

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1

Evolução do Estado, surgimento do Direito Administrativo e a consagração do Estado Democrático de Direito

O surgimento e a compreensão do ordenamento jurídico e das disciplinas jurídicas variam no tempo e no espaço. Não se pode encarar o Direito como uma ciência atemporal, insensível às mutações históricas. A organização política de uma determinada comunidade ditará a essência do Direito vigente em determinado período histórico. Nesse contexto, as relações entre a Administração Pública e o Direito irão variar ao longo do tempo.

Embora se possa compreender a evolução da Administração Pública em ligação com os diferentes tipos históricos de Estado antes mesmo da noção do Estado moderno¹, o ponto de partida da presente análise será o Estado de Direito.

Até o advento do Estado de Direito, não se concebia a existência de limites impostos à atuação estatal. O Estado absoluto (Estado de Polícia – *Polizeirecht*)², vigente nos séculos XIV a XVIII, caracterizava-se pela centralização do poder nas mãos do Monarca que possuía poderes ilimitados. A vontade do Rei era a própria vontade do Estado, a lei suprema (*l'Etat c'est moi*). Nesse contexto, o Estado, por não se encontrar limitado pela ordem jurídica, não poderia ser responsabilizado pelos danos eventualmente causados a terceiros (*The king can do no wrong*).³

¹ Diogo Freitas do Amaral é um dos autores que aborda com proficiência a evolução histórica da Administração Pública nos Estados oriental, grego, romano e medieval, analisa o tema a partir do Estado oriental. Nas palavras do autor: “De facto, a evolução histórica não foi em sentido linear, antes apresenta avanços e retrocessos, e em qualquer caso não começou no século XIX.” AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2ª. edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 52.

² Lembre-se que o “Estado de polícia”, concebido no século XIV, não se confunde com o “Estado Polícia” ou “Estado Guarda Noturno”, iniciado no século XIX e que fazia referência à atuação de polícia do Estado apenas para se garantir a ordem e tranquilidade públicas. Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª. edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 92.

³ A idéia de um Estado irresponsável e ilimitado nas suas ações, não teve caráter absoluto, especialmente com a consagração da teoria do Fisco e o estabelecimento da “dupla personalidade

Apenas com o advento da Revolução Francesa de 1789 e a consagração do Estado de Direito, surge o Direito Administrativo, como um ramo especial do Direito, ao lado do direito privado, regulador das relações envolvendo o Estado e o exercício das atividades administrativas. Esse surgimento se explica, fundamentalmente, pela consagração de certos ideais liberais revolucionários da burguesia: a separação de poderes, o princípio da legalidade e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Todas essas conquistas revolucionárias buscavam, precipuamente, limitar a atuação do Estado e, com isso, proteger os cidadãos.⁴ O princípio da legalidade passava a exigir a submissão do Estado à lei (Estado de Direito), deixando de lado a liberdade absoluta e arbitrária do Antigo regime.⁵ Substituíam-se o governo dos homens pelo governo das leis.⁶ De outro lado, o princípio da separação de poderes (*rectius*: funções), popularizada por Montesquieu, também pretendia ser um mecanismo de limitação do exercício do poder estatal⁷, vez que evitava a concentração do poder em um mesmo órgão. Finalmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrava diversos direitos dos cidadãos que seriam oponíveis ao Estado.

A lei do 28 pluviose do ano VIII de 1800 é apontada como a “certidão de nascimento” do Direito Administrativo, sendo considerada por Debbasch uma

do Estado”. Por essa teoria, o Estado se desdobrava entre o “Estado propriamente dito”, dotado de soberania e que não respondia pelos seus atos, e o Estado enquanto “Fisco”, entidade que estabelecia relações jurídicas com os particulares, sendo responsável perante os particulares. ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 23 e segs. Vide, ainda: AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2004, p. 44; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 92.

⁴ É importante frisar que, em momento histórico precedente, já existiam documentos jurídicos de limitação do poder estatal como, por exemplo, a Magna Carta de João Sem Terra de 1215. Não obstante isso, a sistematização dessas limitações estatais vai ser efetivada após as Revoluções Francesa e norte-americana. Neste sentido: TÁCITO, Caio. “Poder de Polícia e Polícia do Poder”. In: *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º volume, Renovar, 1997, P. 546.

⁵ Na lição de J. J. Gomes Canotilho, o princípio da primazia da lei possuía um duplo enfoque: a) garantia para os cidadãos de que a lei seria editada pelo órgão legislativo que representava a vontade geral; e b) consagração do “princípio da legalidade da administração”, que estabelecia a hierarquia superior da lei em detrimento das medidas adotadas pelo executivo. A generalidade das leis garantiria, ainda, um tratamento igualitário entre os administrados. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 95/96.

⁶ Norberto Bobbio afirma sua predileção pelo “governo das leis”, típico dos regimes democráticos, em detrimento do “governo dos homens”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, 9ª. edição, São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 185.

⁷ Em relação à necessidade de divisão de poderes, Montesquieu afirmava: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*, 3ª. edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168.

verdadeira “constituição administrativa napoleônica”⁸. Nesse diploma legal, estabeleceram-se de forma pioneira normas de organização administrativa e de solução de litígios contra a Administração Pública.

Não obstante a origem em país de tradição romanista e que valorizava as grandes codificações, a evolução do Direito Administrativo, contraditoriamente, ocorreu a partir da jurisprudência criativa do *Conseil d'État* (Conselho de Estado francês), órgão integrante da própria estrutura executiva e responsável pelo contencioso administrativo. A Revolução Francesa de 1789 foi marcada por uma profunda desconfiança em relação aos juizes, o que gerou a criação da justiça especializada para a Administração Pública que exerceu papel fundamental na criação das bases do Direito Administrativo.

A consagração do Direito Administrativo foi obtida com o julgamento do “arrêt Blanco”. Nesse caso, datado de 1783, uma criança de cinco anos, Agnès Blanco, havia sido atropelada por uma vagonete pertencente à Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O Tribunal de Conflitos, ao apreciar uma espécie de conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e comum, fixou a competência do Conselho de Estado para o julgamento da causa, tendo em vista a presença do serviço público naquele caso e a necessidade de aplicação de regras publicísticas, diferenciadas daquelas aplicáveis aos particulares.

Costuma-se dizer que o Direito Administrativo seria “fruto de milagre”⁹, pois o próprio Estado estaria se autovinculando ao direito. Essa concepção parte da premissa de ruptura e de descontinuidade com o Antigo Regime, mas, em verdade, não é isenta de críticas.

Diversos autores vislumbram uma relação de continuidade entre a França pós-revolucionária e os ideais consagrados pelo período político anterior, servindo o Direito Administrativo como um meio jurídico de legitimação e manutenção do poder estatal imune ao controle externo. Nessa linha de raciocínio, a idéia de uma justiça administrativa especializada, integrante do Executivo, demonstra uma supremacia, ainda que disfarçada, do Executivo sobre o Legislativo, pois caberia

⁸ *Apud* MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª. edição, São Paulo: RT, 2003, pp. 14.

