

OS DOIS GIROS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

"Technique without morals is a menace, but morals without technique is a mess".⁵²

2.1 O giro democrático-constitucional: direitos fundamentais e democracia como elementos estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo

A guinada democrático-constitucional do direito administrativo é fenômeno hoje bastante difundido, mas que ocorreu em momentos históricos distintos nas diferentes partes do mundo ocidental. Enquanto nos Estados Unidos da América a sua percepção é a de um processo de longo curso, gradualmente desenvolvido desde a fundação do país e intensificado a partir do *New Deal*,⁵³ na Europa continental ela se inicia no segundo pós-guerra e percorre toda a segunda metade do século XX, coincidindo com a redemocratização e a reconstitucionalização das nações submetidas a regimes autocráticos.⁵⁴

⁵² A frase é atribuída a Karl Nickerson Llewellyn, expoente do realismo jurídico norte-americano, por SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, segunda epígrafe do livro, p. xi.

⁵³ V. MASHAW, Jerry L. *Creating the administrative constitution: the lost one hundred years of american administrative law*. New Haven and London: Yale University Press, 2012.

⁵⁴ Os principais marcos jurídico-políticos de tal fenômeno na Europa foram a redemocratização e a reconstitucionalização da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal

No Brasil, tal fenômeno tem como marco político-jurídico seminal a promulgação da Constituição democrática de 1988, força motriz de importantes transformações no direito administrativo pátrio. O Estado democrático de direito então inaugurado passa a afirmar a centralidade do sistema de direitos fundamentais e da democracia, que se apresentam, simultaneamente, como seus elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade. A constitucionalização do direito administrativo designa, assim, não apenas a previsão dos grandes princípios e de algumas regras da disciplina no Texto Constitucional, mas sobretudo a *impregnação* da dogmática administrativista pelos vetores axiológicos da Lei Maior, propiciando uma releitura de seus institutos, categorias operativas e formas organizacionais.⁵⁵

A influência do constitucionalismo democrático se dá por meio de mutações que refletem uma nova compreensão sobre a legitimidade da organização e do funcionamento da Administração Pública. Modo geral, esse *giro democrático-constitucional* propulsiona mudanças direcionadas a: (i) incrementar o grau de *responsividade* dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos; (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas; (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos.⁵⁶

Mas a existência de uma efetiva *viragem* teórica e dogmática do direito administrativo pressupunha a ruptura com o *status quo* anterior. Com efeito, embora o direito administrativo tenha tido desenvolvimento embrionário associado à afirmação da *rule of law*, da

(1976) e da Espanha (1978). Para uma ampla e percuciente visão do fenômeno da constitucionalização do direito, incluindo o direito administrativo, v. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 187/235.

⁵⁵ Sobre o tema, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49/79.

⁵⁶ Neste sentido, v. OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013, v. I, p. 285/286: "O Estado de direito democrático (...) permite observar que as entidades públicas se encontram vinculadas a conferir aplicabilidade direta às normas referentes a certos direitos fundamentais, estando a Administração Pública sujeita a controlo político parlamentar e ao controlo jurídico dos tribunais, registando-se que as decisões destes são obrigatórias e prevalecem sobre as de quaisquer autoridades".

separação de poderes e dos direitos do homem – como bandeiras da Revolução Francesa –, sua estrutura dogmática jamais refletiu, de modo fidedigno, o discurso garantístico e liberal que permeou a sua criação. Ao contrário, a desigualdade entre Estado-Administração e cidadãos, a formatação de categorias jurídicas exorbitantes do direito comum e a preservação da lógica da autoridade – significativamente imunizada da esfera dos órgãos de controle – marcam a contraditória gênese do direito administrativo.⁵⁷

De um lado, a proclamação retórica da subordinação da Administração Pública ao regime de legalidade atende a uma das *palavras de ordem* dos revolucionários contra o Antigo Regime. É conhecida a passagem de Guido Zanobini na qual o publicista italiano atribui à *Loi* do dia 28 do *pluviose* do ano VIII, editada em 1800, o sentido de uma espécie de certidão de nascimento do direito administrativo.⁵⁸ Tal lei, ao organizar a estrutura da burocracia francesa e definir as suas funções, teria representado a submissão do Poder Executivo à vontade heterônoma do Poder Legislativo, simbolizando a ruptura com a estrutura de poder do *Ancien Régime*, na qual a vontade do soberano era a lei suprema (*quod regi placuit lex est* ou, em sentido idêntico, *voluntas principis suprema lex est*).⁵⁹

De outro lado, todavia, impõe-se reconhecer que a formação e desenvolvimento inicial do direito administrativo na França pós-revolucionária teve pouco que ver com os pilares do liberalismo político – isto é, com as ideias de Estado de direito e de separação dos poderes. De fato, a conhecida origem pretoriana do direito administrativo revela um conjunto de novas categorias e institutos jurídicos que não foram criados por obra do legislador, mas elaborados pelo Conselho de Estado, órgão de cúpula do contencioso administrativo. Tal postura insubmissa do *Conseil d'État* às normas editadas pelo Parlamento – v.g.,

⁵⁷ Para maiores detalhes sobre a *ilusão garantística da gênese* e o *pecado original* do direito administrativo, imprescindível v. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269 e ss. No mesmo sentido, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9/22.

