa con la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y las mudanzas introducidas en el capítulo exclusivamente dedicado a la Administración Pública, bien como al énfasis conferido por los autores a la interpretación constitucional y sus matices teóricos. Llegase a una conclusión que la constitucionalización del derechos administrativo pretendida y defendida por los autores analizados en el presente trabajo hace una aproximación en

· Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Professor substituto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Email: adbortoli@gmail.com.

· Doutor e Mestre em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (ES). Professor do Centro de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI (SC). Email: mleitegarcia@terra.com.br.

términos metodológicos, teóricos y dogmáticos de la llamada teoría del neoconstitucionalismo.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización; derecho administrativo brasileño; neoconstitucionalismo; historia del derecho administrativo.

1 INTRODUÇÃO

A emergência de constituições rígidas na segunda metade do século passado, portadoras de mecanismos de proteção de direitos fundamentais contra maiorias eventuais suscitou e ainda suscita iniciativas, especialmente no Brasil, de renovação da dogmática do direito público (BARROSO, 2007) e do direito privado (TEPEDINO, 2003; SARMENTO, 2006).

Na dogmática do direito administrativo essas iniciativas de renovação vem sendo denominadas de constitucionalização do direito administrativo (BINENBOJM, 2006; MOREIRA NETO, 2007, 2012; OLIVEIRA, 2010). Cabe, no entanto, indagar quais significados podem ser atribuídos a essas iniciativas de renovação dentro de um quadro compreensivo mais amplo da trajetória dessa disciplina jurídica e explorar quais os possíveis sentidos, causas e consequências dessa constitucionalização para o direito administrativo brasileiro.

Pretende-se, por isso, com este artigo fazer uma apresentação da temática da constitucionalização do direito administrativo brasileiro e oferecer elementos que favoreçam a sua discussão. Para tanto, optou-se por apresentar os sentidos da constitucionalização do direito administrativo brasileiro atribuídos por três juspublicistas com o intuito de sistematizar os sentidos, as causas e as consequências dessa constitucionalização entre os juristas brasileiros.

Num segundo momento, voltou-se a atenção para alguns traços da trajetória histórica da fundação constitucional da função administrativa e do direito administrativo na Europa continental de modo a colher elementos que contribuam para a compreensão da constitucionalização. Pois, analisar os diferentes modelos da dogmática do Direito Administrativo tem por vantagem aprofundar suas características e relativizar sua capacidade de transformação da realidade que cerca a produção dogmática em dado momento histórico.

2 CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E SENTIDOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 inovou em relação às constituições republicanas anteriores ao trazer para o texto constitucional as bases da Administração Pública e de tornar essas bases comuns a todos os poderes e a todos os entes da federação.

Essa importante mudança de concepção a respeito das fontes do direito administrativo, que anteriormente se encontravam no campo das iniciativas legislativas do Poder Executivo de cada ente da federação, faz com que a Supremacia da Lei esteja subordinada a uma série de normas de princípio e regras definidoras das competências, dos meios e das finalidades da Administração Pública seja ela direta ou indireta.

O processo de constitucionalização das normas da Administração Pública não se restringe ao Título III – da Organização do Estado - e ao capítulo VII – da Administração Pública - do texto constitucional de 1988 e de suas emendas. Há um claro sentido sistemático que atravessa diversos capítulos e estabelece normas que incidem sobre a Administração Pública de forma que ela não esteja dissociada de temas relativos à Ordem Econômica, à proteção de Direitos Fundamentais, ao Controle Orçamentário, à Democracia participativa, ao Meio Ambiente.

Se é possível buscar uma causa para a constitucionalização do direito administrativo brasileiro, certamente essa busca deve partir da inovação trazida pela Constituição Federal. Esse é o ponto de partida para a compreensão do novo lugar a ser ocupado tanto pela Administração Pública quanto pelo Direito Administrativo no quadro normativo e no desenho institucional traçado em 1988.

Muito embora a inovação trazida pelo texto constitucional de 1988 ao direito administrativo e à administração pública dificilmente seja contestada, os sentidos e as consequências atribuídos à constitucionalização do direito administrativo apontam uma diversidade de posicionamentos ideológicos, científico-doutrinários e institucionais.

Essa diversidade pode ser percebida nos posicionamentos assumidos por três juristas empenhados na releitura de conceitos jurídico-dogmáticos a partir de posicionamentos teóricos a respeito da interpretação das normas constitucionais.

2.1 O sentido da constitucionalização do direito administrativo orientado por princípios constitucionais

Como bem observa Luís Roberto Barroso, devem ser considerados três conjuntos de circunstâncias para se compreender a constitucionalização do direito administrativo que envolvem “a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a

disciplina da Administração Pública”, as “transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos”, e a “influência de princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito” (BARROSO, 2013, p. 400).

Quanto ao primeiro conjunto de circunstâncias, Barroso sugere ser uma influência das constituições italiana, alemã, portuguesa e espanhola, também possuidoras de normas constitucionais sobre a Administração Pública, que veio a incidir nesse traço da constituição brasileira. Essa característica apresenta “um censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos” associado à virtude da “dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo” (BARROSO, 2013, p. 400).

O segundo conjunto de circunstâncias compreende as consequências das reformas econômicas ocorridas nos anos 1990, por meio de profundas modificações no texto constitucional e de produção legislativa direcionadas à reforma do Estado no que tange a três aspectos centrais “a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização” que trouxeram mudanças da base de atuação do Poder Público, sujeitado a um grau mais elevado de participação privada na prestação de serviços públicos e consequente ampliação do papel regulador do Estado e do Direito Administrativo (BARROSO, 2013, p. 401).

É, contudo, no terceiro conjunto de circunstâncias que pode ser observado na opinião do constitucionalista carioca o traço decisivo para a constitucionalização do direito administrativo em razão da incidência de princípios constitucionais em seus domínios dogmáticos, levada a cabo pelos princípios gerais que se irradiam por todo o sistema jurídico os valores ético-políticos de “dignidade da pessoa humana e de preservação dos direitos fundamentais”, importando numa “alteração da qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação de paradigmas tradicionais” como os de: supremacia do interesse público sobre o interesse privado; vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária; e, possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo (BARROSO, 2013, p. 401-402).

A vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária, funda-se na superação da “ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse” (BARROSO, 2013, p. 402). Essa superação importa, na visão do autor, na atuação do administrador baseada diretamente na Constituição e “independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário”

(BARROSO, 2013, p. 402). Essa mudança importaria na transmudação do princípio da legalidade “em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem” (BARROSO, 2013, p. 402-403).

2.2 O sentido da constitucionalização do direito administrativo orientado pelo princípio da juridicidade

Gustavo Binenbojm (2006, p. 69) defende a tese de que a constitucionalização do direito administrativo é resultado do papel decisivo dos marcos constitucionais dos direitos fundamentais e da democracia que permitem delinear novos paradigmas para o direito administrativo.

A tese sustenta-se nas ideias de centralidade e de supremacia da Constituição que propiciam, no primeiro aspecto, “a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade”, e no segundo “a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional” (BINENBOJM, 2006, p. 69).

Gustavo Binenbojm compartilha da percepção de Luís Roberto Barroso sobre a influência exercida pelas Constituições italiana, alemã, portuguesa e espanhola sobre a Constituição Federal de 1988 no capítulo destinado à Administração Pública, destacando, entretanto que “A Constituição brasileira de 1988 discorre longamente sobre a Administração Pública, descendo a minúcias que exibem uma feição *corporativa* muito mais nítida que qualquer preocupação *garantística*” a despeito de avanços percebidos com a “enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo” (BINENBOJM, 2006, p. 70).

O sentido da constitucionalização para Binenbojm (2006, p. 70) está associado ao caráter principiológico que “convola a legalidade em *juridicidade administrativa*. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição”. Um sistema apoiado teoricamente na adesão do autor à filosofia moral objetiva de Ronald Dworkin e ao liberalismo de John Rawls, contrastados com as posições de Jurgen Habermas e Carlos Santiago Nino, que

a despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência para todas as suas instituições políticas e jurídicas. Inclusive, e evidentemente, sobre a Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo (BINENBOJM, p. 61).

Esse consenso em torno da centralidade dos direitos fundamentais e da democracia associado à interpretação construtivista dworkiniana permitiria relativizar o papel ocupado pelo princípio da legalidade administrativa, fazendo com que o “agir administrativo” possa

encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de *mediação* do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão *validar* condutas *para além* ou mesmo *contra* a disposição legal (BINENBOJM, 2006, p. 70-71).

Segundo Binenbojm o desprestígio do legislador e a crise da lei formal são fenômenos universais, que podem ser visualizados a partir de um ângulo estrutural – caracterizado pela crise de representação e de legitimidade dos parlamentos – e de um ângulo funcional – caracterizado pela “crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado” (BINENBOJM, 2006, p. 126).

A análise empreendida pelo autor, entretanto, restringe-se às “repercussões da crise da lei sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como uma *vinculação positiva à lei*, bem como suas transformações sob a égide do Estado democrático de direito” (BINENBOJM, 2006, p. 126).

2.3 O sentido da constitucionalização do direito administrativo orientado pela constitucionalização imediata

A atuação da Administração Pública deve ter por "baliza e referencial" os direitos fundamentais, como expressa Jorge Miranda (1998, p. 229):

Em qualquer caso, em qualquer momento, qualquer acto de poder público deve tomá-los como baliza referencial (Os direitos fundamentais não são somente um *limite negativo* às actuações dos entes públicos; são também *elemento integrador* de tais actuações - João Caupers, *op. cit.*, p. 154) ; deve assumir, com razoabilidade, um conteúdo que lhes corresponda; deve traduzir-se nessa medida, na realização dos valores jurídicos que dão sentido ao relacionamento da pessoa e do Estado.

Essa exigência tem por fundamento, no caso brasileiro, a norma contida no Art. 5º, § 1º da Constituição Federal que impõe a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 348), o tema da conceituação do interesse público e do desvio de poder da Administração Pública merece especial atenção quando do

acolhimento da constitucionalização imediata, significando a vinculação aos direitos fundamentais, pois

os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles (os direitos fundamentais) sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos [...].

A partir dessa visão, o exercício das funções institucionais, tanto pelos agentes quanto pelos órgãos estatais, está obrigado, formal e materialmente, pelos direitos fundamentais, devendo-se renunciar a qualquer ingerência injustificada no âmbito de proteção desses direitos pois se encontram afastados da esfera de disponibilidade dos Poderes Públicos. Por outro lado, obrigados estão os poderes públicos a fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 344).

Tendo-se em vista que a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, nessa concepção, compreende a eficácia e aplicabilidade desses direitos, deve-se assinalar que tal imposição constitui um princípio (SARLET, 2003, p. 258-9) e como tal deve ser aplicado buscando-se a sua otimização e levando-se em conta a situação fática e os limites jurídicos que compõem o caso concreto. Ou seja, são eles, os direitos fundamentais positivados em forma de princípios normativos, um mandado de otimização que estabelece para os órgãos públicos o dever de dar o maior grau de eficácia possível para os direitos fundamentais.

Em razão disso tem-se, como consequência desse posicionamento, que a aplicabilidade de uma norma constitucional não deverá ser submetida a um juízo de tudo ou nada, próprio das regras jurídicas, mas avaliada de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso sob exame.

Assim, a partir da posição adotada por Sarlet (2003, p. 259) é possível a defesa de

uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada.

Para essa perspectiva, portanto, o dever de agir da Administração Pública, embora dependente da atuação do legislador para que seja permitido à Administração atuar, tem de considerar o grau de densidade normativa da norma impositiva em questão e não pode se afastar das diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais prestacionais para lhes garantir um mínimo de eficácia (SARLET, 2003, p. 350).

Tem-se portanto, a partir desse posicionamento, que todos os direitos fundamentais previstos em uma Constituição são referência para o Direito Administrativo e seu modelo de legalidade, pois teriam sua eficácia vinculada ao atendimento, seja para a omissão ou para a ação, da Administração Pública.