⁹ WEIL, Prosper. *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1977, p. 7.

àquele (e não à lei) decidir, em última análise, qual seria o conteúdo do Direito Administrativo.¹⁰ A confusão das funções de executar e julgar nas mãos de um único “poder” (Executivo) é considerado como um “pecado original” do contencioso administrativo.¹¹

Ao que parece, o Direito Administrativo não teria sido fruto de um milagre, nem representaria uma continuidade com o regime anterior. Não se pode afirmar uma origem exclusivamente milagrosa quando a força da Revolução impôs aos governantes a necessidade de estabelecerem regras especiais e limitadoras da ação estatal em um novo contexto sócio-político. Ao invés de nascer “do nada”, esse Direito foi fruto da pressão social. De outra parte, não se teria efetivamente uma solução de continuidade com o Velho Regime, pois, ainda que existissem defeitos ou “pecados” importantes, a Administração deixava de ser totalmente arbitrária e passaria a encontrar limites em normas legais, respondendo civilmente pelos seus atos.

Acolhe-se aqui a opinião conciliadora de Odete Medauar que, apoiada na lição de Canale-Bartoli, vincula o Direito Administrativo aos princípios da Revolução Francesa, mas não à origem de um novo tipo de organização, e leva em consideração algumas noções e práticas do Antigo Regime acolhidas por esse ramo de direito em formação.¹² Se não há uma ruptura completa com o Regime anterior, também não se pode asseverar uma simples relação de continuidade. Nesse contexto, a ilustre professora sintetiza as novidades trazidas pela Revolução Francesa: a) surgimento de preceitos obrigatórios para as autoridades administrativas, limitativos, em grande medida, do poder; b) reconhecimento de direitos dos particulares perante a Administração e respectivos remédios jurisdicionais; c) profunda elaboração doutrinária específica; d) importância da jurisprudência administrativa que vinculava a Administração e norteava a produção de institutos jurídicos.¹³

Na etapa embrionária do Direito Administrativo, vinculada à concepção do Estado Liberal de Direito, concebiam-se o Estado como um inimigo do povo, o que

¹⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

¹¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, pp. 28 e segs.

¹² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª. edição, São Paulo: RT, 2003, pp. 21.

¹³ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, pp. 22/23.

era compreensível pelas arbitrariedades cometidas durante o absolutismo. O Estado, nesse contexto, seria considerado uma espécie de “guarda noturno”, evitando a interferência na ordem social e econômica.

A dicotomia entre direito público e direito privado surge representada pela contraposição entre a Constituição, responsável pela divisão de funções do Estado e pela limitação do poder, e o Código Civil, que pretendia regular todas as relações econômicas entre particulares.

Durante o período de liberalismo econômico, o Estado (Liberal) era marcadamente abstencionista, supervalorizador da livre iniciativa, preocupando-se em manter a liberdade (autonomia da vontade) dos indivíduos. Durante o período das codificações do século XIX, orientadas pela maré do pensamento positivista, os princípios jurídicos são tratados pelos Códigos como fonte normativa subsidiária.

A evolução do Estado, todavia, demonstrou a necessidade do Poder Público intervir nas relações econômicas e sociais, através da imposição de normas de ordem pública, com o intuito de afastar a desigualdade social gerada pelo abstencionismo do Estado Liberal. Naquele momento, o Estado deixava de ser compreendido como um “inimigo” da sociedade e passava a ser encarado como um aliado que deve atuar positivamente na ordem econômica e social.

Com o surgimento do Estado Social de direito (*Welfare State*), a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganhou força, minimizando algumas mazelas da época liberal. A ampliação dos serviços públicos exigiu que o Poder Público se tornasse ágil e eficiente, fazendo-o adotar modelos e instituições típicas do cardápio do Direito Privado.

Maria João Estorninho afirma que uma consequência fundamental do alargamento das atividades estatais durante o Estado Social é o fato da Administração Pública “passar a utilizar o meio de atuação mais típico do Direito Privado, o contrato.”¹⁴ Ocorre, a partir deste momento, mais que uma simples mudança do instrumento de atuação estatal (contrato administrativo ao invés do ato administrativo), uma efetiva alteração de mentalidade da Administração

¹⁴ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 42.

Pública que, deixando de lado o seu caráter autoritário, passa a adotar mecanismos de consenso.¹⁵

Nesse período, denominado por Fritz Fleiner como “a fuga para o direito privado”¹⁶, o Estado, ao lado do fenômeno da contratualização da sua atuação, passou a constituir, através da técnica de descentralização, pessoas jurídicas de direito privado para a execução de serviços que antes eram delegados a particulares.

Instaurada a crise do Estado Social¹⁷, notadamente após os dois choques do petróleo na década de 70, ocorre, nas palavras de Caio Tácito, o “retorno do pêndulo”¹⁸, ou seja, o Estado devolve aos particulares diversas tarefas, especialmente as de caráter econômico (diversas empresas públicas e sociedades de economia mista demonstraram-se ineficientes), e entrega, inclusive, tarefas que até então eram exclusivamente desempenhadas pelo Poder Público.

Não se trata propriamente de um simples retorno ao Estado Liberal pós-revolução, pois, agora, o Estado não abdica da intervenção na área econômica e social. A mudança primordial está justamente na técnica utilizada para essa intervenção, que deixa de ser direta e passa a ser indireta, notadamente através da regulação (Estado Regulador) e do fomento público.

É nesse quadro que o princípio da subsidiariedade, cunhado a partir da doutrina social da Igreja Católica, dá ensejo à expressão “Estado subsidiário”, caracterizado pela ausência de intervenção direta quando a sociedade for capaz de atender os interesses sociais. Percebe-se, pela noção do referido princípio, uma valorização da sociedade civil na satisfação do interesse público, devendo o

¹⁵ Nas palavras da professora Maria João Estorninho: “Trata-se de uma forma de administração nova, ‘negociada ou contratual’, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública”. ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁶ Ver ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 11. Merece registro o comentário crítico desta expressão elaborado por Almiro do Couto e Silva: “(...) pode-se dizer que não era, portanto, privatização do público, mas sim publicização do privado, tendo em vista, também, que muitos dos serviços prestados pelo Estado, sob a nova roupagem, possuíam natureza industrial e comercial”. COUTO E SILVA, Almiro do. *Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas. Revista de Direito Administrativo*, nº 209, 1997, p. 58.

¹⁷ O Estado Social, em que pese os diversos avanços sociais, demonstrou-se incapaz de atender as inúmeras tarefas que passaram a lhe ser afetas. A Administração Pública burocrática necessitava de agilidade e eficiência.

¹⁸ TÁCITO, Caio. “O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro”. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, 1-10.