⁵⁸ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1947, v. I, p. 33.

⁵⁹ V., neste sentido, TÁCITO, Caio. *Evolução histórica do direito administrativo*. In: *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. I, p. 2: “O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário”.

às normas do Código Civil napoleônico – e a invenção de um regime jurídico-administrativo exorbitante do direito comum traz consigo esta evidente contradição: o surgimento de um direito especial da Administração resultou não da vontade geral, manifestada pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.⁶⁰ Isso explica porque o direito administrativo passou ao largo da chamada era das *grandes codificações*, embora tenha nascido e se desenvolvido em tal período de crença na completude das compilações legislativas, sendo até hoje caracterizado pela fragmentação e ausência de organização sistemática.⁶¹

A segunda contradição verificada nos primórdios da disciplina foi a instituição, por lei datada de 1790, da jurisdição administrativa, com a consequente exclusão dos litígios entre os particulares e o Estado da alçada do Poder Judiciário. Embora alicerçada no brocardo *“juger l’administration c’est encore administrer”* (“julgar a administração ainda é administrar”), supostamente extraído da lógica da separação dos poderes, a introdução do contencioso administrativo tinha por finalidade evitar que os tribunais judiciais – compostos, em grande parte, por nobres hostis à Revolução – exercessem qualquer poder de veto sobre as ações do novo regime.⁶² Assim, alheio a qualquer controle judicial, o Conselho de Estado acaba por edificar, paulatinamente, um arcabouço dogmático autônomo, distinto do direito civil, fundado em prerrogativas especiais da Administração Pública, que constituem a tônica e conferem mesmo identidade ao regime jurídico-administrativo.⁶³

O nascimento do direito administrativo ocorre, portanto, ao arrepio do princípio da separação de poderes e do primado da lei sobre os atos da Administração. Num arranjo em tudo semelhante ao do velho Estado absolutista, o Poder Executivo concentra em seu plexo

⁶⁰ Com a mesma percepção, v. DELVOLVÉ, Pierre. Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. In: *Mélanges René Chapus: Droit Administratif*. Paris: Montchrestien, 1992, p. 144.

⁶¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

⁶² Sobre o verdadeiro móvel da criação da jurisdição administrativa, v. LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: L.G.D.J., 1990, t. 1, p. 248.

⁶³ Como afirma Vasco Manuel Dias Pereira da Silva, “só pouco a pouco, é que o direito administrativo vai deixando de ser o direito dos privilégios especiais da Administração, para se tornar no direito regulador das relações jurídicas administrativas”. SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 37.

de competências, além da função de administrar, poderes para criar o direito que lhe é aplicável e para aplicá-lo aos litígios de que é parte contra os particulares, dirimindo-os em caráter definitivo. Tal modelo não resulta da afirmação histórica da ideia de Estado de direito – mas, antes, representa a sua antítese.

Essas circunstâncias favorecem o desenvolvimento de categorias jurídicas voltadas essencialmente à preservação da autoridade estatal (*potestas*), e não aos direitos individuais dos cidadãos (*libertas*). As relações paritárias, próprias do direito privado, são substituídas por relações desiguais, baseadas na ideia de verticalidade, que confere posição de supremacia ao ente estatal. A própria noção de interesse público é construída a partir da ótica dos governantes, como algo naturalmente superior e contraposto aos interesses dos particulares.