2.4 Traços comuns das propostas de constitucionalização do direito administrativo

As três propostas apresentadas acima põem ênfase no papel da interpretação constitucional na definição dos novos vínculos jurídicos entre a Administração Pública e o Direito. Uma vinculação que propõe ao Regime Jurídico do Direito Administrativo tradicional uma reaproximação ao Direito Constitucional e uma redefinição da autonomia científica dessa disciplina.

Os conceitos já sedimentados na dogmática do Direito Administrativo, por isso, são postos em debate. A estratégia de mudança defendida pela constitucionalização atribui ao método de ponderação de interesses um papel relevante e por isso aumenta o poder de decisão do Poder Judiciário e também dos órgãos de controle da Administração Pública.

Ideologicamente percebe-se que a defesa da Supremacia da Constituição vem sempre associada à crise da legalidade, ou seja, associada a uma crise de funcionamento do parlamento como instituição que detém a pretensão de monopólio da produção do direito nos moldes do Estado de Democrático de Direito. A preferência pela Constituição sobre a Lei produzida pelo parlamento sutilmente esconde o fato de que também a Constituição pode ser modificada pelo parlamento no exercício de seu Poder Constituinte derivado. Assim, o papel contra-majoritário dos direitos fundamentais acaba sendo utilizado não somente como defesa de direitos subjetivos dos cidadão contra o exercício do poder pelo Estado, mas como valores ético políticos anti-parlamentos, alinhados a um tipo de realismo jurídico anti-normativista e anti-estatalista.

No plano teórico, a constitucionalização do direito administrativo propõe uma reformulação da Teoria Geral do Direito Administrativo, identificada com a posição de privilégio da Administração Pública nas relações jurídico-administrativas que se materializaram nos conceitos de Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado, de legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, de intangibilidade do mérito administrativo e da ideia de um Poder Executivo unitário (BINENBOJM, 2007, p. 506).

Esses diversos sentidos podem ser investigados, sob outro enfoque, em vários momentos da história do direito administrativo para se averiguar se há similaridade entre o que vem sendo chamado de constitucionalização e a construção dessa disciplina, bem como

para trazer à análise situações em que o direito administrativo enfrentou mudanças e os traços dos arranjos conceituais utilizados para reformulá-lo.

Trazer a análise da história do direito administrativo europeu-continental contribui para encorajar os esforços de compreensão do movimento atribuído como constitucionalização do direito administrativo brasileiro na tentativa de delinear um arco mais amplo de mudanças dogmáticas, institucionais e ideológicas que permeiam os fatos que servem para a narrativa da constitucionalização¹.

3 TRAÇOS DA TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO CONTINENTE EUROPEU

Pode-se afirmar que a dogmática do Direito Administrativo europeu contemporâneo se encontra em um momento de superação dos modelos produzidos no século XIX e que a relação entre constituição e direito administrativo sugere diversos sentidos para o que se possa denominar de constitucionalização do direito administrativo (MANNORI et SORDI, p. 514-518; BURDEAU, p. 459-483). Essa percepção pode ser melhor visualizada se o ponto de observação tomar a distância necessária para que os movimentos sejam vistos dentro de uma trajetória, de um caminho e até mesmo de um fio condutor.

Para François Burdeau (1995) os momentos, na história do direito administrativo francês, são divididos em “*Gestation*”, “*Floraison*” e “*Commotion*”. A *Gestation* compreende o período de 1789 à 1870 no qual se observa o impacto da experiência revolucionária causado na administração e no direito no fim do Antigo Regime, a construção jurídico-institucional do período napoleônico, o processo de individualização do direito administrativo como disciplina autônoma da ciência jurídica e o estabelecimento do regime

¹ A trajetória do direito administrativo brasileiro merece ser investigada levando-se em conta a sua construção específica nos planos científico-doutrinal, institucional e ideológico e afastando-se transposições do direito administrativo europeu. A esse respeito destaca-se a pesquisa sobre o surgimento do direito administrativo no Brasil realizada por Guandalini Jr. na qual sustenta que “durante todo o período imperial a ciência brasileira do direito administrativo não desempenhou uma função tipicamente administrativa, tendo atuado com essência constitucional e soberana. Mais do que fortalecer a administração pública personalizada e estabelecer um campo de atuação para o exercício do poder administrativo (como poder auto-executável de transformação da vida social com base em um projeto ativo de governo dos indivíduos e populações), a ciência do direito administrativo que se desenvolve no Brasil do século XIX parece estar preocupada com o fortalecimento da posição política do Imperador, considerado ponto de origem de toda a soberania nacional e fundamento de legitimidade auto-evidente de todo o governo político. Com isso pretendia assegurar a centralidade de seu poder político em todo o território nacional e a continuidade da ordem política brasileira, que havia sido colocada em risco com a perda do seu fundamento jurídico de legitimidade após a independência. Assim, atuou essencialmente como elemento de fundação do Estado brasileiro, desempenhando uma função acessória ao direito constitucional, em vez da função específica que desempenhava na Europa, de organizar juridicamente o exercício do recém-criado poder administrativo.” GUANDALINI JR., Walter. **Gênese do direito administrativo brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial**. Curitiba: UFPR, 2011. Tese. 240 fls.

jurídico-administrativo. A *Floraison* alcança o período compreendido entre 1870 até a metade dos anos 1920 e é marcada pelas iniciativas de estabelecimento de um regime político republicano, pelo domínio do poder criativo do juiz administrativo e pelo papel relevante das cátedras na cientificização do direito administrativo. A *Commotion* aponta para o período que se inicia na metade dos anos vinte até o início dos anos 1970 e é marcada pela ampliação do poder administrativo associada ao autoritarismo do período entre guerras, pela alteração das seções do regime jurídico da administração com o enfraquecimento dos princípios gerais do direito administrativo e com iniciativas de reconstrução do direito administrativo e pelo surgimento de uma crise do direito administrativo constatada na jurisdição administrativa e na doutrina do direito administrativo.