Estado criar condições materiais para que os cidadãos possam atuar. Na precisão de Silvia Faber Torres:

“A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto aos grupos menores.”¹⁹

No estágio atual da evolução do direito, percebe-se um crescente abrandamento da dicotomia entre o campo público e privado, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais.

A Constituição mais que eficaz, deve ser efetiva. Para tanto, deve-se interpretar e aplicar toda a legislação segundo as normas constitucionais vigentes. Percebe-se, atualmente, uma verdadeira constitucionalização do direito privado, não só pela previsão expressa no texto da Lei Maior de determinados institutos jurídicos (v.g., família, propriedade, etc.), mas também pela releitura deste ramo do direito com base nos princípios constitucionais. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, neste ponto, representa verdadeiramente o novo vetor axiológico de todo o Direito. Com relação ao Direito Civil, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirmam categoricamente:

“Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova releitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa.”²⁰

A crescente aproximação entre as esferas pública e privada pode ser descrita, segundo Sérvulo Corrêa, como a “privatização do direito público e publicização do direito privado”.²¹ Realmente, parece ter razão este renomado jurista. No Brasil, podem ser citados como exemplos de “privatização” do direito público a existência de entidades integrantes da Administração Pública Indireta revestidas de formas jurídicas privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas); a delegação de serviços públicos a entidades privadas; a criação das

¹⁹ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson; e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.99.

²¹ CORRÊA, Sérvulo. “Fundações e Associações de direito privado” In: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, ed. Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 301 e 302.

denominadas Organizações Sociais e Organizações da sociedade civil de interesse público; a participação dos cidadãos na Administração Pública; etc. De outro lado, a “publicização” do direito privado é indicada pelo dirigismo contratual imposto para determinadas relações jurídicas (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações, etc.) e pela própria “socialidade”²² norteadora do Novo Código Civil (função social do contrato e da propriedade; natureza social da posse, etc.).

Outro fenômeno relevante nesse quadro de mudanças da fisionomia do Estado, gerador de conseqüências na interpretação de institutos tradicionais do Direito Administrativo (mas não apenas do Direito Administrativo), é a globalização econômica ou “mundialização”.²³ O enfraquecimento do Estado-nação, com a regionalização e a criação de organismos transnacionais, faz com que o Direito Administrativo, especialmente nos países europeus integrantes da União Européia, seja proveniente dessa associação comunitária. Os “Direitos administrativos” internos se aproximam e se interligam dentro um processo de unificação jurídica (“globalização jurídica”)²⁴ decorrente da própria unificação anterior precedente.

No âmbito da União Européia surge o denominado Direito Comunitário ou Direito da União Européia que regula as relações desenvolvidas no âmbito desse “conjunto de organizações criadas entre os países da Europa Ocidental com a finalidade de articular mecanismos de cooperação econômica, política e social que levem a uma progressiva integração destes países.”²⁵ Atualmente, portanto, ao lado dos ordenamentos estatais europeus, vige o ordenamento comunitário.

Fausto de Quadros, na célebre aula proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 27 de novembro de 1998, afirmou com precisão que “o Direito da Comunidade Européia é, na sua essência, Direito Administrativo, e,

²² - Miguel Reale indica três princípios norteadores do novo Código Civil: eticidade, operabilidade e socialidade (vide prefácio ao *Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª. edição, RT, 2002).

²³ - Oriol Mir Puigpelat afirma que a globalização seria responsável pela maior parte de transformações recentes do Direito Administrativo espanhol. PUIGPELAT, Oriol Mir. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madri: Civitas, 2004, p. 26.

²⁴ - Vide: CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*, Madri: Marcial Pons, 2006. A expressão também é empregada por Oriol Mir Puiglat: PUIGPELAT, Oriol Mir. Op. cit., p. 63.

²⁵ - VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 88.

de modo especial, Direito Administrativo da Economia.”²⁶ Essa relação é tão estreita que hoje fala-se na existência de um verdadeiro “Direito Administrativo Europeu ou Direito Administrativo Comunitário.”²⁷

Com efeito, a Ordem Jurídica das Comunidades Européias nasceu essencialmente do Direito Administrativo dos Estados europeus, sob influência marcante dos ordenamentos jurídico-administrativos da França e da Alemanha e, posteriormente, da Itália e Reino Unido. Nada obstante, se, no início, os ordenamentos administrativos nacionais contribuíram decisivamente para a formação do Direito Comunitário, mais tarde o Direito Comunitário passou a contribuir para o desenvolvimento daqueles ordenamentos. Há hoje uma verdadeira “reconstrução’ ou ‘reelaboração’ dos Direitos Administrativos nacionais”, aproximando as ordens jurídicas de matriz românico-germânica com as da *common law*.²⁸

Nesse contexto de influências recíprocas entre os ordenamentos nacionais e o comunitário, os princípios gerais de Direito, inclusive os princípios gerais de Direito Administrativo, desempenham um papel importantíssimo na jurisprudência comunitária. Os diferentes ordenamentos dos Estados nacionais europeus encontram-se ligados por pontos comuns consagrados ou revelados nesses princípios gerais de Direito que darão unidade na diversidade. Nas palavras de Fausto de Quadros, esses princípios representam o “repositório dos valores que constituem o patrimônio jurídico comum da União Européia.”²⁹

Dentre os diversos princípios gerais de Direito Administrativo que têm assumido maior relevância para os ordenamentos nacionais, depois de

²⁶ QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 11

²⁷ Registre-se que não há uma uniformidade de entendimento quanto ao conceito de “Direito Administrativo Comunitário” apontando a doutrina vários sentidos diferentes para esse termo. Não obstante isso, Fausto de Quadros, deixando de lado as concepções estáticas sobre o Direito Administrativo Comunitário, adota uma visão dinâmica segundo a qual o Direito Comunitário penetra diretamente no Direito Administrativo nacional, modificando-o decisivamente. Em consequência, pode-se falar na “europeização do Direito Administrativo nacional” ou em “Direito Administrativo comunitarizado”. QUADROS, Fausto de. *Op. cit.*, pp. 26/27.

²⁸ QUADROS, Fausto de. *Op. cit.*, p. 19.

²⁹ QUADROS, Fausto de. *Op. cit.*, p. 20.

reelaborados pelo Direito Comunitário, destaca-se o princípio da participação³⁰ que será abordado adiante.

Note-se, ainda, que o fenômeno da “globalização jurídica” tem acarretado uma aproximação crescente entre os modelos jurídicos da *common law* e romano-germânico. Como se verá adiante, o modelo norte-americano das agências reguladoras, por exemplo, acabou sendo incorporado por diversos países europeus e latino-americanos, cujo Direito Administrativo tem origem na família romano-germânica.