Assim se compreende o fosso existente entre as experiências europeia continental e anglo-saxônica, no que se refere ao regime jurídico aplicável às relações entre Estado e cidadãos, ao longo de todo o século XIX e da primeira metade do século XX.⁶⁴ Enquanto na tradição da *common law* a submissão dos entes públicos às mesmas normas de direito e aos mesmos juízes ordinários a que estavam sujeitos os particulares representava uma exigência natural da noção de *rule of law*, na tradição continental, ao revés, o direito administrativo é definido, em sua essência, como uma norma desigual, que conferia à Administração prerrogativas especiais e a submetia a julgadores por ela mesma designados.⁶⁵

⁶⁴ DICEY, Albert Venn. *An introduction to the study of the law of the Constitution*. London: Macmillan, 1915 (8th ed.), p. 213/267. No Capítulo XII do livro (cuja primeira edição foi publicada em 1885), sugestivamente intitulado “Rule of law compared to *droit administratif*”, Dicey se ocupa das diferenças entre o direito inglês e o *novel* direito administrativo francês, criticando de forma incisiva o regime de privilégios e imunidades da França, assim como o sistema do contencioso administrativo, criado naquele país e replicado no continente europeu.

⁶⁵ Confira-se, sobre o ponto, conhecida passagem de TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. New York: The Library of America, 2004, p. 118/119: “In the year VIII of the French Republic a constitution was drawn up in which the following clause was introduced: ‘Art. 75. All the agents of the government below the rank of ministers can only be prosecuted for offences relating to their several functions by virtue of a decree of the Conseil d’Etat; in which the case the prosecution takes place before the ordinary tribunals.’ This clause survived the ‘Constitution de l’An VIII, and it is still maintained in spite of the just complaints of the nation. I have always found the utmost difficulty in explaining its meaning to Englishmen or Americans. They were at once led to conclude that the Conseil d’Etat in France was a great tribunal, established in the centre of the kingdom, which exercised a preliminary and somewhat tyrannical jurisdiction in all political causes. But when I told them that the Conseil d’Etat was not a judicial body, in the common sense of the term, but an administrative council composed of men dependent on the Crown,

Desfeito, portanto, o mito de uma origem *milagrosa*,⁶⁶ mais adequado parece pensar a evolução histórica do direito administrativo como uma sucessão de *impulsos contraditórios*,⁶⁷ produto da tensão dialética entre avanços garantísticos, promovidos em momentos de predomínio do espírito liberal e democrático, e retrocessos autoritários, que geralmente afloram em contextos de crise econômica, convulsão social ou de ameaças, efetivas ou ilusórias, à segurança do Estado ou ao regular funcionamento de suas instituições.

Talvez o aspecto mais paradoxal dessa trajetória acidentada, e por vezes circular, seja o que Sebastian Martín-Retortillo Baquer identificou como uma *fuga do direito constitucional*.⁶⁸ A experiência da jurisdição administrativa, criada na França e replicada em quase todo o continente europeu, conferiu ao direito administrativo autonomia científica e um certo descolamento do direito constitucional. Além disso, a disciplina foi associada à *continuidade* da burocracia estatal e à estabilidade das instituições, em contraste com a *descontinuidade* das constituições.⁶⁹ Isso permitiu que o direito administrativo se nutrisse de categorias,

so that the king, after having ordered one of his servants, called a Prefect, to commit an injustice, has the power of commanding another of his servants, called a Councillor of State, to prevent the former from being punished; when I demonstrated to them that the citizen who has been injured by the order of the sovereign is obliged to solicit from the sovereign permission to obtain redress, they refused to credit so flagrant an abuse, and were tempted to accuse me of falsehood or of ignorance. It frequently happened before the Revolution that a Parliament issued a warrant against a public officer who had committed an offence, and sometimes the proceedings were stopped by the authority of the Crown, which enforced compliance with its absolute and despotic will. It is painful to perceive how much lower we are sunk than our forefathers, since we allow things to pass under the color of justice and the sanction of the law which violence alone could impose upon them".

⁶⁶ Tal é a expressão usada, em termos literais, por WEIL, Prosper. *O Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977, p. 7/10: "A própria existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a atividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere ligado (vinculado) pelo direito (...) Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminada por toda parte (...) Fruto de um milagre, o direito administrativo só subsiste, de resto, por um prodígio a cada dia renovado (...) Para que o milagre se realize e se prolongue, devem ser preenchidas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juizes, do espírito do tempo".

⁶⁷ Na mesma linha, v. OTERO, Paulo. *Direito administrativo: relatório*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 229.

⁶⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*. Madrid: Civitas, 1996, p. 215.

⁶⁹ Além da célebre frase de Otto Mayer – "as constituições passam, o direito administrativo fica" – já anteriormente mencionada na nota n. 17, veja-se também VEDEL, Georges. *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*. In: *Melanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*. Paris: L.G.D.J., 1974, p. 777/793.

institutos e formas organizacionais próprias, mantendo-se, de certa forma, alheio às sucessivas mutações constitucionais e ocupando posição de proeminência no âmbito do direito público.