Luca Mannori e Bernardo Sordi (2006) adotam uma periodização da história do direito administrativo que leva em consideração três momentos distintos. O primeiro com a sua revelação na primeira quadra do século XIX, em que a Administração Pública passa a ter papel central na atuação estatal e na qual surge a disciplina de direito administrativo. O segundo com a sua maturidade nos anos seguintes do século XIX, em que se assiste à construção do Estado de Direito e a tentativa de afirmação de garantias jurídicas frente à Administração Pública, bem como a construção da especialidade do direito administrativo, ancorada em critérios de legitimação como os de controle do excesso de poder, do reconhecimento da diferença entre liberdade e discricionariedade administrativa, da transformação dos institutos do direito civil em institutos do direito administrativo (contrato administrativo, concessões administrativas, bens públicos, responsabilidade administrativa), do serviço público e da função pública. E o terceiro momento marcado pelas crises e transformações do Estado contemporâneo: a tensão entre o Administração Pública e constituição, hibridizações e novas dicotomias, a emergência da *administrative law* e a superação dos modelos do século XIX.

Convém acrescentar, também, que o surgimento e a constituição do Direito Administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica no decorrer do século XVIII, foi possível em razão de três planos: a) o plano institucional, ao ocorrer a dissolução da organização corporativa da sociedade e a assunção das atividades de polícia pela coroa; b) o plano ideológico, ao haver a substituição da “realização da justiça” pela promoção do “interesse público” como objetivo da atividade de poder; c) o plano científico-doutrinal, ao surgir uma nova disciplina jurídico-processual pautada pela executoriedade independentemente de decisão judicial, não sujeição de suas decisões a embargos, não obediência ao princípio do contraditório (HESPANHA, 1991, p. 103-104). Se esses três

planos servem para analisar o surgimento e a constituição do Direito Administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica, também podem servir para analisar os momentos de transição, de crise e de mudanças.

3.1 Repertórios casuísticos e o dualismo “julgar e administrar”: os modelos do surgimento do Direito Administrativo

As primeiras décadas da categoria disciplinar "direito administrativo" são marcadas pelo dualismo "julgar e administrar" e por uma produção literária essencialmente com caráter de repertório e incapaz de elaborar qualquer teoria geral do direito administrativo. Como afirma Sordi:

O problema prioritário desta primeira produção administrativista é o de definir exatamente, por meio de uma minuta casuística, quais são os atos e as matérias da administração os quais o juiz não pode conhecer. Isto quer dizer que a moderna ciência do direito administrativo começa a se desenvolver somente **em consequência** e **em função** da escolha, já aceita nos anos da Revolução e do Império, de adotar um critério separatista de caráter “material” (MANNORI et SORDI, 2006, p. 279-280)². (grifado no original)

Talvez por essas razões a legalidade administrativa e sua não inserção nos textos constitucionais não apresente relevância para ser tratada como um problema pelos administrativistas da primeira quadra do século XIX, muito embora a condição para o surgimento do direito administrativo - sob o aspecto científico-doutrinal - tenha se dado a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (MANNORI et SORDI, 2006, p. 201; BURDEAU, 1995, p. 29) (com especial destaque para o seu art. 16³) e das leis que foram definindo o desenho institucional da administração pública francesa do século XIX. Luca Mannori e Bernardo Sordi (2006, p. 227 e 247) dão ênfase a três leis: a) 22 de dezembro de 1789 - suprime os ofícios dos intendentos e dos seus delegados e introduz em seus lugares os novos Conselhos eletivos de Departamento e de Distrito; b) 16 a 24 de agosto de 1790 - dispõe sobre a nova organização judiciária - art. 13, II estabelece a impossibilidade dos juízes interferirem na ação da administração; c) 28 *pluviose année VIII* (17 de fevereiro de 1800) -

² Todos os textos em língua estrangeira traduzidos no corpo do texto são traduções nossas. Optou-se por manter a versão original em notas explicativas pra que o leitor possa verificar as fontes citadas diretamente. *"Il problema prioritario di questa prima produzione amministrativistica resta quello di definire esattamente, tramite una minuta casistica, quali sono gli atti e le materie d'amministrazione di cui il giudice non può conoscere. La moderna scienza del diritto amministratio comincia cioè a svilupparsi solo in conseguenza e in funzione della scelta, già assunta negli anni della Rivoluzione e dell'Impero, di adottare un criterio separatista a carattere 'materiale'"*.

³ *Article XVI - Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution.*

assinala uma nova forma organizativa e reorienta profundamente a finalidade, o modo operativo, o íntimo significado institucional.

Os esforços desses autores, com efeito, se dirigiram para suprir a ausência de uma codificação em matéria administrativa por meio de inventários legislativos, fiéis às tradições dos estudos sobre a Polícia realizados no século XVIII (HESPANHA, 2005, p. 326-327)⁴:

O que há de novo, nestes meados do século XVIII, é que o saber da boa organização deixa de estar disperso, pelo direito, pela *oikonomia* (ou saber do governo doméstico), pela *prudencia* governativa, passando a concentrar-se num saber baseado nas novas ciências da sociedade – a ciência do direito natural, a economia, a higiene, a ciência da legislação –, e designado por ciência da polícia (*Policeywissenschaft, Science de la police*) ou por cameralística (*Kameralistik*, ou ciência da câmara do monarca), cujos primeiros tratados são os de Delamare, *Traité de la Police*, 1729, e de Christian Thomasius, *Entwurf einer wohleningerichteten Policey*, 1717. Este último enumera os objetivos da nova ciência como os que dizem respeito à organização interna do Estado (demografia, religiosidade, virtude, educação, abastecimento, saúde, e segurança dos súditos; cadastro e urbanismo). São esses tratados que doravante vão constituir, não apenas um modelo para o governo, mas mesmo uma forma indirecta de governar, apelando para a *disciplina científica*, como substituto ou complemento da disciplina de governo por meios jurídicos.

Num outro aspecto desse arco de mudanças os esforços se dirigiram à concepção legalista do direito que impuseram resistência ao reconhecimento de um papel normativo à jurisprudência administrativa (BURDEAU, 1995, p. 112).