No Brasil, com o advento do estado Democrático do Direito e a consagração de princípios e valores contrapostos (sociedade pluralista), a atuação administrativa deixa de ser preponderantemente imperativa e passa a ser cada vez mais consensual. A expressão “Estado Democrático de Direito”, consagrada pelo art. 1º da Constituição da República de 1988, pretende dizer que o Estado brasileiro, mais do que o respeito à lei (legalidade), deve respeito ao processo democrático (legitimidade). Na precisa lição de J. J. Gomes Canotilho:

“O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. (...) Ele tem de estruturar-se com Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’.”³¹

Enquanto a idéia de efetividade constitucional gera a necessidade de releitura da legalidade, a legitimidade do Direito Administrativo, nesse novo contexto histórico, deve ser revigorada pela participação do cidadão na Administração Pública. Com a constitucionalização do Direito, e em especial do Direito Administrativo, a satisfação dos diversificados interesses previstos no texto constitucional depende da ponderação, instrumentalizada por um processo argumentativo com a participação dos potenciais destinatários da atuação administrativa.

³⁰ Esta é a opinião de Fausto de Quadros que, ao citar alguns desses princípios, faz menção expressa ao princípio da participação. QUADROS, Fausto de. *Op. cit.*, p. 20.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, 97/98.

Em suma, o Direito Administrativo, cunhado sob os ventos liberais da Revolução Francesa de 1789, deve ser reinterpretado para se adequar à realidade atual.

2.2

Neoconstitucionalismo, princípios constitucionais e a superação do positivismo jurídico

O constitucionalismo vem passando por inúmeras transformações nos últimos anos, notadamente após a II Guerra Mundial quando o Direito foi usado como instrumento legitimador de práticas autoritárias. A passagem do “Estado Legislativo” para o “Estado Constitucional”³², consagrado pelas Constituições europeias do pós-guerra (notadamente: Itália – 1947; Alemanha – 1949; Portugal – 1976; e Espanha – 1978), representa, sobretudo, uma nova forma de pensar o Direito.

O novo paradigma do Estado Constitucional é fortemente marcado pela crescente aproximação entre o Direito e a moral³³, entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito, como forma de superação da clássica dicotomia jusnaturalismo-positivismo. Nas palavras de Alfonso Garcia Figueroa, existem cada vez mais “*filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho.*”³⁴.

Essas e outras transformações do constitucionalismo são englobadas na expressão “neoconstitucionalismo” (“constitucionalismo contemporâneo” ou “constitucionalismo avançado”)³⁵ que, não obstante utilizada por grande parte dos

³² Sobre a evolução do Estado de Direito vide: FERRAJOLI, Luigi “Pasado y futuro Del Estado de Derecho”. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005.

³³ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law – The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

³⁴ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 161.

³⁵ CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005. Vide no Brasil: DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo: Landy, 2006.

autores modernos, não possui um sentido unívoco, sendo criticada por autores que defendem a atualização do positivismo (neopositivismo).³⁶

Divergências a parte, não se pode olvidar que a tendência hodierna é o estabelecimento de uma abordagem não positivista do Direito. O neconstitucionalismo representa, desta forma, a ascensão de um “não positivismo principialista”³⁷, superador, como visto, da célebre divisão jusfilosófica entre o jusnaturalismo e o positivismo.

Paolo Comanducci, utilizando-se da consagrada distinção de tipos de positivismo de Norberto Bobbio³⁸, aponta três espécies de neconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico.³⁹

Em primeiro lugar, o neconstitucionalismo como teoria do Direito procura descrever o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico que apresenta características próprias, tais como: existência de uma Constituição “invasora”, posituação de um catálogo de direitos fundamentais, consagração de princípios e regras no texto constitucional e peculiaridades de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Quanto ao caráter ideológico, o neconstitucionalismo pretende garantir os direitos fundamentais. A ideologia consagrada pelo constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX, que procurava, precipuamente, limitar o poder estatal, é deixada em segundo plano, uma vez que o poder estatal não é mais visto com grande temor pelo neconstitucionalismo.

Essa acepção ideológica não se limita a descrever o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, mas sim valorá-lo e defendê-lo. Os defensores dessa visão procuram demonstrar a necessidade de aproximação entre Direito e moral.

³⁶ Dentre outros, destacam-se nessa linha: Paolo Comanducci e Suzana Pozzolo nos respectivos textos “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” e “Un constitucionalismo ambíguo” contidos na obra *Neconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005. Paolo Comanducci, aliás, é expresso em apontar para a existência destas duas acepções do neconstitucionalismo: “*Dentro de la teoría neoconstitucionalista, por outro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquélla no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.*” *Op. cit.*, p. 83.

³⁷ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 179.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

³⁹ COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, pp. 82 e ss.

A terceira espécie, metodológica, procura superar a distinção positivista entre o ser e o dever ser, entre descrição e prescrição, propondo a aproximação entre Direito e moral através da consagração dos princípios constitucionais. A aplicação do direito, em particular a decisão judicial, deve ser justificada racionalmente.

De forma semelhante, Luis Pietro Sanchis⁴⁰ também indica três acepções do neoconstitucionalismo: novo modelo de Estado de Direito, nova teoria do Direito e nova ideologia.

A primeira acepção do neoconstitucionalismo (como tipo de Estado de Direito), fruto da convergência de duas tradições constitucionais importantes (norte-americana e francesa), demonstra a consagração da normatividade (supremacia) constitucional e a existência de meios efetivos de garantia jurisdicional da Constituição.

A idéia de superioridade normativa da Constituição condiciona a atuação das maiorias eventuais e, em virtude da sua textura aberta com a consagração dos princípios constitucionais, confere um papel de protagonista ao Poder Judiciário na concretização de suas normas.⁴¹

Outra acepção do neoconstitucionalismo (como teoria do Direito), tem relação com a crise do positivismo jurídico, com a reabilitação da razão prática, e a releitura moral do Direito.⁴² O aspecto crucial dessa nova perspectiva do Direito reside na sua aproximação com a moral e a crescente importância dos princípios gerais de direito.⁴³

Por fim, na acepção ideológica do neoconstitucionalismo, tem-se defendido o modelo do “Estado constitucional de Direito” como a melhor forma de organização política. Outras dimensões importantes do neoconstitucionalismo

⁴⁰ PIETRO SANCHIS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005.

⁴¹ Conforme ensina Luis Pietro Sanchis, o resultado dessa primeira acepção é “*una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.*” *Op. cit.*, p. 127.

⁴² DWORKIN, Ronald. *The moral reading of American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁴³ Na visão de Antonio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto, são três os elementos que expressam os desenvolvimentos recentes na teoria do direito: “a importância dos princípios gerais de direito; a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica; e a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito nas sociedades democráticas contemporâneas.” Cf. “Os Princípios de Direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy”. In: PEIXINHO, Manuel Messias. *et. al.* (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, especialmente pp. 57/60.

ideológico, citadas por Luis Pietro Sanchis, seriam a aproximação do Direito e da moral (visão metodológica), bem como a nova atitude interpretativa do Direito com caráter crítico e não meramente descritivo do ordenamento jurídico (visão dogmática).