Segundo Luís Roberto Barroso, somente após a Segunda Guerra Mundial, com a expansão progressiva do constitucionalismo democrático por diversas partes do hemisfério ocidental, é que tal situação de alijamento começaria a se modificar.⁷⁰ De fato, exceção feita à excepcionalidade da contínua experiência democrática norte-americana, somente no segundo pós-guerra é que tem curso o fenômeno da *constitucionalização* do direito, de forma geral, e de alguns de seus ramos, como o direito civil⁷¹ e o direito administrativo,⁷² de maneira mais específica e acentuada.

O que aqui se denomina por *giro democrático-constitucional* do direito administrativo é um processo multifário e pluridimensional, que opera por dois caminhos distintos, porém complementares: (i) a disciplina da organização e funcionamento de inúmeros setores da Administração Pública em normas do próprio Texto Constitucional; e (ii) a eficácia *irradiante* dos sistemas democrático e de direitos fundamentais,

⁷⁰ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 220/221.

⁷¹ Sobre a constitucionalização do direito civil, v. PERLINGERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991; *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. No Brasil, v., dentre outros, TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1/16; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2004, t. I; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2008, t. II; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2009, t. III; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOZA, HELOÍSA HELENA (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 2004, v. I; 2006, v. II; 2011, v. III; 2014, v. IV; MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, v. 65, p. 21/32, 1993; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁷² Sobre a constitucionalização do direito administrativo, v. FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Org.). *La constitutionnalisation des branches du droit*. Paris: Economica, 1998, p. 182. No Brasil, v., dentre outros, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102/103; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49/79; BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo: um inventário de avanços e retrocessos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 743/780; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

como elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado democrático de direito – e, por conseguinte, também do Estado Administrativo – nos termos delineados pela Constituição.

Na primeira vertente, o giro segue uma *espiral ascendente*, por via da elevação dos grandes princípios e de diversas regras da disciplina administrativa ao plano da supremacia constitucional. Já na segunda vertente, o giro perfaz uma *espiral descendente*, com a *impregnação* da dogmática do direito administrativo pela normatividade constitucional, influenciando a releitura de seus institutos, categorias e formas organizacionais.

O tratamento constitucional da Administração Pública é algo relativamente recente, tendo se iniciado, de maneira ainda muito concisa, com a Constituição italiana, de 1947, e a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.⁷³⁻⁷⁴ Tais precedentes foram substancialmente ampliados com a promulgação da Constituição de Portugal, em 1976, e da Espanha, em 1978. A influência das nações ibéricas foi certamente decisiva para que a Constituição brasileira de 1988 reservasse capítulo próprio para a Administração Pública, enunciando de maneira expressa os seus princípios setoriais e descendo a minúcias, nem sempre desejáveis, acerca de aspectos pontuais do regime jurídico-administrativo a ser seguido no País.

Seja como for, pela vez primeira passou-se a ter um conjunto sistemático de princípios e regras – é dizer, uma “Constituição administrativa”⁷⁵ – que representa o cerne da vinculação da Administração

⁷³ A Constituição alemã foi originariamente designada “Lei Fundamental” para sublinhar seu caráter provisório, eis que concebida para uma fase de transição, anterior à recuperação da unidade do país, quando então seria ratificada a Constituição definitiva. O Tratado de Unificação entre a República Democrática Alemã (RDA) e a República Federal da Alemanha (RFA) foi assinado em 31 de agosto de 1990, mas não houve promulgação de uma nova Constituição. Desde 03 de outubro de 1990, a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

⁷⁴ Para demonstrar a relevância do fenômeno, o comedimento da Lei Fundamental de Bonn no trato da Administração Pública não impediu que a doutrina e a jurisprudência reconhecessem a existência, implícita na Constituição, de importantes princípios reitores do direito administrativo, tais como o princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção da confiança legítima. Neste sentido, v. MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 65/84.

⁷⁵ Sobre o tema, v. Constituição e direito administrativo: a “Constituição administrativa” portuguesa. In: VARELA, Antunes; AMARAL, Diogo Freitas do; MIRANDA, Jorge; e CANOTILHO, J. J. Gomes (Org.). *Ab Vno ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora 1920 – 1995*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1141 e ss.; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O administrative constitutionalism: resgatar a Constituição para a administração pública*. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas M.; e LOUREIRO, João Carlos (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Almedina, 2012. t. IV, p. 387 e ss.

