

Da constitucionalização à democratização do Direito Administrativo¹

From constitutionalization to democratization of Administrative Law

Sandro Lúcio Dezan²

Resumo

O presente artigo analisa o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, suas causas e consequências, em especial, como corolário, a mitigação do princípio da legalidade administrativa pela nova concepção de juridicidade, a propiciar o exercício público-administrativo interpretação valorativa da lei, à luz da lei e, ampliativamente, o direito, este concebido como plexo de princípios e de valores jurídicos, afetos à ordem normativa como um todo. Corolário desse fenômeno, surge o que se pode denominar de necessidade de democratização desse ramo do direito público. Por meio de uma análise qualitativa, conclui-se que o Direito Administrativo, mormente em sua função atípica de concreção do direito, encontra-se diretamente vinculado, *a priori* da lei, ao Direito Constitucional, para a realização direta de direitos fundamentais, como face substancial do interesse público, e esse escopo administrativo não se pode realizar a contento sem uma maior participação social nos processos estatais de tomada de decisão.

Palavras-chave: Constitucionalização; Democratização; Direito administrativo; Função administrativa atípica; Participação Social; Princípio da Juridicidade.

¹ Recebido em: 24/11/2020. Aprovado em: 28/12/2021.

² Mestre e Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB); e Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal. Professor Titular da Graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu, Mestrado e Doutorado, do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB); Investigador do Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia; Professor do Programa de Pós-graduação Lato Sensu, da Escola Superior da Polícia Federal do Brasil (Escola de Governo); e Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). E-mail: sandro.dezan@gmail.com

Abstract

This article analyzes the phenomenon of constitutionalization of administrative law, its causes and consequences, in particular, as a corollary, the mitigation of the principle of administrative legality by the new conception of legality, to promote the public-administrative exercise of the evaluative interpretation of the law, in the light of the law and, broadly, the law, this conceived as a complex of principles and legal values, related to the normative order as a whole. Corollary said phenomenon, there is what can be called the need for democratization of this branch of public law. Through a qualitative analysis, it concludes that administrative law, especially in its atypical function of concretization of the law, is directly linked, a priori of the law, to constitutional law, for the direct realization of fundamental rights. , as a substantial face of the public interest, and this administrative scope cannot be satisfactorily achieved without greater social participation in state decision-making processes.

Keywords: Administrative Law; Atypical Administrative Function; Constitutionalization; Democratization; Principle of Legality; Social Participation.

Introdução

O Direito Administrativo tem sua origem como ramo epistemologicamente autônomo reportado aos meados do século XVIII. Para a maioria dos estudiosos do tema, a marco reporta-se ao advento da Revolução Francesa de 1789 e ao movimento constitucionalista. Nessa origem, início do Estado Liberal, o *establishment* firmado no *ancien régime* quedou-se adstrito a uma série de dogmas revolucionários, a exemplo da necessidade de submissão do Estado Nacional à lei escrita, votada e aprovada por um órgão parlamentar, representativo do povo, encarregado de positivizar a vontade do coletivo social. Nesses vértices, pela óptica da repartição dos Poderes do Estado em razão de suas funções executiva, legislativa e judiciária, o novo paradigma submeteu a Administração Pública, como aparato do Estado-administração, do Estado-executivo, ao dogma jurídico maior do Estado Moderno, qual seja, o princípio da legalidade, nomeadamente com a característica de abarcar o próprio Estado às produções jurídico-normativas de caráter estrito. Com efeito, o Poder Executivo, assim como os demais Poderes no exercício de função atípica executiva, submetia-se ao princípio da legalidade estrita, vinculante da atuação executiva estatal.

Em que pese à essa origem nos braços da Revolução Francesa como marco histórico do surgimento do Direito Administrativo, isto não significou que não existissem, mesmo anteriormente à Revolução, normas administrativas, reguladoras das funções afetas ao modelo de Estado representante do *ancien régime*, que abriram espaço para estudos iniciais dos contornos da disciplina, desenvolvidos por teóricos franceses e alemães, a exemplo de Léon Duguit, Maurice Hauriou e Otto Mayer. Forneceu-se, assim, a base epistemológica do Direito Administrativo, preparador de terreno fértil ao evoluir doutrinário, para trilhar um *iter* que perpassa pelo positivismo jurídico e pelo pós-positivismo.

O pós-positivismo, sob os fundamentos do neoconstitucionalismo e sob a óptica pela qual lhe atribua maior ou menor alcance, busca superar o positivismo jurídico, ou minimizar os seus efeitos inibidores de um verdadeiro Estado comprometido com os direitos fundamentais, forçando uma transição do Estado Democrático de Direito para o que se concebe como Estado Constitucional e Democrático de Direito, ou simplesmente, Estado Constitucional de Direito. Este, o Estado Constitucional e Democrático de Direito, apoiado, quanto ao aspecto jurídico, nos novos rumos dado ao Direito pelo neoconstitucionalismo aproxima o direito administrativo não somente da Constituição como instrumento de força normativa, mas, do mesmo modo, do povo, como legítimo titular do poder.