Analisadas as diversas formas de se conceber o neoconstitucionalismo, extrai-se, ao menos para as finalidades deste trabalho, a importância do pensamento atual que estabelece os parâmetros necessários para a superação da visão positivista e legalista do Direito.

O positivismo jurídico, caracterizado pela supervalorização da lei e deveras apegado à segurança, cede espaço a um novo paradigma jusfilosófico: o “pós-positivismo”.⁴⁴ As teorias da argumentação jurídica⁴⁵, ainda no início da década de 50 com a tópica de Theodor Viehweg em 1953 e a nova retórica de Chaïm Perelman em 1958, e dos princípios jurídicos ganham força.

Neste ponto, é importante lembrar que o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais é um traço fundamental do pós-positivismo. Na lição de Paulo Bonavides, *“a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.”*⁴⁶

Na primeira fase, a jusnaturalista, os princípios possuíam apenas dimensão ético-valorativa, sem qualquer normatividade. Os princípios gerais de Direito, neste momento, eram “axiomas jurídicos” encontrados no Direito Natural.

Em seguida, na fase positivista, os princípios ingressam nos Códigos como fonte normativa subsidiária.⁴⁷

A partir das últimas décadas do século XX, com o surgimento da fase pós-positivista, as Constituições passaram a acentuar *“a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”*⁴⁸

⁴⁴ A expressão “pós-positivismo” é utilizada pelo professor Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

⁴⁵ Sobre as teorias da Argumentação Jurídica, vide: ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 259.

⁴⁷ Neste sentido é a previsão do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 264.

Os princípios constitucionais são responsáveis, dentre outras coisas, pela aproximação entre o Direito e a moral, razão pela qual identificam-se com a idéia de “reserva de justiça”.⁴⁹

Reconhecida a normatividade dos princípios, estes passaram a ocupar lugar de destaque nos textos das Constituições modernas e no próprio debate jusfilosófico contemporâneo.

Ronald Dworkin, um dos expoentes da linha não-positivista, após criticar o normativismo de Hart, afirma que o sistema jurídico não é formado apenas por regras, mas também por princípios e políticas. Em verdade, a expressão “princípios”, em sentido amplo, abrange os princípios, em sentido estrito, e diretrizes políticas, sendo certo que, em caso de colisão, aqueles prevalecem sobre estas últimas. Enquanto os princípios consagram uma exigência de justiça ou outra dimensão da moralidade, as políticas estabelecem objetivos a serem alcançados que, em geral, melhoram algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.⁵⁰

De maior relevo é a distinção entre princípios e regras. Segundo Dworkin, a diferença entre essas espécies normativas reside no modo de aplicação, especialmente na forma de resolução de conflitos normativos. Enquanto as regras são aplicáveis segundo o método lógico-formal da subsunção (tudo ou nada – *all or nothing*)⁵¹ e as eventuais antinomias são resolvidas no plano da validade, através do critério da hierarquia, especialidade ou temporalidade, os princípios constitucionais apresentam uma “dimensão de peso ou importância”⁵² e a colisão entre princípios (*hard cases*) será resolvida pelo método da ponderação.

Dworkin cria a figura do Juiz Hércules dotado de “capacidade, sabedoria paciência e sagacidade sobre-humanas” para rejeitar a idéia de identificação dos

⁴⁹ Oscar Vilhena Vieira defende a “superconstitucionalidade” das cláusulas consagradoras dos princípios de justiça quando afirma: “para que as limitações materiais ao poder de reforma não se transformem numa simples barreira às deliberações levadas a cabo por uma maioria presente ou futura, estas devem assegurar proteção especial àqueles direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituem verdadeira reserva constitucional de justiça. Não se pode emprestar a dispositivos desprovidos de qualquer fundamentação ética, idiossincriticamente estabelecidos como pêtrees pelo poder constituinte, as mesmas hierarquia e rigidez atribuídas às cláusulas superconstitucionais que limitam a possibilidade de erosão dos princípios de justiça de uma Constituição.” Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 29 e 30.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 39.

⁵² Idem, *Ibidem*, p. 42.

princípios através de uma regra de reconhecimento. Esse juiz ideal conhece todos os princípios vigentes e é capaz de encontrar a única decisão correta para os “casos difíceis”.⁵³ Isso não significa dizer um retorno ao jusnaturalismo, pois, na lição de Cláudio Pereira de Souza Neto, apoiado em Calsamiglia, “a noção de princípios, na obra do autor (Dworkin), não é metafísica, mas está vinculada às instituições políticas concretamente vigentes.”⁵⁴ O magistrado, ao identificar racionalmente os princípios, desempenha um papel de reconstrução da ordem jurídica.⁵⁵

O Estado de Direito, na visão de Dworkin, é caracterizado pelos princípios da igualdade e da integridade, este último considerado pela necessidade de se interpretar o sistema jurídico como um todo e de forma coerente.

Robert Alexy, da mesma forma que Dworkin, defende a normatividade dos princípios que não se confundiriam com as regras. A diferença (estrutural e qualitativa) reside na idéia de que os princípios são “mandatos de otimização”, enquanto as regras são entendidas como “mandatos definitivos”. Desta forma, ao contrário das regras, os princípios ordenam algo que pode ser realizado na maior medida possível, o que vai depender das possibilidades fáticas e jurídicas do contexto analisado. O eventual conflito entre princípios deve ser resolvido pela ponderação.⁵⁶

Em que pese a similitude de entendimento, Alexy estabelece uma crítica fundamental à idéia de Dworkin segundo a qual a atividade complexa de ponderação possa ser resolvida monoliticamente por um juiz ideal, sem qualquer procedimento específico. Alexy afasta a possibilidade de se estabelecer uma teoria moral material, uma vez que somente seria viável a concepção procedimental de

⁵³ Idem, *Ibidem*, p. 165 e ss.

⁵⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 236 e 237.

⁵⁵ Neste ponto, Habermas, ao mencionar a teoria de Dworkin, afirma que o papel do juiz (Hércules) é de reconstruir o direito vigente, enquanto o papel do legislador é de construí-lo. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 264.

⁵⁶ Ensina Robert Alexy: “... los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

moral com o estabelecimento de um sistema de condições de prioridade e de estruturas de ponderação.⁵⁷

É justamente no campo da ponderação que Alexy estabelece a sua teoria da argumentação jurídica, como uma espécie do discurso prático geral.⁵⁸ A validade do argumento (única resposta correta) só pode ser obtida após um processo argumentativo.

Para tanto, Alexy estabelece um sistema de regras procedimentais (monológicas e dialógicas) para garantir a racionalidade da argumentação. Por esta razão, pode-se dizer que o Direito seria, na visão do autor, um sistema de regras, princípios e procedimentos.