O surgimento da expressão “direito administrativo” não faz parte desses primeiros esforços, nem foi obra de grandes tratadistas. Ela surge em 1798, no programa de um desconhecido professor das Escolas Centrais do Departamento da *Charente-Inférieure* (MESTRE apud MANNORI et SORDI, p. 277). Sua sistematização é iniciada por Charles-Jean Baptiste Bonnin (1772-1846) - que confere ao termo o reconhecimento da autoridade administrativa (BURDEAU, 1995, p. 111 e 118) - e, posteriormente, ampliada por Romagnosi em sua *Instituzioni di diritto amministrativo* (MANNORI et SORDI, 2006, p. 277).

Todavia, é no curso da Restauração que a disciplina direito administrativo se torna matéria curricular nas faculdades de direito francesas, muito embora entre a publicação do ato instituidor e a produção de seus efeitos tenham transcorridos quase quinze anos (MANNORI et SORDI, 2006, p. 278).

Ao mesmo tempo começam a ser publicados os primeiros tratados especificamente dirigidos à matéria, sem, contudo, se voltarem a uma análise além das questões e dos elementos da jurisprudência do Conselho do Estado, o que ocorrerá somente com a

⁴ Sobre o tema consulte-se também SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *A polícia e o rei-legislador*. in: BITTAR, E. *História do direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

publicação dos “*Institutes de droit administratif*”, de Joseph-Marie de Gérando (1772-1842) entre 1828 e 1830.

Para Mannori e Sordi (2006, p. 278)

O problema prioritário desta primeira produção administrativista é o de definir exatamente, por meio de uma minuta casuística, quais são os atos e as matérias da administração os quais o juiz não pode conhecer. A moderna ciência do direito administrativo começa por isso a se desenvolver somente *em consequência e em função* da escolha, já admitida nos anos da Revolução e do Império, de adotar um critério separatista de caráter material.

O reconhecimento da administração como uma das funções do Estado se dá por meio da construção da sua autonomia em relação à função legislativa e à função judicial. O domínio da função legislativa é afastado com a adoção de uma concepção residual da administração para os âmbitos não alcançados pela preexistência da lei. A função judicial vai sendo diluída pela equiparação das funções e pela afirmação da separação rígida, impeditiva do controle jurisdicional da administração. O resultado desses movimentos é a transformação da administração não só num poder, mas também em poder no sentido absoluto, em razão de sua natureza intrínseca (MANNORI et SORDI, 2006, p. 284-285).

3.2 Publicização, especialização e separação: os modelos do século XIX

A construção do Regime do Direito Administrativo compreende a especialidade deste direito como posição de privilégio do Estado nas relações jurídicas com os cidadãos. Essa direção tem por consequência o surgimento de um ordenamento jurídico específico em contraposição à ordem jurídica comum, separadas pela autonomia alcançada pela justiça administrativa em relação à jurisdição comum. Outro componente relevante encontra-se na cientificização do direito administrativo observada na produção doutrinal que passa a se ocupar das relações entre autoridade e liberdade, poder público e liberdade individual, soberania e sujeito individual e Estado e cidadão. As coordenadas fundamentais da nova ordem jurídica da autoridade são a centralidade da lei e o isolamento conceitual e constitucional do poder executivo. O bem estar público (*salus rei publicae*) passa a se afastar dos múltiplos objetivos atribuídos à finalidade do Estado (felicidade, bem comum) e volta-se para a garantia dos direitos individuais de uma sociedade dos indivíduos frente ao Estado.

Esse é o momento no qual estão em jogo a interpretação liberal da Revolução e a nova racionalidade política para assegurar os princípios de 1789 como confiança de estabilidade das relações sociais e de uma nova cultura dos direitos.

O afastamento do Direito Constitucional em relação ao Direito Administrativo molda

a separação que atribuirá ao primeiro o caráter político da ação estatal e ao segundo sua força de império, sua ação soberana limitada, sem, contudo, ser condicionada juridicamente (BURDEAU, 1994, p. 118-122).

Ao mesmo tempo em que os institutos do Direito Civil passam a ser institutos do Direito Administrativo, por meio de um processo de implante de categorias acompanhadas do adjetivo qualificador do ramo do direito público ao qual começam a pertencer (veja-se como exemplo o contrato administrativo), deixam de existir seus vínculos com o Direito Privado e surge uma nova natureza pública, específica do ramo receptor do implante (MANNORI et SORDI, 2006, p. 380).

O Direito Administrativo assume a posição, ancorada na concepção do tratamento desigual entre os sujeitos das relações jurídicas às quais é aplicado, na supremacia estatal, de um direito próprio, específico da Administração Pública e se constitui em verdadeiro regime administrativo do direito.

Nem mesmo as mudanças gestadas nos anos vinte do século XX, tanto em Weimar quanto em Viena, com a introdução de novos institutos como: poder constituinte, direitos fundamentais, direitos sociais, garantias constitucionais, controle de constitucionalidade, partido político, orientação política - que dominarão o direito público do pós segunda guerra (SORDI, 1997). Nem mesmo essas mudanças, frise-se, que constituem uma revolução das instituições e dos léxicos do direito constitucional e da ciência política - mudanças que exigem institutos e uma teoria política própria para a democracia - conseguirão transpor a imobilidade que domina o direito administrativo e sua continuidade de aparatos, de normas e de construções dogmáticas que durante todo o século XIX ganharam forma e sedimentaram o modelo europeu continental de direito administrativo.

3.3 Direito Administrativo e Estado Constitucional

A superação dos modelos dogmáticos do Direito Administrativo do século XIX apoia-se no constitucionalismo que emerge do segundo pós guerra na Europa continental. Esse movimento influencia o direito público de maneira geral e é especialmente orientado pelo retorno do direito administrativo clássico em oposição ao Estado Social, de natureza exclusivamente administrativa. Um modelo de Estado, o Estado Administrativo, produzido pelos valores constitucionais dos totalitarismos do primeiro pós guerra, neutralizadores da política e das constituições e responsáveis por uma relação de poder construída sobre a competência essencial da autoridade em prover as necessidades essenciais dos cidadãos (MANNORI e SORDI, 2006, p. 515).