O Direito Administrativo, como ramo jusnormativo responsável pela regulação das condutas da Administração Pública, conquanto face executiva do Estado para a prestação de serviços públicos, vem sentindo diretamente a tensão provocada pelo início de mudança de paradigmas. Em maior ou em menor grau, as decisões público-administrativas vacilam, *v.g.*, quanto à deferência de uma maior participação da sociedade civil organizada no processo decisório de políticas públicas e, também, quanto à fuga de um positivismo jurídico ultrapassado, que não mais é hábil a solucionar uma miríade de novas questões a cargo do Estado-administração como responsável por concretizar direitos fundamentais dos particulares.

À vista desta breve introdução, as linhas que se ora desenvolvem possuem o objetivo de abordar as causas próximas e as consequências do

fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo, assinalando o seu regular desenvolvimento, em consonância com o evoluir das teorias e paradigmas afetos ao Direito Constitucional. Em seção final, o texto aborda a definição do conceito e os efeitos do que se compreende como juridicidade da Administração Pública, para concluir que o Poder Executivo, em harmonia com as atribuições dos demais Poderes da República, também possui a atribuição de concretização direta de direitos fundamentais.

1. Causas da constitucionalização do direito administrativo

O Constitucionalismo, como movimento político, ideológico-sociológico e jurídico da segunda metade do século XVIII e de todo o século XIX, forjou os fundamentos, ao menos indiretos³, do direito administrativo, na medida em que se sustentava em uma variante do positivismo científico, deste modo, buscava dotar todos os Estados-Nação de uma constituição escrita, que trouxesse em seu bojo a forma de organização e de exercício do poder e um rol de direitos fundamentais, notadamente, nesse contexto, ainda os direitos civis e políticos⁴, tidos hoje, como direito de primeira dimensão – esta classificação, conforme ensina Paulo Bonavides⁵ – ou geração⁶.

Afere-se, destarte, a íntima relação entre o Movimento Constitucionalista, o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o positivismo jurídico – derivado, porém, aplicado, do positivismo científico⁷. Léon

³ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 1-44, mar./maio 2008.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563.

⁶ O termo “gerações de direitos fundamentais” foi concebido por Karel Vasak, para delinear a noção de identificação e positivação gradativa e paulatina do núcleo de direitos inerentes à pessoa humana, sob o conceito de direitos fundamentais, nos textos constitucionais dos Estados-Nação. VASAK, Karel. **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Vols. I, II e III. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Duguit⁸, Maurice Hauriou⁹ e Otto Mayer¹⁰ são autores expoentes cujos estudos contribuíram para a autonomia epistemológica do direito administrativo.

Este primeiro momento, gênese do direito administrativo, conforme conhece o mundo ocidental, compreende legado da Modernidade, firmado, assim como o direito constitucional, em uma necessidade de submissão do Estado e dos indivíduos à lei, esta editada pelo povo, diretamente e/ou por meio de representantes eleitos.

Para além da aspiração político-sociológica da supremacia da comunidade política^{11 12}, o escopo revolucionário foi movido, sob o aspecto jurídico, pelo ideal e de segurança jurídica, pelas vias do direito positivo, do direito escrito, arrimado no dogma da completude do texto de lei, do direito-texto, a afastar-se de uma experiência deletéria de exercício do poder com base no direito natural, permeado, a par dos valores morais, pela vontade individual e subjetiva de soberanos, com direito ilimitado para administrar, impassível, assim, de responsabilidade (*quod regi placuit lex est; the King can do not wrong, lei roi ne peut mal faire*).

Surge, assim, o positivismo jurídico em momento simultâneo ao direito constitucional e ao direito administrativo, na gênese do Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. O Estado – e aqui, inclui-se também o povo – confiava nessas normas desses dois ramos epistemológicos para o alcance do tão almejado valor “segurança Jurídica” das relações jurídicas intersubjetivas.

⁸ DUGUIT, Léon. **Le droit constitutionnel et la sociologie**: extrait de la revue internationale de l'Enseignement du 15 novembre 1889. Paris: Armand Colin et Cie, Éditeurs, 1889; DUGUIT, Léon. **Des Fonctions de l'État Moderne**: étude de sociologie juridique. Paris: V. Giard et E. Brière, 1894; DUGUIT, Léon. **Études de droit public II**: L'État, les gouvernants et les agents. Paris: Albert Fontemoing, 1903.

⁹ HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2002 ; HAURIOU, Maurice. **Principes de droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2010 ; HAURIOU, Maurice. **La gestion administrative**: étude théorique de droit administratif. Paris: Éditions Dalloz, 2012.

¹⁰ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomos I, II e III. Traducción Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

¹¹ Sobre a necessidade de um princípio de autoridade, porém submetido ao coletivo social, por meio do que se denominou de supremacia da comunidade política: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Traducción Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001. p. 47.

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

Os demais ramos do Direito, a exemplo do Direito Civil e do Direito Penal e de seus ramos processuais seguiram essa mesma vertente, arrimando-se no positivismo jurídico, com a concepção de lei escrita, dotada de completude capaz de trazer segurança jurídica. Refletia a onisciência do legislador, supremo conhecedor das necessidades socioculturais e capaz de vertê-las em leis escritas, para o adequado e harmônico convívio social.