Pública à *juridicidade*. Assim, a lei deixa de ser o fundamento único da atuação do Estado-Administração para tornar-se apenas um dos princípios do *sistema de juridicidade* instituído pela Lei Maior.⁷⁶

A ideia de *juridicidade administrativa* passa, assim, a abarcar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios inteiros, mas sem ostentar agora o *status* de fundamento exclusivo e quase absoluto dos comportamentos da Administração Pública. Nas palavras de Paulo Bonavides, “se o velho Estado de direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”.⁷⁷

De ordinário, entretanto, o agir administrativo perfaz-se segundo a lei, editada em termos formal e materialmente compatíveis com a Constituição (atividade *secundum legem*). Mas há casos em que as competências encontram-se diretamente habilitadas pela Lei Maior, podendo ser exercidas independentemente da *interpositio legislatoris* (atividade *praeter legem*), em matérias não submetidas às reservas de lei. Existem, ainda, situações de atos da Administração praticados em contravenção à lei, mas que deverão ser validados após juízo de ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais, como, *e.g.*, a proteção da confiança legítima (atividade *contra legem*, mas fundada numa otimizada aplicação da Constituição).⁷⁸

Na mão inversa, isto é, de cima para baixo, opera-se uma redefinição de algumas categorias e o realinhamento do regime jurídico de determinados institutos tradicionais da dogmática administrativista. Assim se dá, *v.g.*, com o vetusto *princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares*, de matriz pré-constitucional e viés organicista, que perde sentido diante da preferência *a priori* reconhecida aos direitos fundamentais e do dever de ponderação proporcional que preside a atuação estatal – legislativa, administrativa e judicial – no balanceamento entre interesses individuais e objetivos coletivos nos Estados democráticos de direito.⁷⁹

⁷⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 735.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 362.

⁷⁸ Para um estudo aprofundado da sistemática proposta para a *juridicidade administrativa*, *v.* BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 125/194.

⁷⁹ Para uma severa revisão do princípio da *prossecução* do interesse público – como era denominado no direito português – no sentido de sua submissão ao princípio da dignidade humana, *v.* OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013, *v.* I, p. 309/328. Como ilustração da tese, o autor apresenta importante decisão do

Em verdade, todo o arcabouço teórico do direito administrativo tem os seus contornos redefinidos pelos dois pilares estruturantes do Estado constitucional contemporâneo: o sistema democrático e o sistema de direitos fundamentais. Enquanto o sistema de direitos fundamentais viabiliza a *autodeterminação individual*, o sistema democrático viabiliza a *autodeterminação coletiva*, sendo ambas manifestações da autonomia privada e pública dos cidadãos. Todo o debate em torno da legitimidade da autoridade do Estado e do direito converge, hodiernamente, para as relações de interdependência entre esses dois elementos, essenciais para o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. À centralidade de tais elementos legitimadores da ordem jurídico-constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública.

É sintomático que as mais importantes categorias do direito administrativo (*interesse público, discricionariedade, poder de polícia, serviço público*), em suas versões clássicas, tenham sido elaboradas sem qualquer consideração acerca da eventual influência conformadora da democracia e dos direitos do homem.⁸⁰ Na atualidade, entretanto, estes são vetores jurídico-políticos aos quais toda a atividade administrativa se encontra vinculada, assim em seus fundamentos como em seus fins.

De fato, os direitos fundamentais, em suas múltiplas *dimensões*, vinculam a atuação e conformam a organização da Administração Pública. Como se sabe, tais direitos podem ser concebidos, sob o ângulo *subjetivo*, como *direitos de defesa* e *direitos a prestações*, apresentando-se, ainda, como *direitos à organização e ao procedimento*. Ao ângulo *objetivo*, eles carregam para o Poder Público *deveres de proteção* e servem como diretriz norteadora da ação administrativa.⁸¹

Na qualidade de *direitos de defesa*, os direitos fundamentais constituem normas de competência *negativa*, protegendo posições

Tribunal Constitucional Federal alemão, datada de 15 de fevereiro de 2006 (decisão *Luftsicherheitsgesetz*), que declarou inconstitucional, em nome do direito à vida e do princípio da dignidade humana de passageiros e tripulantes, norma da Lei de Segurança Aérea que autorizava as Forças Armadas a abaterem avião sequestrado por terroristas que pudesse ser lançado contra alvos civis ou militares. V. *BVerfG*, 1 BvR 357/05.

⁸⁰ No Brasil, coube a Marçal Justen Filho o papel pioneiro de redefinir alguns de seus institutos e a própria disciplina, a partir da teleologia constitucional dos direitos fundamentais. V. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92: "O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho".

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 180/222.

individuais contra a atuação do Poder Público e habilitando os particulares ao exercício de instrumentos processuais em sua garantia. A obrigação de *abstenção* imposta ao Estado interdita tanto a prática de operações materiais (v.g., contra a divulgação de um manifesto), como medidas jurídicas ablativas de posições individuais tuteladas pelo direito (v.g., contra direitos adquiridos).