As inúmeras regras procedimentais apresentadas no Livro “Teoria da Argumentação Jurídica” são divididas em dois grandes grupos: regras relativas à estrutura dos argumentos e relacionadas ao procedimento do discurso.⁵⁹

Resumidamente, essas regras podem ser enumeradas da seguinte forma: 1) regras estruturais dos argumentos: a) não contradição; b) universalidade (uso coerente dos predicados utilizados); c) clareza lingüístico-conceitual e d) verdade das premissas empíricas utilizadas; 2) regras do discurso: a) completude dedutiva; b) consideração das conseqüências e c) ponderações.

No Brasil, o estudo dos princípios constitucionais ocupa papel de destaque na doutrina. Dentre os renomados autores que vêm se debruçando sobre o tema, Humberto Ávila destaca-se por estabelecer a divisão do Direito em princípios, regras e postulados normativos. Após estabelecer críticas às concepções diferenciadoras existentes em relação aos princípios e regras⁶⁰, o autor define os

⁵⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Op. cit.*, pp. 252 e ss.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª. ed., São Paulo: Landy, 2005, p. 210.

⁵⁹ Para uma análise das principais regras procedimentais, cite-se: MAIA, Antônio Cavalcanti e NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Op. cit.*

⁶⁰ Humberto Ávila apresenta as seguintes definições: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”; por outro lado, os princípios “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2003, p. 70.

postulados normativos como “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”.⁶¹

O que se percebe com a análise das posturas doutrinárias relativas ao estudo dos princípios jurídicos, trazidas de forma exemplificativa a este trabalho, é a sua crescente importância no estudo do Direito atual.

As Constituições modernas são pródigas no elenco de princípios, que devem ser obedecidos pelo Estado e seus cidadãos, e no estabelecimento de fins a serem alcançados. Tal fato é justificado pela característica pluralista das sociedades democráticas, a qual exige a acomodação no texto constitucional dos diversos interesses existentes em determinada comunidade jurídica, desiderato que só pode ser alcançado com a textura aberta dos princípios constitucionais.

Em conseqüência, é justamente a denominada “Constituição pluralista”⁶² ou “Constituição aberta”⁶³, impregnada por princípios, por vezes conflitantes, que permitem, como afirmado, agasalhar no texto constitucional os diversos interesses dos vários grupos sociais.

Nesse contexto, avulta um amplo processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, pelo qual a Constituição passa a ocupar o centro normativo do ordenamento jurídico, e, ao mesmo tempo, um crescente desprestígio da concepção liberal de legalidade. Esses aspectos serão abordados nos capítulos seguintes.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 82. O autor faz distinção entre postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição do excesso) e específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade). *Idem*, *Ibidem*, pp. 85 e ss.

⁶² Gustavo Zagrebelsky ao tratar da “Constituição pluralista” afirma que ela “*presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 97. Ver também: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

⁶³ Carlos Roberto Siqueira Castro, após afirmar o caráter principiológico e aberto da Constituição da República de 1988 afirma que “a ambiência natural dos princípios jurídicos é mesmo o texto constitucional.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52.

2.3

A constitucionalização do Direito Administrativo: “crise” do Direito Administrativo liberal e tendências atuais

O reconhecimento da normatividade da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*), notadamente após a clássica obra do professor Konrad Heese⁶⁴, e sua superioridade hierárquica exigem a adequação de todo o ordenamento jurídico ao texto constitucional.

Como assinalado no tópico anterior, o constitucionalismo, após a II Guerra Mundial, sofreu modificações importantes e a Constituição na Europa passou a ter caráter normativo, passível de invocação perante os tribunais.⁶⁵

Ressalte-se, todavia, que os Estados Unidos reconheciam o caráter normativo da Constituição de 1787 (*higher law*) desde a célebre decisão pelo juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison* em 1803. Naquela decisão se consagrou o controle judicial de constitucionalidade e foram estabelecidos os três fundamentos desse controle: supremacia da Constituição, nulidade de lei inconstitucional e o Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.⁶⁶ O caráter normativo da Constituição se fundamenta em dois conceitos-chave incorporados ao constitucionalismo americano: o pacto social de John Locke e o caráter de *higher law* da Constituição, oriundo do jusnaturalismo.⁶⁷

Eduardo García de Enterría aponta três fatores que determinaram o câmbio radical no constitucionalismo europeu no período pós-II Guerra, a saber: a) ascensão do princípio democrático, após o período totalitário, como único princípio de organização política; b) consagração da jurisdição constitucional concentrada, inspirada na doutrina Kelseniana e c) criação de um sistema especial

⁶⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁶⁵ Nas palavras de Eduardo García de Enterría: “La Constitución no es, pues, en ningún lugar de Europa antes de la última Guerra Mundial, una norma invocable ante los tribunales.”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 4ª. edición, 2006, p. 288.

⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

⁶⁷ - Nesse sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 4ª. edición, 2006, pp. 293/294

dos direitos fundamentais frente às maiorias eventuais e transitórias, assegurado pela justiça constitucional.⁶⁸

Mais que a necessidade de adequação da legislação infraconstitucional às normas constitucionais, constata-se uma tendência da “constitucionalização do ordenamento jurídico”, expressão que, não obstante possuir várias significações possíveis, pretende descrever o processo de transformação do ordenamento jurídico que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais. Riccardo Guastini, seguindo a linha de Louis Favoreau, define o referido fenômeno da seguinte forma:

“Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”⁶⁹

A constitucionalização do ordenamento jurídico, segundo Riccardo Guastini, depende da satisfação de uma série de condições, apontadas exemplificadamente pelo autor: a) Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição (controle de constitucionalidade das leis); c) força vinculante da Constituição (a Constituição é encarada como norma jurídica e não apenas como mera declaração programática); d) “sobreinterpretação” da Constituição (os princípios constitucionais, ao invés de normas – *rectius*: regras – precisas, permitem solucionar todas as controvérsias porventura existentes); e) aplicação direta das normas constitucionais (*Drittwirkung*); f) interpretação da legislação ordinária conforme à Constituição; e g) influência da Constituição sobre as relações políticas.

As duas primeiras condições (a rigidez e a garantia jurisdicional da Constituição) seriam necessárias para a caracterização de um ordenamento jurídico constitucionalizado, enquanto as demais condições apenas apontariam para um grau maior ou menor de constitucionalização.

Importa, portanto, esmiuçar a idéia de rigidez constitucional e a necessidade de estabelecimento de garantias à Constituição.

⁶⁸ - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 293/294

⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)?* 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49.

Dentre as diversas classificações doutrinárias da Constituição, destaca-se a célebre distinção entre Constituições rígidas e flexíveis. Enquanto as primeiras (rígidas) não podem ser modificadas da mesma forma que a legislação ordinária, demandando um processo mais complicado, as flexíveis são reformadas da mesma forma que a lei ordinária.

A rigidez constitucional, segundo Riccardo Guastini, pressupõe a existência de uma Constituição escrita⁷⁰ e a sua proteção contra a legislação ordinária, uma vez que as modificações constitucionais exigem um processo mais complexo que o exigido para as demais leis.

