

**REFLEXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO  
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO:  
*UM OLHAR PARA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE***  
**NEOCONSTITUTIONALISM AND ITS REFLECTS ON THE BRAZILIAN  
ADMINISTRATIVE LAW:  
*A LOOK AT THE PRINCIPLE OF LEGALITY***

**RESUMO:** O direito é ciência valorativa visto que não há como regulamentar as relações humanas sem considerar as condicionantes axiológicas inerentes ao meio social. As regras não são suficientes para regulamentar o complexo cultural em que o ser humano está inserido, logo a lei não pode ser a fonte exclusiva do Direito, mas a Constituição deve ser tomada como norma suprema, por exprimir pelos princípios os valores do povo. Perante essa referência normativa, o Direito deve ser relido à luz dos valores constitucionais. Com isso, o presente trabalho visa explorar a nova leitura do princípio da legalidade frente ao fenômeno do neoconstitucionalismo demonstrando a necessidade de adequação do direito administrativo ao sistema dos direitos fundamentais e à principiologia constitucional. Para tanto, conhecer-se-á o fenômeno do neoconstitucionalismo a fim de estabelecer seus reflexos no Direito Administrativo e a mudança interpretativa do princípio da legalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito administrativo. Neoconstitucionalismo. Princípio da legalidade.

**ABSTRACT:** Law is a valuing science since there is no way to regulate human relations without considering the axiological constraints of the social environment. The rules are not sufficient to regulate the cultural complex in which human beings are inserted, thus, they can not be the exclusive source of the Law. However, the Constitution must be taken as the supreme norm for representing the values of people through principles. Given this normative reference, Law should be reinterpreted in the light of constitutional values. This study aims to explore the new approach to the principle of legality before the neoconstitutionalism phenomenon, demonstrating the need to adequate the Administrative Law to the set of fundamental rights and constitutional principles. Therefore, neoconstitutionalism phenomenon will be explored so that its reflects on the Administrative Law and the interpretative shift in the principle of legality can be understood.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Neoconstitutionalism. Principle of Legality.

## **INTRODUÇÃO**

O fenômeno do neoconstitucionalismo provocou a releitura dos diversos ramos do Direito pela ótica da principiologia e dos direitos fundamentais. A Constituição se estabeleceu como centro normativo do sistema jurídico com irradiação de seus valores para toda legislação. Assim, houve mudança do núcleo normativo do

Direito, a lei que antes era fonte exclusiva passou a se submeter à supremacia normativa da Constituição. Perante esse cenário, o presente trabalho tem como objetivo geral explorar como o neoconstitucionalismo refletiu na esfera do direito administrativo, principalmente sobre o princípio da legalidade, um dos paradigmas dessa disciplina.

Para tanto a metodologia empregada será a pesquisa bibliográfica por meio de exame de livros, capítulos de livros, artigos em periódicos, anais de congresso e outros textos científicos encontrados em bibliotecas e na rede *Internet* para o enfrentamento das questões conceituais que a temática comporta com emprego do método dedutivo e do procedimento técnico de análise textual, temática e interpretativa.

Inicialmente, apresentar-se-á o processo histórico de concepção do neoconstitucionalismo primeiramente no seu berço na Europa Continental e em seguida no cenário brasileiro. Posteriormente, buscar-se-á a compreensão do que é neoconstitucionalismo com exposição de diversas conceituações sobre o tema que servirão de substrato para posterior identificação das características que possibilitam o reconhecimento do neoconstitucionalismo.

Logo após, adentrar-se-á numa abordagem específica sobre o direito administrativo, em que se fará primeiramente uma breve explanação histórica de sua concepção identificando as fontes que sustentaram sua formação. Conhecer-se-á o fenômeno da constitucionalização e sua ligação ao neoconstitucionalismo com delimitação de sua incidência no direito administrativo. Para, por último, trabalhar o princípio da legalidade desde seu estabelecimento com o Estado de Direito até sua atual modelagem pela ótica do neoconstitucionalismo.

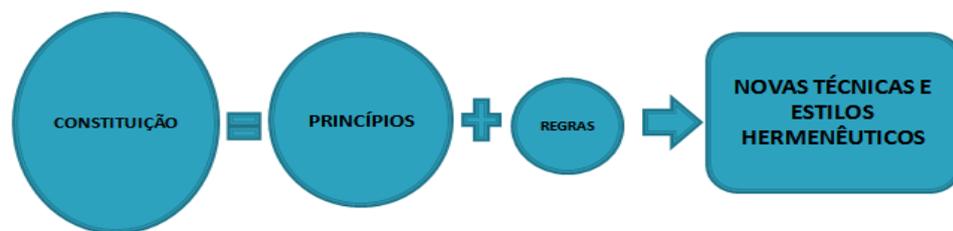
## **1 O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: MARCO HISTÓRICO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.**