De outra perspectiva, os direitos fundamentais apresentam-se como *direitos a prestações* tanto de natureza concreta ou material, como de natureza normativa. Assim, a polícia de segurança pública, a polícia administrativa de trânsito e os serviços públicos de transportes coletivos constituem atividades administrativas exigidas pelo direito de ir, vir e permanecer dos cidadãos. Aqui também deve ser enquadrado o direito ao *mínimo vital*, como condição necessária ao exercício da liberdade, que enseja e impõe uma série de providências legislativas e administrativas destinadas à preservação da dignidade psicofísica da pessoa humana.⁸²

Concebem-se ainda os direitos fundamentais como *direitos à organização e ao procedimento* para designar aqueles que dependem, para sua realização, da estruturação de determinados arranjos institucionais, ou de medidas de índole normativa, de modo a viabilizar, por exemplo, o exercício de garantias constitucionais-processuais (direito à ampla defesa e ao contraditório em sede administrativa, direito à proteção judiciária, direito à não autoincriminação, direito de propriedade).⁸³

Além da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais exibem ainda uma *dimensão objetiva*, em virtude da qual sua eficácia se espraia por todo o ordenamento jurídico, independentemente da existência de posições individuais a serem tuteladas.⁸⁴ Uma importante consequência do reconhecimento de tal dimensão é o surgimento dos chamados *deveres de proteção* para o Estado,⁸⁵ cuja atuação torna-se exigível, em

⁸² Sobre a questão do mínimo vital ou mínimo existencial, v. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 205/206.

⁸⁴ Há razoável consenso no sentido de que o *leading case* na matéria foi o caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 15 de janeiro de 1958, no qual se reconheceu que o direito fundamental à liberdade de expressão era oponível a particulares (eficácia horizontal) em razão de sua dimensão objetiva. Sobre o tema, na literatura em língua portuguesa, v. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 135 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 152 e ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 149 e ss.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 410.

alguma medida, no âmbito das relações privadas. Com efeito, além de não impedir a livre manifestação dos cidadãos nos espaços de convivência coletiva, impõe-se ao Estado o dever de adotar medidas que protejam os manifestantes contra ameaças de grupos ou indivíduos, além de zelar pela liberdade de locomoção de terceiros, assim como por sua integridade física e patrimonial.⁸⁶

Inobstante a proeminência da realização dos direitos fundamentais no elenco de objetivos conformadores da organização e funcionamento da Administração Pública, a tanto não se limitam as tarefas administrativas. Isso porque o sistema democrático também atua decisivamente tanto na limitação como na preordenação dos comportamentos do Estado-administrador.

Aos legisladores e dirigentes superiores do governo, como expressão da vontade majoritária conjuntural, compete concretizar, ampliar ou restringir o conteúdo dos direitos fundamentais em algum grau, seja em prol da realização de outros direitos, seja para a consecução de projetos de bem-estar coletivo. À Administração Pública cumpre tanto a realização dos direitos fundamentais como a consecução de objetivos transindividuais, estabelecidos na Constituição ou legalmente definidos como decorrência do evoluir natural da democracia. Para tanto, o direito administrativo impõe abstenções ou prestações positivas ao Poder Público, além de prever um vasto aparato ordenador das relações entre particulares.

Em termos práticos, as mudanças do direito administrativo decorrentes do giro democrático-constitucional perfazem-se em quatro esferas diferentes, numa relação de *coimplicação*. Assim, no âmbito *jurisdicional* – sobretudo no exercício da jurisdição constitucional –, antigas normas são glosadas, enquanto outras são submetidas a novas interpretações, em conformidade com as exigências da Lei Maior. No campo *legiferante*, igualmente, os ares do constitucionalismo democrático impulsionam a revogação dos antigos diplomas e a promulgação de novos marcos legais alinhados aos novos tempos. Até a atividade *administrativa* propriamente dita, seja pela edição de regulamentos, seja pela prática de atos concretos, acaba por refletir, em maior ou menor medida, a influência conformadora da Constituição.

Por fim, há ainda uma esfera mais sutil de atuação, cuja influência, no entanto, é deveras relevante: a *doutrina*. Como lembra Carlos Ari

⁸⁶ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006.