Esse retorno, no entanto, é profundamente marcado por uma reação contra o Estado Administrativo das experiências totalitárias. A ênfase liberal tem sentido depuratório para as relações de poder entre a Administração Pública e os cidadãos e oportuniza a inserção de novos princípios constitucionais, a exemplo do que ocorre na Itália:

Imparcialidade, bom andamento, acionabilidade geral das exigências nos confrontos com o poder administrativo, primeiro grau de justiça administrativa no libelo regional e, no plano da organização, autonomia e descentralização (MANNORI et SORDI, p. 515)⁵.

A constitucionalização operada nesse momento, contudo, não tem força suficiente para fazer do direito administrativo um direito "constitucionalizado". Ou seja, para fazer com que a especialidade do direito administrativo dê passagem para as novas técnicas e novos critérios de legitimação próprios do Estado Constitucional de Direito.

O paradigma do Estado Constitucional de Direito surge a partir da introdução das constituições rígidas na segunda metade do século passado e da rígida subordinação da lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a constituição, hierarquicamente superior à legislação ordinária. Em relação ao modelo que o antecede, do Estado Legislativo de Direito, apresenta quatro alterações: **a) no plano da natureza e da estrutura do direito** com a positivação não só de normas mas de escolhas constitucionais com as quais essas devem se uniformizar, bem como com a Teoria da validade normativa, a qual passa a prever não só normas formais sobre a sua formação, mas também normas substanciais sobre seu significado, das quais decorrem os conceitos de vigência, compreendido como Princípio da legalidade formal ou de mera legalidade, e de validade, compreendido como princípio da legalidade substancial ou de estrita legalidade; **b) no plano da aplicação jurisdicional** que resulta submetida à lei somente se esta é considerada constitucionalmente válida pelo juiz e no qual emerge como principal fonte do direito os direitos fundamentais; **c) no plano da ciência jurídica** não revestida de um papel simplesmente descritivo, mas também crítico e programático nos confrontos com o seu objeto e a qual cabe denunciar os vícios que podem surgir em razão da sobre-ordenação do ordenamento jurídico em distintos níveis normativos e que compreendem uma verificação da incoerência, da incompletude, das antinomias e das lacunas do ordenamento jurídico. Esse novo papel aponta para um constitucionalismo levado a sério, no qual cabe ao jurista “verificar as antinomias e as lacunas geradas respectivamente pela presença de normas que violam os direitos de liberdade e da ausência de normas que satisfaçam os direitos sociais e,

⁵ " Imparzialità, buon andamento, generale azionabilità delle pretese nei confronti del potere amministrativo, primo grado di giustizia amministrativa a libello regionale e, sul piano dell'organizzazione, *autonomia e decentramento*"

consequentemente, solicitar a anulação das primeiras porque inválidas e de introduzir as segundas porque ausentes.”; **d) no plano da estrutura da democracia e da teoria política democrática**, que passa a ser compreendida não puramente política mas imediatamente jurídica do estado democrático de direito” (FERRAJOLI, 2007, p. 29-32).

O percurso histórico do direito administrativo revela que os esforços dirigidos para a sua adequação em relação à estrutura normativa⁶ do Estado Constitucional apresentam uma tendência de déficit que pode ser observado em vários momentos em que a vinculação jurídica da Administração Pública e notadamente o princípio da legalidade administrativa tentam fazer parte, ou propriamente constituir, um sistema de garantias para o “exercício cotidiano do poder” (WEBER, 2008, p.96-97)⁷.

São os posicionamentos dos juristas, ainda irredutíveis ao alcance que se possa dar à cláusula do Estado Social, além da esfera legislativa no campo dos direitos, que oferecem a principal barreira, posteriormente transposta pela jurisprudência dos tribunais constitucionais e oportunizadora de um novo quadro constitucional:

se colocam como lema, com sucesso, as tendências, de tipo garantista, que perseguem a redução dos espaços designados às relações de sujeição especial e a completa juridicização dos poderes, bem como a reformulação do princípio da legalidade, agora às voltas também com uma cada vez maior administração de direito privado. E, assim, a subjetivação da relação; a transformação do processo administrativo de juízo sobre o ato a juízo sobre o poder administrativo; a pesquisa de novos elementos legitimadores, perante a crescente perda de conteúdo do ato legislativo (MANNORI et SORDI, 2006, p. 517)⁸.

Aos poucos se realizam aberturas nas paredes da especialidade como privilégio e do valor constitucional dos modelos do século XIX, erguidas para proteger o poder administrativo. Por essas aberturas passam as renovadas regras do procedimento; inserem-se os princípios de acesso à administração pública, de motivação das decisões; redimensionam-se as funções procedimentais; o contrato administrativo retoma legitimidade; e, sobre tudo, tornam-se possíveis novas relações entre autoridade e consenso (MANNORI et SORDI, 2006,

⁶ Entende-se por estrutura normativa ou modelo normativo o conjunto de características de dado sistema de conhecimento que guardam entre si uma identidade comum que as torna pertencentes a esse sistema e que as diferenciam de outros.

⁷ A expressão é de Max Weber: “*En un Estado moderno, el poder real, que no se manifiesta en los discursos parlamentarios ni en las proclamaciones de los monarcas, sino en la actuación administrativa cotidiana, reside necesaria e inevitablemente en las manos del funcionario; del civil y del militar. Pues, a decir verdad, el alto oficial moderno incluso dirige las batallas desde el Bureau.*”.

⁸ “*si mettono in moto, com successo, le tendenze, di tipo garantistico, che inseguono la riduzione degli spazi assegnati ai rapporti di sudditanza speciale e la completa giuridicizzazione dei poteri, sino alla riformulazione dello stesso principio di legalità, ora alle prese anche con una sempre più estesa amministrazione di diritto privato. E, così, la soggettivizzazione del rapporto; la trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul potere amministrativo. ; la ricerca di nuovi elementi legittimanti, di fronte alla crescente perdita di contenuto dell'atto legislativo*”

p. 517)⁹.

As mudanças que surgem, contudo, não atingem o núcleo de autoridade dos poderes administrativos, que se mantém, apesar da "fuga para o direito privado" (ESTORNINHO, 1996)¹⁰, por meio da delegação do exercício de competências e de um papel de responsabilidade pelo controle e garantia, exercido com os instrumentos dos poderes regulamentares. Na visão de Lucca Mannori e de Bernardo Sordi (2006, p. 523):

O Estado do presente continua a ser, ainda, um Estado administrativo e na pluralidade de significados que este lema estratificou internamente.