Sem embargo dessa inicial necessidade de positivação de leis e de submissão do povo e do Estado a elas – o que se fez necessário no momento histórico –, com o aperfeiçoamento do Estado Liberal, percebeu-se que a lei em si apresenta uma série de problemas que desconstroem o valor segurança jurídica. Viu-se que não seria por meio da lei somente que se atingiria esse escopo, mormente por que a atividade de hermenêutica jurídica não seguia as mesmas regras abertas da atividade de hermenêutica moral, da filosofia hermenêutica¹³, da hermenêutica filosófica¹⁴ e da hermenêutica argumentativa¹⁵. Mesmo diante do positivismo jurídico, a lei ainda apresentava vaguezas e obscuridades de sentido e de significado. Tanto que essas características do texto de lei e da ordem jurídica, como um todo, levaram às maiores barbáries experimentadas pela humanidade: as duas grandes guerras do século XX. Provou-se, mormente no século XX, que o positivismo jurídico já não mais dava conta de garantir segurança jurídica que pudesse atender às complexas relações sociais e internacionais que se formavam a passos largos.

Com efeito, uma gama de estudiosos passou a sustentar a necessidade de retorno ao passado, de retorno ao direito natural, com a reaproximação entre o Direito (até então concebido, única e exclusivamente, como o texto de lei, o direito-texto) e a moral, em uma nova roupagem do jusnaturalismo, a caracterizar-se como neojusnaturalismo. Que serviria de base para a superação

¹³ Cf. HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofía 1**: lições preliminares. Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980; GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; e STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. I. Petrópolis: Vozes, 2014; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. II. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

do positivismo jurídico, sendo uns dos responsáveis por corrente jusfilosófica hoje bastante estudada: o pós-positivismo.

Afirmamos, inicialmente, que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo surgiram de uma certa decepção com o Direito Natural e juntamente com o positivismo jurídico, para a segurança das relações jurídicas. Sem embargo disso, à vista da superação, ou melhor, de um início ou busca de superação do positivismo jurídico, esses dois ramos do direito (sem embargo de esse fenômeno atingir a todos os outros ramos epistemológicos do direito) sentiram a mudança de paradigma.

O pós-positivismo deu azo a ponto de confundir-se como um novo paradigma, o neoconstitucionalismo, firmado nesse propósito de retorno à origem, com a reaproximação entre o Direito e a moral.

Na lição de Luis Roberto Barroso¹⁶, três foram os marcos fundantes do neoconstitucionalismo: o marco histórico, o marco jurídico ou normativo e o marco filosófico.

O marco histórico é representado pelas grandes guerras do século XX, conforme ressaltado alhures, declinado o insucesso do direito-texto como garantidor de harmônicos convívios, pois ao amparo da lei estrita permitiu o cometimento de barbáries inconfessáveis¹⁷.

O marco normativo, sob o viés do Direito brasileiro, é considerando a partir da Segunda Guerra Mundial, com o advento das Constituições da Alemanha, da Itália, da Espanha, de Portugal e do Brasil. Compreendem diplomas jurídicos formadores de novos Estados-Nação comprometidos com o respeito aos direitos humanos, tendo como princípio jurídico matriz a dignidade da pessoa humana¹⁸. Some-se a esses textos a Declaração dos Direitos

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.240, p.1-42, abr./jun. 2005.; BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63.; BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**.

¹⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993; ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Curso de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2002.

Humanos da ONU, de 1948¹⁹. Nesse ponto, há de se reparar algo um tanto curioso, qual seja, a fundamentação do pós-positivismo em textos positivados. Isso significa dizer que, por mais que se busque superar o positivismo jurídico, ele é incontornável e ciclicamente agregado à nova concepção de Direito, reafirmando assim o assinalado por Karl Popper sobre a formação e evolução do conhecimento em “espiral”²⁰.

O marco filosófico do pós-positivismo, aqui tratado como sinônimo de neoconstitucionalismo, compreende ideias de que (i) a constituição deveria ser respeitada e encontrar-se acima de toda a ordem jurídica estatal, de modo a conferir-lhe supremacia: supremacia da Constituição; (ii) a Constituição deve deter carga de normatividade de seu texto, atribuindo-lhe força normativa capaz de inferir os modais deônticos típicos das leis infraconstitucionais²¹; e (iii) em razão da natureza das relações humanas intersubjetivas, não se pode pretender – como o idealizaram Hans Kelsen²² e Hebert L. A. Hart²³ – um direito puro, alijado de valorações próprias da essência humana e, por vezes, valorações consequentialistas; um direito não permeado por valores morais é um não direito, desprovido da necessária justiça a qual o Direito deve tributo. Com efeito, o Direito deve ser posto para a concretização da justiça.

Diante desses marcos ou fundamentos surgiu o pós-positivismo a dar azo às bases do neoconstitucionalismo, que elevou a Constituição do Estado a um patamar de norma regente das demais normas e implantou um avançado e complexo sistema de hermenêutico: a hermenêutica constitucional²⁴.

¹⁹ UNICEF. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 nov. 2021.

²⁰ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974.

²¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²³ HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁴ MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos Fundamentais: especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, p. 315-327, 2003. Cf. ainda sobre o tema, cf. as bases das doutrinas de Inocêncio Mártires Coelho (COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010), Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.240, p.1-42, abr./jun. 2005. ; BARROSO, Luis Roberto . A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo

Essa nova hermenêutica jurídica afeta ao direito constitucional não tardou e atingir o direito administrativo, primeiramente na década de 1980 na Europa Ocidental, e após a abertura política de 1988, o Brasil, com o advento da Constituição Federal. Nessa esteira, Ronald Dworkin²⁵ assinala que as normas constitucionais são de duas espécies, qualitativamente distintas, os princípios e as regras, em que os princípios possuem a característica de mandamentos de otimização, devendo ser concretizados o máximo permitido pelo direito, ao passo que as regras se caracterizam por serem mandamentos de concreção, submetendo-se ao escopo do “tudo ou nada”, compreendendo a validade ou a invalidade. Com base nessa formulação teórica de Dworkin, Robert Alexy²⁶ concebeu a sua regra da ponderação, sustentada com a idealizada fórmula do peso, com incursão na teoria do Ótimo de Pareto, para propiciar a resolução de casos complexos, a partir de ponderações de princípios constitucionais colidentes à luz do caso concreto.

Esses são dois exemplos de mudança de paradigma apresentado pela hermenêutica constitucional, com o advento do neoconstitucionalismo. Muitos outros exemplos podem ser obtidos, mas a nós, nos interessa apenas ilustrar tal transição que, primeiramente surgiu no direito constitucional e à vista de suas normas carregada de valores e que, paulatinamente, vêm se estendendo para erigir o direito constitucional, cada vez mais, ao centro do sistema epistemológico e, sem embargo, ao centro do sistema da hermenêutica do Direito, no qual se insere o direito administrativo, a ponto de se falar até mesmo em fuga do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, concepção com a qual não concordamos, pois preferimos entender o fenômeno como uma Constitucionalização do Direito Administrativo, como efeito ordinário e esperado

Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63. ; e BARROSO, Luis Roberto . **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo), Manuel Atienza (ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**: concepciones de la argumentación. Barcelona: Ariel, 2006), Antonio Osuna Fernandez-Largo (FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **El debate filosófico sobre hermenêutica jurídica**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, 1995), Johann Gottlieb Fichte (FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamentos do direito natural**. Segundo os princípios da doutrina da ciência. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012), dentre tantos outros.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, a se avolumar nas duas últimas décadas do século XX e nestas duas primeiras décadas do século XXI.

Em apertada síntese da definição do conceito de Constitucionalização do Direito Administrativo pode-se considerar, pela óptica política, a redução de ingerências do legislador ordinário no processo de execução da lei pelo Poder Executivo e pela Administração Pública, vinculando-se os entes e órgãos públicos, primeiramente, ao Poder Constituinte, originário e derivado, para a concreção dos fins público-administrativos²⁷. Pela óptica jurídica, a constitucionalização do Direito Administrativo força a retirada da lei como intermediária entre a Constituição e a execução dos fins da Administração Pública.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Brasileira de direito Público (RBDP)**, Belo horizonte, a. 4, n. 14, p. 9-53, jul./set. 2006; BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).; BARROSO, Luis Roberto . A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. ; BARROSO, Luis Roberto . **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n.1, p. 168-191, 2016.; FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, a. 51, n. 203, p. 143-164 jul./set. 2014.; BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4. n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

2. Consequências da constitucionalização do direito administrativo

Vejam os fatos, a partir de quatro antigos dogmas do direito administrativo que foram profundamente afetados pela constitucionalização do Direito Administrativo: (i) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado²⁸; (ii) o conceito de interesse público; (iii) a vinculação estrita da Administração Pública ao princípio da legalidade administrativa; e (iv) a restrição da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário²⁹.

Quanto ao dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, este, sob o amparo de doutrina de escol, reporta-se ao reconhecimento da superioridade e, destarte, da sua indisponibilidade, diante dos interesses individuais. Nessa vertente, pelo fato de o interesse público se formado por uma resultante distinta da soma dos diversos interesses individuais, sem se confundir com o interesse coletivo, lhes é superior e, assim, a ponto de forjar o Estado-administração a ser indiferente a interesses individuais, para garantir o seu interesse público. Surge dessa concepção uma classificação entre interesses públicos primário e secundário.

Quanto ao conceito de interesse público, este também foi profundamente alterado com a Constitucionalização do Direito Administrativo, na medida em que a nova hermenêutica constitucional, a influenciar a hermenêutica do Direito Administrativo constitucionalizado, impôs sustentar a identidade de sentido entre interesse público e dever de concreção dos direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais, plasmados no rol aberto da Constituição Federal de 1988³⁰, são o próprio interesse do Estado como um todo e, destarte,

²⁸ Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que o regime jurídico administrativo se fundamenta sobre dois axiomas: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade desse interesse. Assinala que a supremacia do interesse público sobre o privado “trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”. MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 70.

²⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Voto relator na apelação cível n.º 1.422. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 14, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948.; SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

³⁰ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

compreende o próprio interesse público a ser visado pela Administração Pública. Nisso, não se há de falar em interesse público que não se amolde ao texto dos direitos fundamentais constitucionais. Essa é a pioneira concepção de Marçal Justen Filho³¹, que assinalou ser o direito administrativo o ramo do direito público que regula as atividades dos entes e dos órgãos públicos, por meio de normas jurídicas que visam à concreção de direitos fundamentais. Anote-se ainda que essa elevação do interesse público à concreção de direitos fundamentais levou Jorge Miranda a refutar o uso do termo “administrado”, para defender o emprego somente do termo particular aos *extranei* que se relacionam juridicamente com a Administração pública, por entender, o autor, encontrarem-se Administração e particular em um mesmo nível de igualdade de direitos e de deveres³².