Sundfeld, em instigante artigo,⁸⁷ desde Pimenta Bueno – o Marquês de São Vicente⁸⁸ – e Paulino José Soares de Souza – o Visconde do Uruguai⁸⁹ – a *Ordem dos Publicistas* sempre foi constituída por membros que transitaram entre a vida acadêmica e a burocracia estatal superior, isto é, aquela com acesso às decisões do poder. Em alguns casos, o ingresso na política acabou sendo um caminho natural, além, é claro, do acesso aos estamentos superiores do Poder Judiciário. A interação entre a comunidade jurídica, os tomadores de decisão e a Academia envolve sempre algum nível de legitimação recíproca – seja pela diferenciação, seja pela identificação.

Por evidente, servindo em funções de assessoria ou ocupando cargos dotados de competências decisórias, os publicistas acabam por exercer forte influência na forma como o direito público é concebido, elaborado, interpretado e aplicado. Tal influência torna-se ainda mais relevante nos períodos de transição, que pressupõem a passagem do velho para o novo estado de coisas. Sobretudo nessas ocasiões surge a ambiência propícia, uma espécie de *ethos* diferenciado para a quebra de paradigmas, quando então os antigos dogmas são reconduzidos ao debate zetético de ideias – invariavelmente pelas novas gerações.

O direito – como, de resto, qualquer outro fenômeno social ou natural – comporta análise sob pelo menos dois enfoques distintos: o dogmático e o zetético.⁹⁰ O discurso jurídico, em virtude de sua estrutura voltada à produção de decisões para problemas, é pródigo em eleger determinadas *premissas teóricas* subtraídas à dúvida, ou seja, verdadeiros dogmas irrefutáveis. A produção doutrinária opera,

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ordem dos publicistas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 73/111.

⁸⁸ Deve-se a Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, o primeiro tratado de direito constitucional brasileiro, surgido em 1857, sobre a Constituição Imperial de 1824. BUENO, Pimenta. *Direito público e análise da Constituição do Império*. São Paulo: Editora 34, 2002 (Coleção Formadores do Brasil). Pimenta Bueno foi um burocrata que se tornou membro do Conselho de Estado e, íntimo do Imperador D. Pedro II, foi alçado à Presidência do Conselho de Ministros do Império.

⁸⁹ Deve-se a Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, a primeira obra sistemática relevante sobre direito administrativo no Brasil, surgida em 1862. SOUZA, Paulino José Soares. *Ensaio sobre o direito administrativo*. São Paulo: Editora 34, 2002 (Coleção Formadores do Brasil). O Visconde do Uruguai também era um burocrata e chegou igualmente à Presidência do Conselho de Ministros do Império. Cumpre registrar, todavia, que, antes da obra do Visconde do Uruguai, surgiram os *Elementos de direito administrativo*, de Vicente Pereira do Rego, publicado em 1857, e o *Direito administrativo brasileiro*, de Veiga Cabral, publicado em 1859.

⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 48.

via de regra, debaixo de tais pontos de partida, que funcionam como verdadeiros paradigmas da ciência jurídica. Enquanto as soluções para os problemas produzidas à luz dos paradigmas vigentes seguem dotadas de sustentabilidade perante a comunidade jurídica, o viés dogmático do direito prepondera.

De outra parte, diz-se zetética a análise cujos pontos de partida são refutáveis, sendo todas as premissas teóricas abertas à problematização. Em algumas quadras da história, por razões variadas, acumulam-se soluções consideradas insatisfatórias, verdadeiras *anomalias* sob os velhos paradigmas, que põem em xeque a sua legitimidade e dão ensejo ao surgimento de *teorias subversivas*. Nesse contexto, os dogmas descem do pedestal e assumem posição central no debate científico, ocorrendo, então, um duelo teórico entre *insiders* e *outsiders*. Tem-se, assim, um momento de *crise de paradigmas*,⁹¹ durante o qual o aspecto zetético dá o tom das discussões até que novas premissas teóricas logrem alcançar certo grau de consenso, aceitação e estabilidade no seio da comunidade científica.⁹²

Tal fenômeno aconteceu no direito brasileiro a partir do direito constitucional, por ocasião da redemocratização e da reconstitucionalização do País, na segunda metade dos anos 1980. Se o marco político de tal processo foi o fim da ditadura militar, o marco jurídico foi, certamente, a eleição, instalação e funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte. Em meio a debates marcados pelo pluralismo de ideias e visões de mundo, os publicistas exerceram papel de destaque, seja como assessores de parlamentares ou bancadas, seja fazendo *lobby* (defendendo interesses) das carreiras jurídicas que integravam. Para citar apenas dois exemplos de acadêmicos que funcionaram como assessores na Constituinte, merecem destaque os professores José Afonso da Silva (assessor de Mário Covas) e Sérgio Ferraz (assessor do relator-geral, Bernardo Cabral). Mas outros importantes juristas e agentes públicos, com maior ou menor proeminência, deram algum tipo de contribuição ao processo constituinte.⁹³