É ainda, em medida não diferente, um Estado sob regime administrativo, ainda que este regime seja menos especial e sempre mais judicial, consensual, cooperativo, aberto às cláusulas gerais do direito comum¹¹.

O direito administrativo tem diante de si, portanto, uma nova concepção, aberta e multiforme, da especialidade da sua dogmática que renuncia, pouco a pouco, aos privilégios da identificação com a supremacia do interesse público-estatal e se ancora nos valores do direito comum e da unidade do ordenamento jurídico, marcada pela inexistência de impedimentos para cláusulas gerais, como a da boa fé, próprias do direito privado, ao uso no léxico do direito público.

Uma especialidade que pode ser salvaguardada conservando o direito administrativo geral e, logo, uma fundação constitucional da função administrativa e do direito administrativo, ambos imprescindíveis funções cognoscitivas e ordenadoras, que não podem ser dispersadas na proliferação dos setores e na sua crescente tecnicidade.

Uma especialidade não mais absoluta e monolítica, mas aberta e multiforme, coerente com uma administração que volta a se revestir dos panos, pluralistas e plurissubjetivos, da administração da ordem antiga (MANNORI e SORDI, 2006, p. 528)¹².

⁹ Em nossa legislação nacional a publicação da Lei de Processo Administrativo da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/99) é um importante exemplo de inovação voltada a gerar novas relações entre autoridade e consenso. A começar pelo fato de estabelecer regras gerais quanto aos procedimentos administrativos para toda a Administração Pública Federal. E especificamente por introduzir normas que incorporam conceitos como, p.e., razoabilidade, proporcionalidade, boa fé dos administrados, motivação dos atos administrativos.

¹⁰ A expressão ficou conhecida nos anos noventa para explicar a redução do direito público e a ampliação do direito privado nas atividades administrativas. Em que pese essa ampliação - percebida principalmente nos processos de destatização, quebra de monopólios, privatização e estabelecimento de regimes de concessão - ainda persistem traços autoritários do Estado Administrativo, tanto na estrutura institucional, bem como nos conceitos aceitos pelos tribunais ao tratarem das relações entre administração e administrados. Sobre esse assunto, veja-se: BAPTISTA, Patrícia. **Os limites constitucionais à autotutela administrativa**: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. in: BARROSO, 2007.

¹¹ *"Lo Stato del presente continua a essere, dunque, uno Stato amministrativo e nella pluralità di significati che questo lemma ha storicamente stratificato al suo interno. È ancora, in misura non indifferente, uno Stato a regime amministrativo, anche se questo regime è sempre meno speciale e sempre più giustiziale, consensuale, cooperativo, aperto alle clausole generali del diritto comune."*

¹² *"Una specialità che può essere salvaguardata conservando al diritto amministrativo generale e, quindi, a una fondazione costituzionale della funzione amministrativa e del amministrativo, le loro imprescindibili funzioni conoscitive e ordinarie, che non possono essere disperse nel proliferare dei settori e nella loro crescente tecnicità. Una specialità non più assoluta e monolitica, ma aperta e multiforme, coerente con un'amministrazione che torna a rivestire i panni, pluralistici e plurisoggettivi, dell'amministrazione dell'ordine antico."*

Uma especialidade, complemente-se, que possa expressar a complexidade do Estado Constitucional de Direito e de seu sistema de garantias, de limites, de vínculos, de controles e de separações, impostas aos diversos tipos de poder - e, especialmente, o poder exercido por meio da função administrativa - para garantia dos direitos fundamentais de todos (FERRAJOLI, 2007).

Um direito administrativo e um princípio da legalidade que possam ser relidos a partir do modelo normativo de democracia consagrado com o Estado Constitucional de Direito, não só formal mas também substancial, articulado nas quatro dimensões - política, civil, liberal e social - correspondentes a outras tantas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos.

Os traços da trajetória histórica do direito administrativo europeu continental apresentados nos parágrafos anteriores trazem pontos de análise a serem levados em consideração na busca de causas, consequências e sentidos conferidos pela dogmática juspublicista brasileira que vem empregando o conceito de constitucionalização.

4 UMA QUESTÃO PARA CONCLUIR: CONSTITUCIONALIZAÇÃO OU “NEOCONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO ADMINISTRATIVO ?

A dogmática do direito administrativo apresenta atualmente uma insuficiência em relação ao modelo normativo do Estado Constitucional de Direito, que se percebe no significado atribuído ao conceito de princípio da legalidade administrativa. A dogmática ainda persiste em tratar a legalidade administrativa como princípio ordenador, organizador das atividades administrativas, do qual se extraem as ideias de prevalência e de reserva da legalidade como únicas expressões desse conceito. Nota-se, por isso, um profundo apego ao modelo de direito administrativo do século XIX, moldado pelos critérios e técnicas de legitimação do Estado Legislativo e do antigo positivismo.

As tentativas de superação desse modelo ainda são tímidas diante das constantes afirmações da não centralidade do conceito de legalidade administrativa no sistema de garantias jurídicas do Estado Constitucional de Direito. Invariavelmente as razões apresentadas para essas afirmações se apoiam em concepções da separação de poderes que remontam às convicções ideológicas dos constituintes franceses de 1791 e da exegese dos primeiros "administrativistas".

As perspectivas de pesquisa que surgem dessa deficiência são inúmeras, desde que esteja no horizonte a ruptura com o modelo liberal clássico e a construção de um modelo

compatível com as aspirações inicialmente experimentadas com Weimar e Viena e posteriormente aprofundadas com o constitucionalismo do pós segunda guerra mundial.

O repensar da dogmática administrativista, contudo, exige a devida cautela para que o combate à autonomia da Administração não seja feito por meio da autonomia da jurisdição, invocando-se a defesa da democracia e do Estado Constitucional de Direito e anulando-se a discricionariedade política da *interpositio legislatoris*. As iniciativas conhecidas como ativismo judicial e judicialização da política refletem opções ideológicas contrárias ao paradigma do Estado Constitucional de Direito e, ao invés de reforçar o lugar dos direitos fundamentais, enfraquecem seu caráter garantista.