### **1.1 MARCO HISTÓRICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Na Europa Continental até a segunda guerra a lei era tida como fonte principal e quase exclusiva do Direito, sendo que a Constituição não passava de documento político sem efeito jurídico vinculante. Todavia, depois da segunda guerra a

Constituição passa a ser tratada como autêntica norma jurídica. As Constituições europeias passam a apresentar nova composição jurídica com privilégio normativo aos princípios. Segundo Sarmiento, “[...] boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são em grande parte, princípios e não regras” (2009, p. 118). Assim, é nesse contexto de nova roupagem constitucional que as concepções do neoconstitucionalismo se manifestam sendo que a reestruturação normativa da Constituição culmina em necessidade de mudança hermenêutica para leitura constitucional como demonstra a figura representativa abaixo:

#### COMPOSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PELA RELEVÂNCIA NORMATIVA



Segundo Luís Roberto Barroso, as referências principais para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo na Europa continental são

[...] a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã [03]), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. [...] a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional (2008).

O termo neoconstitucionalismo teve sua origem na Espanha e na Itália, não é termo adotado no constitucionalismo norte-americano, juristas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsk, Luigi Ferrajoli apesar de serem tomados como pensadores para embasamento dos adeptos do neoconstitucionalismo, não se denominam neoconstitucionalistas.

No Brasil, a Constituição de 1988 é marco histórico do revigoramento do direito constitucional no país. Nasce como manifestação reacionária ao antigo regime autoritário na busca de uma reconstrução democrática do país. Há dois momentos importantes de identificação do neoconstitucionalismo brasileiro (SARMENTO, 2009, p. 215), o primeiro pelo tratamento da Constituição como norma jurídica com necessidade de sua aplicação direta pelos juízes. Tal entendimento foi introduzido por autores como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, Sarmento explica que

[...] o que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes (2009, p. 125).

O segundo momento é identificado com a introdução no país das teorias pós-positivistas por juristas como Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau influenciados, dentre outros, por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Pela teoria pós-positivista, tem-se discussões sobre temas como principiologia, técnica interpretativa de ponderação, teoria dos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se o retorno para os cursos de pós-graduação em Direito de discussões entre a relação do Direito com a Moral, uma ênfase na produção acadêmica sobre a teoria dos princípios ressaltando sua normatividade e a constitucionalização de diversos ramos do Direito. Hodiernamente, as tendências do neoconstitucionalismo inaugurados pela Constituição de 1988 permanecem exalando seus efeitos no sistema jurídico, nas discussões jurídicas os princípios são a pedra de toque da argumentação, as novas técnicas interpretativas como a ponderação são constantemente invocadas por nossa Corte Constitucional. Logo, os reflexos do neoconstitucionalismo no direito brasileiro são contemporâneos.

Após essa contextualização histórica sobre o desenvolvimento do neoconstitucionalismo nos voltamos à apresentação de algumas de suas conceituações a fim de se atingir os denominadores comuns capazes de identificá-lo.

## **1.2 CONCEPÇÕES CONCEITUAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Perante uma análise gramatical do termo neoconstitucionalismo, percebemos uma formação de palavra por composição pela junção do radical “neo” a palavra constitucionalismo. Sabemos que “neo” significa novo, logo o primeiro significado que

poderíamos abstrair o termo neoconstitucionalismo seria novo constitucionalismo, apesar da obviedade dessa afirmação, ela se faz necessária para traçarmos a relação do neoconstitucionalismo com o constitucionalismo a fim de se identificar o que de inovador o primeiro termo traz. Segundo Carbonell “não são poucos os autores que se perguntam se em realidade há algo novo no neoconstitucionalismo ou se trata apenas de uma etiqueta vazia [tradução nossa]” (2010, p. 153). Nesse sentido, Mauro Barberis explica que

*El término “neoconstitucionalismo”, empleado con frecuencia sobre todo en el debate filosófico-jurídico, reenvía evidentemente a “constitucionalismo”, término a su vez usado para indicar al menos tres cosas distintas, aunque conectadas entre sí. En un primer sentido, muy lato, “constitucionalismo” reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del Derecho; en segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la Idea de Constitución como instrumento para limitar el poder político; en terceiro sentido – estrictísimo, y no del todo adecuado – indica (la doctrina de) el Derecho constitucional. (2003, p. 259-260)*

O jurista afirma que o neoconstitucionalismo retorna pelo menos aos dois primeiros sentidos do constitucionalismo, ou seja, ao governo do Direito e a Constituição como instrumento limitador do poder político o que sustentaria a adequação da terminologia criada.