Assim, pelo vértice do pós-positivismo aplicado ao direito administrativo, de modo a refletir influência do neoconstitucionalismo e da extensão direta das normas de direito constitucional ao direito administrativo, não se permite falar em interesse público distinto do dever de concreção, pela Administração pública, de direitos fundamentais e, também, de distinção entre interesse público e interesse privado, conquanto estar este último compreendido na gama de valores dos direitos fundamentais.

Quanto ao também antigo dogma da vinculação estrita da Administração Pública ao princípio da legalidade administrativa, este, com o advento da Constitucionalização do Direito Administrativo, restou mitigado. O Princípio da

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, p. 115-136. São Paulo: Malheiros, 1999.

³² Nesse sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros tecem considerável crítica à utilização do vocábulo “administrados”, para indicar os particulares sujeitos jurídicos, envolvidos em uma relação jurídica com a Administração Pública. Ensinam que “correntemente utilizada à época da redacção da Constituição, a expressão administrados tem, entretanto, caído em desuso, por assentar numa pré-compreensão de pendor autoritário das relações jurídicas administrativas, que tende a configurar os particulares como mero objectos, passivamente subordinados à actividade da Administração Pública, quando, num Estado de Direito democrático, se reconhece que os particulares são titulares de verdadeiras situações jurídicas activas, às quais correspondem deveres na esfera jurídica das entidades públicas. Pode, assim, dizer-se que a referida expressão constitui um mero artifício semântico que, neste contexto, a linguagem normativa utiliza para precisar que o que aqui está em causa é a consagração de situações que correspondem a todo e qualquer sujeito jurídico, considerado na sua posição de particular perante a Administração Pública e os seus agentes, no exercício das suas funções” MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007. , p. 598).

Adstrição da Administração Pública à lei (princípio da legalidade administrativa, prescrito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988³³) compreende a concepção de que à Administração só é lícito agir ou se omitir à vista de previsão de lei, ou de “margem de manobra”³⁴ discricionária dada por lei, ao passo que, para o particular, permite-se lhe comportar-se, de forma ativa ou omissiva, no silêncio da lei. Trata-se, no primeiro caso, do que García de Enterría denominou de princípio da reserva da lei (para a Administração pública) e, no segundo caso, princípio da legalidade (para o particular).

A mitigação da legalidade administrativa compreende a submissão direta da Administração não mais à lei, mas, *a priori*, às normas constitucionais, abarcando, destarte, os princípios e as regras, em que os primeiros possuem forte carga axiológica e as regras, em que pese à pretensão de completude na origem, também assim se comportam, na medida em que os juízos de justificação³⁵ na elaboração das normas constitucionais se abeberam de valorações de todas as ordens em momento de preconcepção normativa. Destarte, surge sob esses vértices axiológicos mitigadores dos dogmáticos o princípio da juridicidade administrativa, que indica o dever de a Administração Pública na consecução de seus fins também públicos (interesse público à vista dos direitos fundamentais) agir conforme a lei e o Direito. Esse dever foi positivado pelo art. 2.º, Parágrafo Único, Inciso I, da Lei. 9.784/1999³⁶, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, em que afere que a “administração pública (...) possui o dever de atuar com observância da lei e do direito”. Com efeito, pela redação do texto legal há de se constatar a distinção entre lei e Direito. Neste caso, o termo lei reporta-se ao direito-texto, nos moldes do direito positivo, e o termo Direito reporta-se às normas constitucionais,

³³ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988.**

³⁴ Expressão utilizada por Seabra Fagundes (SEABRA FAGUNDES, Miguel. Voto relator na apelação cível n.º 1.422.).

³⁵ As expressões “juízo ou discurso de fundamentação” e “juízo ou discurso de justificação” são empregadas por Klaus Günther, em sua obra “Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação”, para indicar, o primeiro termo, a atividade e os motivos que serviram à aplicação da lei ao caso concreto e, o segundo termo, para definir a atividade e os motivos que determinaram a criação da lei geral e abstrata. GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

formadas por seus sistemas de valores, princípios explícitos e implícitos, e regras. Em caso de conflito ou de colisão entre lei e Direito, sob esse viés da concepção ora exposta, a atuação conforme o Direito precede à atuação conforme à lei.

Assim, sob o amparo da concepção de precedência do Direito à lei, o princípio da juridicidade, para além do efeito de mitigar ou de encerrar a intermediação da lei para a Administração Pública exercer a sua função, também pública, permite que o Estado-executivo não mais se comporte como “o fiel executor da lei”, como afirma Hely Lopes Meirelles³⁷, ou como se referia Ruy Cirne Lima³⁸, o Poder Executivo administra e “administrar é aplicar a lei de ofício”³⁹, para permitir – e até mesmo obrigar – a Administração Pública, no exercício de seu mister, atuar a par de *ex legis*, *praeter legem* e, mesmo, *contra legem*.

Na atuação *ex legis*, a Administração Pública, no exercício do juízo de valoração normativa como reflexo da nova hermenêutica administrativa, confere o texto de lei e constata que ele se encontra de acordo com os valores, princípios e regras constitucionais (mister reparar a nossa classificação tripartida qualitativa das normas constitucionais, não somente bipartida entre princípios e regras – assim entendemos à vista de considerarmos que os valores axiomáticos comportam-se como fundamento das outras duas espécies de normas constitucionais). Ao amparo desta constatação, a Administração Pública realiza o preceito legal e Constitucional implícito, na sua atividade dever-poder de concreção de direitos constitucionais, mormente de direitos fundamentais.