⁹¹ Sobre as noções de crise e mudança de paradigmas, v. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

⁹² Calha aqui lembrar a frase de Max Planck: "uma verdade científica não triunfa por convencer a seus opositores, mas, antes, porque estes acabam morrendo e surge uma nova geração familiarizada, desde o início, com a nova verdade". V. <<http://www.frasesypensamientos.com.ar/autor/max-planck.html>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

⁹³ Segundo Carlos Ari Sundfeld, o então Governador de São Paulo, Orestes Quércia, montou um quarteto de assessores jurídicos para a Bancada paulista na Constituinte, que era formado por Adilson Abreu Dallari, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Roberto Grau

Promulgada a nova Lei Fundamental, os anos 1990 foram devotados à tarefa de explicar aos operadores do direito as inovações por ela introduzidas, o que naturalmente exerceria influência na forma como legisladores, administradores públicos e magistrados a interpretariam e a aplicariam. Por certo, a opção dos constituintes pela manutenção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados durante o regime militar em seus cargos retardou, por pelo menos uma década e meia, a efetiva implementação, em toda a sua potencialidade, das diretrizes da nova Carta Política.

Nada obstante, passada a fase de transição, a evolução natural do processo democrático no País, com a chegada ao poder de líderes políticos da geração que fez oposição ao regime militar, a renovação gradual da composição do Supremo Tribunal Federal⁹⁴ e a ascensão de publicistas comprometidos com os princípios básicos da Constituição cidadã – alguns deles enriquecidos por estudos e experiências hauridas de grandes centros do constitucionalismo mundial –, resultou na construção de um novo direito constitucional no Brasil.⁹⁵ A estabilidade política, a vigência de um Estado de direito real, a conquista incremental de direitos e o funcionamento regular das instituições – com notório destaque para a independência do Poder Judiciário – são importantes conquistas da sociedade brasileira alcançadas sob a égide do nosso constitucionalismo democrático.

As transformações do direito administrativo, contudo, giraram em rotação mais lenta.⁹⁶ Talvez em virtude da *força inercial* da burocracia e da legislação infraconstitucional, talvez em razão do amplo plexo de assuntos versados no âmbito jurídico-administrativo, fato é que as repercussões do constitucionalismo democrático sobre a dogmática administrativista brasileira ainda não completaram seu ciclo, sendo

e Geraldo Ataliba. V. SUNDFELD, Carlos Ari. Ordem dos publicistas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

⁹⁴ A renovação gradual da composição do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição de 1988, permitiu o acesso à Corte de publicistas críticos ao regime militar e historicamente comprometidos com a defesa do Estado de direito, da democracia e dos direitos fundamentais. Tal se deu, *v.g.*, com as nomeações de José Paulo Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Eros Roberto Grau, Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin.

⁹⁵ V., por todos, o clássico BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁹⁶ Segundo Paulo Otero, a história mostra que as mudanças constitucionais são sempre mais rápidas do que as mudanças administrativas. V. OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013, v. I, p. 334.

perceptível, em alguns domínios, a sobrevivência atávica tanto de normas obsoletas em pleno vigor, como de organizações e práticas antiquadas.

Por isso, a denominada guinada democrático-constitucional do direito administrativo é uma forma de descrever um processo ainda em curso, mas também um modo de *desejá-lo*.⁹⁷ Com honestidade intelectual e a objetividade possível, elabora-se aqui um discurso, a um só tempo, *descritivo* do caminho já percorrido e *prescritivo* do que ainda se vislumbra por percorrer.

Mas essa não é a única força motriz das grandes transformações por que passa o direito administrativo contemporâneo. Como um vetor concorrente, é possível identificar um conjunto de modificações resultantes do que se poderia chamar de *razão pragmática*. O tópico seguinte é dedicado a esse tema.

2.2 O giro pragmático: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo no direito administrativo

Deve-se a Oliver Wendell Holmes Jr. – célebre juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre os anos 1902 e 1932 – um dos aforismos pragmáticos mais conhecidos e citados da cultura jurídica norte-americana: “*the life of the law has not been logic, it has been experience*”.⁹⁸ Em sutil réplica à frase também notória do grande jurista inglês do século XVII, Sir Edward Coke (“*reason is the life of the law*”),⁹⁹

⁹⁷ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 189.

⁹⁸ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*, 1881. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2015: “The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become”.

⁹⁹ Além de membro do Parlamento britânico e de ter ocupado outros cargos públicos, Sir Edward Coke foi *Chief Justice* da *Common Pleas* (1606-1613) e do *King’s Bench* (1613-1616).