Outra condição necessária à constitucionalização do Direito, conforme já assinalado, é a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Dentre os variados sistemas de controle de constitucionalidade, Ricardo Guastini destaca três modelos: a) americano (controle *a posteriori* e concreto); b) francês (controle *a priori* e abstrato); e c) alemão (controle *a posteriori* e a decisão do Tribunal Constitucional ou órgão similar possui efeitos *erga omnes*).

A constitucionalização do ordenamento jurídico não se limita a transformar o Direito, mas também o estilo do pensamento dos juristas. Neste sentido, pode-se dizer que o “neoconstitucionalismo” representa a emergência de uma nova teoria do Direito, mais precisamente um conjunto de teorias que proporcionam uma cobertura teórica e/ou normativa da constitucionalização do Direito em termos normalmente “não-positivistas.”⁷¹

Alfonso Garcia Figueroa destaca três aspectos implícitos no referido processo de constitucionalização: o aspecto material, o estrutural-funcional e o político.⁷²

⁷⁰ Em sentido contrário, Paulo Bonavides faz o seguinte alerta: “*A flexibilidade constitucional se faz possível tanto nas Constituições costumeiras como nas Constituições escritas. Erro, portanto, é cuidar que toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida. A velha Constituição francesa anterior a 1789, assentada basicamente em normas consuetudinárias, continha costumes rígidos, como assinalam vários constitucionalistas (Burdeau, Vedel etc.)*.” BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 83.

⁷¹ Neste sentido: GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)?* 2ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 164/165. Frise-se, no entanto, que existem outras acepções sobre o “neoconstitucionalismo”, razão pela qual alguns autores preferem citar a expressão no plural (“neoconstitucionalismos”). Para uma análise dessas diferentes visões, cite-se, por todos, o livro organizado pelo professor Miguel Carbonell (*Op. Cit.*). Adotamos, no presente estudo, a idéia de “neoconstitucionalismo” na concepção pós-positivista ou não-positivista.

⁷² GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 164 e ss.

O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na aproximação da moral ao Direito.⁷³ Há uma tendência hoje entre os juristas de adoção de uma visão não-positivista do Direito.

Quanto ao aspecto estrutural-funcional, o fenômeno da constitucionalização acarreta a alteração da estrutura das normas constitucionais. As Constituições procuram se valer cada vez mais dos princípios como forma de amoldar, nos seus textos, como já assinalado, interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista.

Da mesma forma, os princípios constitucionais evitam o congelamento da atuação dos Poderes Constituídos e a necessidade de se reformar diuturnamente a Constituição, o que desvalorizaria, inclusive, a sua força normativa.⁷⁴ Ao invés de se alterar o texto, bastaria uma mudança de interpretação de determinado princípio, adequando-o à nova realidade social.

Os princípios constitucionais permitem uma expansão da incidência da Constituição, uma vez que os seus comandos normativos são abertos e imprecisos (trata-se da “sobreinterpretação” da Constituição citada por Riccardo Guastini).

De outro lado, os princípios constitucionais são aplicados de forma distinta das regras. A aplicação oitocentista (positivista) das regras jurídicas através de um processo lógico-formal de subsunção não é adequada à nova estrutura principiológica das atuais Constituições.⁷⁵ Surge a necessidade de aplicação da ponderação aos conflitos entre princípios constitucionais.

O terceiro aspecto (político), mencionado por Alfonso Garcia Figueroa, consiste no deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário. Os princípios constitucionais ampliam a margem de discricionariedade judicial

Pode-se afirmar, por derradeiro, que a constitucionalização do ordenamento jurídico obriga o operador do Direito a interpretar a legislação à luz da Constituição. Este fenômeno, segundo Paulo Ricardo Schier, é denominado de “filtragem constitucional”.

⁷³ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁷⁴ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁵ As regras, na concepção de Ronald Dworkin, seriam aplicadas – lembre-se – segundo o critério do “all-or-nothing” (tudo ou nada), enquanto a aplicação dos princípios admite gradações (“dimension of weight”).

“Filtragem Constitucional’ (...) denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.”⁷⁶

Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, citados por Virgílio Afonso da Silva, ao analisarem a “constitucionalização do ordenamento jurídico”, identificam cinco formas principais desse fenômeno: a) reforma legislativa (dever do Legislativo de adaptar a legislação infraconstitucional à Constituição); b) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; c) mudança de paradigma dos demais ramos do direito; d) irradiação do direito constitucional (efeitos nas relações privadas e deveres de proteção); e e) irradiação do direito constitucional por meio da jurisdição ordinária.⁷⁷

Das diversas formas acima citadas, destaca-se o fenômeno de irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito, especialmente no direito privado, onde os direitos fundamentais atuam como um limite (ou condicionante) da autonomia da vontade.⁷⁸

Os responsáveis principais pela constitucionalização do ordenamento, segundo Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, seriam o legislador, os juízes e a doutrina. A “legislação constitucionalizadora” é reservada “somente àquelas leis que se destinam à eliminação de situações infraconstitucionais-inconstitucionais ou àquelas que, por exigência expressa e específica da própria constituição, complementam a eficácia de algumas normas constitucionais.”⁷⁹ O Judiciário exerce papel fundamental no processo de interpretação e aplicação do direito. Por fim, a doutrina apresenta a base teórica para a constitucionalização.

Não se pode olvidar, contudo, que o Judiciário, nesse contexto de constitucionalização do Direito e de normatividade dos princípios, vem exercendo o papel de protagonista na concretização das normas constitucionais, notadamente em razão da abertura e elasticidade dessas normas, como ressaltado de forma escurrita por José Adércio Leite Sampaio:

⁷⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

⁷⁸ Para uma análise das teorias relativas à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, cite-se, exemplificativamente: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 44.

“A força irradiante da Constituição não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados (ou fragmentos) de norma numa espécie previsível de auto-alimentação constitutiva, mas se projetou para dentro do sistema jurídico, revisando o seu sistema de fontes e reestruturando continuamente seus pilares deontológicos, sobretudo por meio da subtração da autonomia e privilégio concretizante do legislador ordinário, deslizando, em consequência, a primazia (ou a palavra última sobre o sentido da palavra constitucional) em direção ao Judiciário contra os prognósticos modernos.”⁸⁰

Louis Favoreau, por sua vez, elenca três tipos de constitucionalização do Direito: a) Constitucionalização-juridicização (processo de juridicização da Constituição que deixa de possuir um caráter meramente político); b) Constitucionalização-elevação (ao analisar o Direito francês, o autor demonstra que várias matérias, antes relegadas ao campo do regulamento e da lei, passaram ao campo constitucional); e c) Constitucionalização-transformação (impregnação dos comandos constitucionais aos diversos ramos do Direito).⁸¹

Os tipos de constitucionalização apontados por Louis Favoreau gerariam dois efeitos importantes: a) unificação da ordem jurídica (a Constituição torna-se o fundamento de validade dos diversos ramos do Direito e a dicotomia entre direito público e privado é relativizada⁸²) e b) simplificação da ordem jurídica (a lei deixa de exercer o papel central e a Constituição passa a ser a “norma de referência” do ordenamento jurídico).⁸³

No contexto de um ordenamento constitucionalizado, os diversos campos do Direito devem se adequar à realidade constitucional. O Direito Administrativo, assim como todos os demais ramos do Direito, necessita de uma roupagem nova à luz do Estado Democrático de Direito.