Na atuação administrativa *praeter legem* há, após a valoração da ordem jurídica, a constatação de que a lei é omissa quanto a o caso concreto submetido

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 91 e ss.

³⁸ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁹ Nesse sentido, Ruy Cirne Lima (LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. p. 34, 36-37) esclarece que “a palavra administração, nos quadros do direito privado, designa a atividade do que não é proprietário – do que não é senhor absoluto. (...) opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir”. Cf. ainda sobre o tema Carlos Bastide Horbach (HORBACH, Carlos Bastide. **Direito administrativo e privado na obra de Ruy Cirne Lima**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.)

à atuação estatal, permitindo e mesmo obrigando a Administração pública reportar-se diretamente à Constituição Federal, para auferir a norma concreta a ser aplicada ao caso, a partir da operação de subsunção a princípios e regras e, sem embargo a valores, na maioria das vezes, representativos de princípios implícitos. Nisso, a Administração não deixa de atuar por ausência de lei que normatize o caso. Aufere normatividade direta da própria Constituição e de sua força normativa irradiante para os ralos epistemológicos do Direito.

A atuação administrativa *contra legem*, apesar de ser sensivelmente polêmica, nada difere do cabedal teórico até aqui esposado, na medida em que permite a Administração Pública deixar de cumprir uma lei expressa por considerá-la inconstitucional. Anote-se que essa atuação estatal não requer, como comumente se entedia à luz das balizas do positivismo jurídico clássico, uma prévia autorização do Chefe do Poder Executivo nesse sentido de não cumprimento da lei. Permite-se a atuação *contra legem* direta, levada a efeito por decisão autônoma da autoridade administrativa encarregada de agir.

Sobe esse ponto da submissão da Administração Pública ao Princípio da Juridicidade mister considerar um enfraquecimento da lei para o fortalecimento dos valores, em franca harmonia com os propósitos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo de reaproximação do direito-texto com a moral, em um viés, como já ressaltado, neojusnaturalista. Entretanto, não é demais anotar que essa atuação conforme a lei e o Direito requer exaustiva fundamentação do ato administrativo, o que valoriza ainda mais a importância da motivação dos atos estatais: eis aqui uma face da hermenêutica argumentativa aplicada ao direito administrativo⁴⁰.

Quanto à restrição da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários, entendimento ordinário à luz do positivismo jurídico, ao se constatar a Constitucionalização do Direito Administrativo, com a mitigação dos três dogmas anteriores ([i] a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; [ii] o conceito de interesse público; e [iii] a vinculação estrita da Administração Pública ao princípio da legalidade administrativa), há de se

⁴⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Curitiba: CRV, 2011; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e teoria da decisão**. Curitiba: CRV, 2014.

entender que existem graus de vinculação da Administração pública à juridicidade, o que permite o afastamento do entendimento de que o mérito do ato administrativo discricionário é intocável pelo Poder Judiciário, consistindo, destarte, em análise de conveniência e oportunidade do gestor público, quanto ao motivo e ao objeto do ato administrativo. Nas esteias do neoconstitucionalismo, por outro lado, cabe ao Poder Judiciário avaliar o atendimento de todo e qualquer ato administrativo à juridicidade administrativa, compreendendo o não atendimento a uma espécie de inconstitucionalidade. Nisso, esvaziam-se os conceitos de atos administrativos discricionários e a distinção entre estes e os atos administrativos vinculados. Também – e assim se faz necessário – amplia-se a margem de poder de análise dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, reforçando ainda mais o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (princípio da ubiquidade jurisdicional vigente no Brasil como direito fundamental).

Por fim, há de se falar no importante aporte democrático que acompanha o Estado Constitucional de Direito. No âmbito do direito administrativo, isto implica na necessidade de uma maior e efetiva participação direta da coletividade administrada nas diretrizes, *v.g.*, de políticas públicas que digam respeito a esse mesmo coletivo de particulares que serão atingidos e afetados pela decisão administrativa. Como dito, o Estado Constitucional e Democrático de Direito, apoiado nos novos rumos dado ao Direito pelo neoconstitucionalismo aproxima o direito administrativo não somente da Constituição do Estado como instrumento de força normativa, mas, do mesmo modo, do povo, como legítimo titular do poder, para a manifestação direta de sua vontade.

O Direito Administrativo, como ramo jusnormativo responsável pela regulação das condutas da Administração Pública e da relação jurídica entre Administração Pública e particulares administrados, na prestação de serviços públicos, deve reconhecer essa premissa ao coletivo social, qual seja, a de exercício do direito de participar e dialogar com o Estado, para o aprimoramento de decisões adequadas aos seus destinatários.

3. A fuga para uma nova concepção de serviço público: a administração pública concretista de direitos fundamentais

Um dos mais relevantes efeitos da constitucionalização do direito administrativo compreende a necessidade de atuação conforme a lei e o Direito, consubstanciando o princípio da juridicidade administrativa⁴¹⁴². Esse fenômeno dedica-se a libertar o agir da Administração Pública de seu inicial confinamento em um ambiente somente formal, para, a partir desse marco conceptivo, dar-lhe substancia na interpretação da lei, a exemplo do que já ocorria em sede jurisdicional, com notada ampliação das funções atípicas legislativa, executiva e jurisdicional, a serviço da cooperação complexa entre os Poderes da República, na busca da aplicação do direito ao caso concreto de modo eficiente, eficaz e efetivo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Anote-se que o vocábulo “substancial” aqui é empregado no sentido de permeabilidade por valores morais, como se refere ao termo Gustavo Zagrebelsky⁴³.