A alegada crise do conceito de legalidade administrativa e a sua solução por meio da adoção do princípio da juridicidade ao contrário de ampliar o controle sobre o exercício cotidiano do poder oferece maior margem para propostas que se afastam do paradigma democrático construído sobre a base da limitação do direito pelo próprio direito, oferecida pela vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais. Trata-se de diagnóstico impreciso, que confunde o plano da eficácia dos sistemas políticos com o plano teórico do conceito, e também de solução que aposta na invocação de valores ético-políticos exteriores ao ordenamento jurídico, fundados, muitas vezes em concepções jusnaturalistas contrárias à soberania popular das Democracias Constitucionais.

A questão maior é o tratamento que se deve dar às fontes do direito administrativo. Qual o critério a ser utilizado para responder qual o direito vigente diante da existência de antinomias geradas pela pluralidade de fontes do direito? Qual o fundamento da hierarquização dessas fontes? Qual a técnica de legitimação na aplicação do direito vigente?

A afirmação dogmática de que a Administração Pública só se legitima se estiver em conformidade com a lei só pode ser sustentada quando se tratar de matéria constitucional com reserva de lei, pois em outras matérias a legitimidade se aufere pela aplicação direta de normas constitucionais.

O movimento da dogmática do direito administrativo brasileiro em grande medida se dirige para a constitucionalização do princípio da legalidade administrativa e de um conjunto de garantias de direitos fundamentais.

Aparentemente tais posicionamentos querem fazer supor que a adequação do conceito exige somente uma mudança das técnicas de garantia da dogmática do direito administrativo, ocultando ou ignorando os critérios de legitimação e os direitos fundamentais referentes a esse direito.

A julgar pelas opções teóricas dos juristas brasileiros que defendem a constitucionalização do direito administrativo é possível constatar que se trata de um movimento muito similar ao chamado neoconstitucionalismo. Um movimento que traz consigo um caráter ideológico, teórico e metodológico, porém carente de coesão suficiente para que se possa lhe atribuir o status de escola do pensamento jurídico.

A primeira menção ao termo Neoconstitucionalismo foi proposta por Suzana Pozzolo em artigo publicado na Revista Doxa, em 1998, em razão da décima oitava edição do Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social. A hipótese da qual parte essa autora é de que existiria um modo peculiar de aproximação de alguns teóricos do direito ao tema da interpretação constitucional que os identificaria como pertencentes a uma mesma corrente de pensamento, caracterizada pela adoção de algumas formulações em comum: a) estruturação do ordenamento jurídico em princípios e normas (regras); b) a adoção da ponderação como técnica de interpretação própria para a aplicação de princípios e contrária à subsunção; c) a extensão da supremacia constitucional versus a independência do legislador; d) a característica criadora dos juízes e sua oposição à liberdade do legislador (POZZOLO, 1999, p. 339).

Algumas formulações teóricas, muito difundidas nos últimos anos no Brasil, apresentam características “neoconstitucionalistas”, dentre as quais podem ser citadas a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2000), a Teoria do Direito Dúctil de Gustavo Zagrebelski (2002) e a Teoria do Direito como Integridade e a Interpretação Construtivista de Ronald Dworkin (1989).

O Neoconstitucionalismo pode ser compreendido, Para Peña Freire (2003) em contraposição ao constitucionalismo clássico, sob os seguintes aspectos: a) além de manifestar-se como ideologia, também se apresenta como teoria e como metodologia, enquanto que o constitucionalismo clássico restringe-se fundamentalmente a uma ideologia ou teoria política normativa; b) seu princípio inspirador é a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que para o constitucionalismo clássico é a limitação do poder e a proscrição da arbitrariedade; c) ainda que negue sua relação com o jusnaturalismo, termina subscrevendo alguns de seus postulados, diferentemente do constitucionalismo que aparece geralmente vinculado ao jusnaturalismo; d) sua relação com a democracia é ambivalente porque há teóricos que se declaram decididamente democratas por ser a democracia uma exigência de seus direitos e outros que veem na democracia o perigo de uma tirania da maioria política, de modo diverso o constitucionalismo é uma ideologia originariamente antidemocrática ainda que termine abraçando formas de organização política democráticas.

A constitucionalização do direito administrativo enfrenta, assim como o neoconstitucionalismo, um labirinto. Não se trata, somente, de labirinto ou labirintos, mas do fio que não se encontra. De um fio que pode ligar os textos constitucionais recentes (pós Segunda Guerra Mundial); as práticas jurisdicionais; os novos desenvolvimentos teóricos; todos, em torno de uma Teoria Neoconstitucional (CARBONELL, 2007).

5 Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**: livro comemorativo dos 25 anos do magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia, constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BURDEAU, François. *Historie du droit administratif*. Paris: Puf, 1995.
- CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. in: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 2ª ed. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989.
- ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. v. II. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- HESPANHA, Antonio Manuel. Representação dogmática e projectos de poder para uma arqueologia da teoria do direito administrativo. **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**. Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia. v. III. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 103-142.
- _____. **Cultura jurídica europeia**. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. Constitucionalização do direito administrativo. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 13-23, jan./dez. 2012.
- MESTRE, J.-L. *Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le «Cours de législation administrative» de Portiez de L'Oise, in «Revue française de droit administratif», IX (1993), spec. pp. 244-46. Apud: MANNORI, Luca et SORDI, Bernardo. op. cit., p. 277*
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Crítica Jurídica**, n. 22, p. 31-66, Curitiba, jul.-dez./2003.

POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, **DOXA**, nº 21, pp. 339-353, Alicante, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel . **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Civil**: Perspectivas Interpretativas diante do Novo Código. In: César Fiúza; Maria de Fátima Freire de Sá ; Bruno Torquato de Oliveira Naves. (Org.). **Direito Civil - Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WEBER, Max. *Escritos políticos*. 2ª ed. Madrid: Alianza editorial, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 2002.