Atento a este fenômeno, Luís Roberto Barroso destaca a superação ou a reformulação de três paradigmas do Direito Administrativo: a redefinição da idéia

⁸⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. “Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do Direito”. In: *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 200.

⁸¹ FAVOREAU, Louis. “La constitutionnalisation du droit”. In: AUBY, Jean-Bernard. *et al. L'unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago*. Paris : Economica, 1996. *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, pp. 46/48.

⁸² Na lição de Teresa Negreiros: “Fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis”. NEGREIROS, Teresa. “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 370.

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 49.

de supremacia do interesse público sobre o privado, a superação da concepção de vinculação positiva do administrador à lei e a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo.⁸⁴ Poderia ser acrescentada a este rol de reformulações a releitura da legitimidade democrática da Administração.⁸⁵

A vinculação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional não é nova e remonta à célebre afirmação de Fritz Werner: “O direito administrativo é a concretização do direito constitucional.”⁸⁶ Ocorre que a idéia de constitucionalização do Direito Administrativo não se coaduna com a afirmação citada por algumas razões, dentre elas: a) o Direito Administrativo não concretiza todo o Direito Constitucional; b) diversos preceitos constitucionais se concretizam diretamente, sem a necessidade de intermediação de outros ramos do Direito; c) o Direito Administrativo não possui apenas um caráter adjetivo, processual do Direito Constitucional.⁸⁷

Por constitucionalização do Direito Administrativo, o que se pretende ressaltar, e isso não é exclusividade dessa disciplina jurídica, é o permanente diálogo entre esta disciplina e o Direito Constitucional, especialmente na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

A concepção liberal do Direito Administrativo, cunhada sob os ideais da burguesia, que pregava a separação absoluta entre o estado e a sociedade⁸⁸, cede lugar para o ideal democrático das sociedades plurais contemporâneas, em que a atuação da Administração Pública deve não só respeitar, como também promover os direitos e valores constitucionais através de procedimentos abertos à participação dos cidadãos.

Por esta razão que Jean Rivero fala em “crise do Direito Administrativo”:

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 240, abr./jun., 2005, pp. 31/33.

⁸⁵ A releitura desses paradigmas será abordada no item 3.8 e no capítulo 4.

⁸⁶ Vide: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª. edição, São Paulo: RT, 2003, p. 157.

⁸⁷ *Apud* MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª. edição, São Paulo: RT, 2003, p. 157.

⁸⁸ Essa é a constatação da professora Maria João Estorninho: “*Este nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da ‘visão liberal do mundo’, assente na separação entre o Estado e a Sociedade, por forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procura preservar a todo o custo.*” ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 31.

“(…) é por demais evidente que o direito administrativo está hoje em plena crise. Muitas noções fundamentais elaboradas no quadro do Estado liberal, já não dão conta das formas tomadas pela actividade administrativa. As novas tarefas que assume – planificação económica, gestão de um sector industrial extenso, organização do território, urbanismo, animação cultural, protecção social, luta contra a poluição, procura de uma melhor ‘qualidade de vida’ – não podem acomodar-se às estruturas nem aos métodos tradicionais.”⁸⁹

A “crise”, na verdade, não é do Direito Administrativo em si, mas do modelo liberal desse ramo do direito que se encontra em intensa mutação.⁹⁰ O Direito Administrativo passa por profundas transformações, geradas pela evolução da sociedade, especialmente com as importantes evoluções tecnológicas, e do próprio Estado. Em tempos de globalização, as noções e instituições administrativas oitocentistas precisam adequar-se para corresponderem efetivamente aos anseios sociais.

Otto Mayer, em passagem célebre, afirmou em 1923: “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”.⁹¹ Embora essa famosa citação seja reiteradamente repetida mundo a fora, ela se justifica tão-somente pelo momento histórico em que foi cunhada. Na ocasião, o jurista de Estrasburgo, em repúdio à Constituição de Weimar, pretendeu isolar o Direito Administrativo do Constitucional, tornando-o, àquele, imune às transformações deste último. Ocorre que esse isolamento não se justifica, sendo certo que as transformações do Estado e do Direito Constitucional geram reflexos nos demais ramos do direito, o que permite afirmar, com a devida licença ao grande mestre: o Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo, também.

Não se poderia conceber um Direito Administrativo imutável e insulado em relação às transformações que afetam o Estado e a sociedade. O direito foi criado e deve ser compreendido como mecanismo de manutenção de convivência social pacífica, devendo ser adequado à realidade em que ele se aplique.

⁸⁹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, pp. 33/34. É importante notar que outros autores como Burdeau e Maurice Hauriou também falam em crise.

⁹⁰ Odete Medauar afirma: “O termo crise, de uso freqüente para o direito em geral, para o Estado, para determinadas figuras jurídicas, referido ao direito administrativo expressa a situação de passagem para um novo momento de sua elaboração.” MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª. edição, São Paulo: RT, 2003, p. 266. Por esta razão, Jacques Chevalier vai ressaltar que a idéia de um Direito Administrativo em crise é apenas ilusória, uma vez que a constitucionalização progressiva desse ramo jurídico lhe confere um sustento mais sólida. CHEVALIER, Jacques. “Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel”. In: *Le Droit Administratif en Mutation*, Paris: PUF, 1993, p.12.

⁹¹ *Apud* MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª. edição, São Paulo: RT, 2003, p. 163

No Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em obra clássica, escreveu sobre as mutações do Direito Administrativo, demonstrando que o “atraso juspolítico histórico da administração pública”, gerado por princípios e institutos que buscavam preservar a autoridade da Administração (v.g., imperatividade, supremacia do interesse público, insindicabilidade do mérito e poderes administrativos), começa a ser superado no final do século passado por dois fatores essenciais: advento da sociedade participativa e a afirmação do constitucionalismo.⁹² A passagem de uma administração impositiva para uma “administração cidadã” é situada no “processo de constitucionalização da Administração Pública”.⁹³

Pode-se dizer que as principais transformações do Direito Administrativo pátrio encontram-se inseridas no processo de constitucionalização desta disciplina, notadamente na sua releitura a partir do Estado Democrático de Direito. A releitura da legalidade administrativa, concebida no final século XVIII, e da legitimidade da Administração, demonstram uma nova forma de se pensar e aplicar diversos institutos jurídico-administrativos clássicos.

⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 10 e segs.

⁹³ *Op.ci.,t* p. 16.