O princípio da juridicidade, como alhures já assinalado, encontra-se positivado no art. 2º, Parágrafo Único, da Lei 9.784/99⁴⁴, em que se prescreve que “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de (...) atuação conforme a lei e o Direito”.

A inovação incide justamente na previsão de atuação em consonância com o “Direito”, como substrato distinto da atuação conforme a “lei”. Parte-se da premissa de que “lei” e “Direito” são conceitos jurídicos distintos e, com efeito, a atrair a utilização de diversos elementos novos, para além da concepção estrita de “lei”. Mitiga-se, destarte, o princípio da estrita legalidade administrativa⁴⁵, com a incorporação de teorias do Direito ao sistema de prerrogativas e sujeições⁴⁶ da

⁴¹ Compreende no direito italiano a *cognizione o giudizio amministrativo* ou *il giudizio legale amministrativo diretto sul fatto*, realizado pela jurisdição administrativa, em sede de contenciosos administrativo. JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezzadal processo amministrativo e mediazione giustiziale. **Rivista di Diritto Amministrativo**, a. XIV, nov. 2017. p. 1-27).

⁴² OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011. p. 152, 957 e 966.

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**.

⁴⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. v. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 50-54.

⁴⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. p. 54.

Administração, como justificantes dos métodos decisórios. Não se afasta a vinculação à legalidade, mas permita ao gestor administrativo conceber a legalidade como algo muito maior que a simples letra de lei, como, por exemplo, para permitir que o administrador público deixe de cumprir a lei, para atender a uma concepção maior de sistema jurídico, de caráter unitário, coeso e coerente⁴⁷.

Partindo-se da premissa de que cabe também à Administração Pública (a par do Poder Judiciário, o qual detém a última palavra em “dizer o Direito”) o dever de interpretar e aplicar o Direito, solucionando o caso concreto posto por lei à sua esfera de atribuição e de decisão, o princípio em comento delimita que a atuação administrativa não se confina aos preceitos legais, aos limites dados pela lei, constrita ao direito-texto. Rege-se também pelo direito-subtexto ou contexto, para abarcar os princípios, implícitos e explícitos, as regras e, notadamente os valores jurídicos que permeiam os princípios jurídicos em si.

Verifica-se, assim, que a Administração Pública, em suas ações para a concretização de decisões administrativas, submete-se a uma nova regulação de atuação, não mais adstrita a lei pura, conquanto disponíveis novos elementos, extrínsecos ao direito positivo – mas com ele coerentes –, compreendendo, destarte, o aporte, *e.g.*, das teorias gerais do direito e do processo, para as construções de atuações até mesmo contrárias a uma determinada lei isolada⁴⁸.

A juridicidade haurida à qualidade de princípio impõe a atuação da Administração não somente conforme a lei, mas também conforme o Direito como um todo. A lei é o seu ponto de partida, e o Direito, como ciência, o seu campo de atuação e, por outro lado, a sua fronteira intransponível.

Há como balizas para a Administração (i) o direito haurido da estrutura literal da lei e (ii) o direito proveniente dos valores oriundos das possibilidades de interpretação dessa mesma lei, com fundamento em abertura normativa, de característica plurissignificativa e, mesmo, evolutiva. Não se trata de tese nova.

⁴⁷ Sobre as características o ordenamento jurídico: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

⁴⁸ Quanto à defesa da possibilidade de juridicidade administrativa constitucional *contra legem*, cf. Albuquerque Júnior (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. **Juridicidade contra legem no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010).

Já esposada por Eduardo García de Enterría, na obra “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*”, em comentários ao artigo 103.1 da Constituição da Espanha⁴⁹, Artigo 103.1, em que esclarece que a Administração Pública, no uso de seu direito de ação procedimental deve agir “*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho [y] examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto que presupone de manera inequívoca que existe un Derecho que tiene otro origen distinto del de la Ley*”⁵⁰.

Assegura, portanto, que toda a atividade do Estado no exercício da função administrativa pauta-se em regras de comportamento que previamente autorizam a sua ação ou omissão (legalidade estrita), sem embargo de, imprimindo um viés ampliativo, utilizá-las, as leis, os sistemas jurídicos e suas teorias, de modo a incluir os princípios e os valores implícitos, decorrentes das leis e da ordem jurídico-normativa como um todo, para fundamentar as suas decisões.

A doutrina tem denominado essa ampliação que vai para além das fronteiras da legalidade estrita como “bloco de legalidade”, na medida em que estende as margens dos institutos jurídicos justificantes da atuação administrativa, validando-a, desde que, partindo da legalidade estrita, mantenha-se dentro da Ciência do Direito⁵¹. Com isso, podemos considerar, *exempli gratia*, a deferência à força normativa dos princípios implícitos da ordem jurídica em seu contexto – identificação de valores jurídicos afetos ao sistema jurídico como unidade –, para a fundamentação de decisões administrativas, inclusive com o fim de concretização direta de direitos fundamentais, refletindo o viés mais explícito da constitucionalização do direito administrativo.

Importa, com isso, em uma Administração juridicizada, permeada pelas noções de ordenamento jurídico, sistema jurídico, normas-princípios, normas-regras, assim como valores neles contidos, decorrentes desse ordenamento

⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Constituição Espanhola**. 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em 10 nov. 2021.

⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 93.

⁵¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. p 967.

regente de seu agir ou de seu omitir, a construir, paulatinamente, o conceito de serviço público concretista de direitos fundamentais.

Considerações finais

Em linhas de conclusão, mister apontar que o Direito Administrativo surgiu na Europa Ocidental, especialmente pelas vias dos teóricos franceses e alemães, a exemplo de Leon Duguit, Maurice Hauriou e Otto Mayer, sob uma forte concepção juspositivista, que acompanhou *pari passu* o Direito Constitucional em épocas de positivismo jurídico e, sem embargo, também no momento da transição paradigmática do positivismo para o pós-positivismo jurídico neoconstitucionalista, a ponto de sofrer fortes influências dessa mudança.

Esse fenômeno resultou na ruptura ou no enfraquecimento dos principais pilares de um ultrapassado Direito Administrativo, fundado em dogmas que não mais atendiam às necessidades de uma Administração Pública comprometida com o dever de concreção de direitos fundamentais, como sinônimo do escopo teleológico da Administração, na realização do bem comum do corpo social.

Nesse contexto de transição, desenvolveu-se o princípio da juridicidade administrativa, a sustentar que à Administração Pública, como função executiva do Estado e em consonância com os demais Poderes estatais, também responde pelos fins do Estado e, assim, também é responsável pela realização de direitos fundamentais e isso se deve operar de modo direito, sem a interferência, *prima facie*, por exemplo, do Poder Judiciário.

Vale dizer, sob essas balizas, que a juridicidade administrativa amplia a margem de dever-poder de a Administração Pública, na consecução de seus fins e entrega de serviços públicos, interpretar a ordem normativa infraconstitucional à luz da Constituição do Estado, permitindo a aplicação direta dos valores, princípios e regras, concernentes aos direitos fundamentais identificados pela ordem jurídica.

A transição é deveras salutar, rompendo também com o dogma de que só ao Poder Judiciário cabe a proteção e a concreção de direitos, conquanto a

nova teoria dedicar-se a diluir responsabilmente esses deveres-poderes a todas as Funções do Estado, todavia, à luz de suas particulares regras de competência.

Por fim, em um autêntico Estado Constitucional e Democrático de Direito, o coletivo social, destinatário do exercício do direito administrativo pelo Estado deve participar do processo de formação das decisões administrativas e, nomeadamente, daquelas que dizem respeito às definições das diretrizes de políticas públicas. Há de se interpretar as normas de direito administrativo primando pela deferência de uma maior participação da sociedade civil organizada no processo decisório do Estado-administração, dotando esse ramo do direito público de novas habilidades exegéticas para a solução de novos problemas de gestão pública.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. **Juridicidade contra legem no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. v. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

ARENDT, Hannah . **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**: concepciones de la argumentación. Barcelona: Ariel, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.240, p.1-42, abr./jun. 2005.

BINENBOJM, Gustavo . A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de direito Público (RBDP)**, Belo horizonte, a. 4, n. 14, p. 9-53, jul./set. 2006.

BINENBOJM, Gustavo . A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 1-44, mar./maio 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4. n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto . **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n.1, p. 168-191, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Curso de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Curitiba: CRV, 2011.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e teoria da decisão**. Curitiba: CRV, 2014.

DUGUIT, Léon. **Des Fonctions de l'État Moderne**: étude de sociologie juridique. Paris: V. Giard et E. Brière, 1894.

DUGUIT, Léon. **Études de droit public II**: L'État, les gouvernants et les agents. Paris: Albert Fontemoing, 1903.

DUGUIT, Léon. **Le droit constitutionnel et la sociologie**: extrait de la revue internationale de l'Enseignement du 15 novembre 1889. Paris: Armand Colin et Cie, Éditeurs, 1889.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, a. 51, n. 203, p. 143-164 jul./set. 2014.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **El debate filosófico sobre hermenêutica jurídica**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, 1995.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamentos do direito natural**. Segundo os princípios da doutrina da ciência. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Traducción Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. I. Petrópolis: Vozes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. II. Petrópolis: Vozes, 2014.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

HAURIOU, Maurice. **Principes de droit public**. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

HAURIOU, Maurice. **La gestion administrative**: étude théorique de droit administratif. Paris: Éditions Dalloz, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HORBACH, Carlos Bastide. **Direito administrativo e privado na obra de Ruy Cirne Lima**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezzadal processo amministrativo e mediazione giustiziale. **Rivista di Diritto Amministrativo**, a. XIV, nov. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, p. 115-136. São Paulo: Malheiros, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomos I, II e III. Traducción Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia 1**: lições preliminares. Tradução Guillermo de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos Fundamentais: especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, p. 315-327, 2003.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Voto relator na apelação cível n.º 1.422. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 14, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. Petrópolis: Vozes, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **Constituição Espanhola**. 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em 10 nov. 2021.

UNICEF. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 nov. 2021.

VASAK, Karel. **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Vols. I, II e III. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008.