Segundo Comanducci, o termo neoconstitucionalismo comporta três acepções: teoria, ideologia e metodologia. Nas palavras do jurista “*El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente una ideología y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente com la positivista*” (2003, p. 259-260). Como teoria o neoconstitucionalismo visa descrever o processo de modificação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos que se contrapõe a teoria do positivismo vigente anteriormente. Esse novo modelo é caracterizado pela positivação dos direitos fundamentais e pela presença de princípios nas Constituições, por peculiaridades nas técnicas interpretativas para aplicação das normas constitucionais em relação à técnica interpretativa usada pelo positivismo para lei. Como ideologia o neoconstitucionalismo se distingue do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX por não ter como objetivo central a limitação do poder estatal, mas sim a garantia dos direitos fundamentais. Como método o neoconstitucionalismo

promove a comunicação necessária entre Direito e Moral, o que era rejeitado pelo positivismo metodológico.

Sanchís também apresenta três desdobramentos para compreensão conceitual do neoconstitucionalismo. Com a indagação *¿Qué puede entenderse por neoconstitucionalismo?* (2003, p. 123), o jurista responde que primeiramente o neoconstitucionalismo é um modelo institucional de certa forma de organização política; em segundo, uma teoria do direito para explicar a cultura jurídica contemporânea; em terceiro, uma ideologia em que uma de suas dimensões é considerar a filosofia política que trata o Estado Constitucional de Direito como a melhor forma de organização política, outra de caráter metodológico que sustenta a vinculação necessária entre direito e moral e uma última que propõe uma visão crítica e não só descritiva do Direito.

No âmbito jurídico brasileiro, Barroso traz a seguinte conceituação para neoconstitucionalismo:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional [...] identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinaladas, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (2007).

O Professor Schier observa que o neoconstitucionalismo é o movimento que trouxe luz contra a escuridão do positivismo com sua lógica subsuntiva de interpretação. A ligação do direito com a moral, o reinado da principiologia, as novas técnicas interpretativas de ponderação, certa interpretação criativa dos magistrados são todos elementos do neoconstitucionalismo que concedem luminosidade ao sistema jurídico. (2005).

Numa abordagem conceitual mais concisa, Rodrigues afirma que “o neoconstitucionalismo significa uma gama de fenômenos no âmbito do Direito

Constitucional, que, em conjunto, acabaram por gerar uma constitucionalização do Direito como um todo” (2012).

Por fim, na conceituação de Rossi em que se entenda o termo constitucionalismo contemporâneo como neoconstitucionalismo:

O constitucionalismo contemporâneo estabelece a recepção, no ordenamento jurídico, da moral, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo quer promover o reencontro do Direito com os valores, rematerializando-o. A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separa herméticamente o Direito da Moral, torna-se, cada vez mais, insuficiente para dar solução a gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação (2008).

Perante as diversas conceituações apresentadas, nos voltemos para identificação das características coincidentes que seriam determinantes para identificação de uma manifestação neoconstitucionalista.

### **1.3 CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Ao se analisar o tratamento conceitual de Camanducci, pode-se abstrair das três acepções apresentadas as seguintes características para o neoconstitucionalismo: positivação dos direitos fundamentais e preocupação com sua garantia, valorização dos princípios, emprego de novas técnicas interpretativas e vinculação do Direito a Moral. Em Sanchís observamos as características de preocupação com a compreensão do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, com a positivação do sistema de direitos fundamentais e a supervalorização principiológica, a vinculação entre Direito e Moral e valorização do Estado Constitucional de Direito.

Na doutrina brasileira, a conceituação de Barroso já pontua explicitamente diversas características do neoconstitucionalismo. Com a conceituação de Amélia Sampaio Rossi se percebe as características de novas técnicas interpretativas para normas constitucionais em contraposição a simples subsunção do positivismo, a vinculação entre Direito e Moral e a positivação dos direitos fundamentais. Assim fica evidente a coincidência de diversas características nas conceituações do neoconstitucionalismo.

Com isso, Vale aponta que

Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral. (2007)

Sarmento identifica três pontos de convergência para identificar o neoconstitucionalismo: construções de novas teorias que sejam compatíveis com as mudanças da cultura jurídica, ou seja, mudança da lógica formal para a ideia do razoável método compatível para interpretação das normas constitucionais com relevância principiológica; abertura do direito para o debate moral, sendo que alguns juristas aceitam apenas a ligação contingente entre as esferas como Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Ricardo Guastini e Suzana Pazzolo e outros atestam por uma conexão necessária entre direito e moral como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino; por fim, o último ponto de convergência seria o foco no poder judiciário, visto que no neoconstitucionalismo o juiz é o grande protagonista. (2009, p. 120)

Com isso, o jurista apresenta as seguintes características centrais do neoconstitucionalismo: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica como a ponderação, reconhecimento da defesa da constitucionalização do Direito e destaque do judiciário.

Sendo a constitucionalização do Direito, uma das características do neoconstitucionalismo, passemos a análise de seus reflexos na esfera do direito administrativo.

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Para possibilitar a compreensão dos reflexos do neoconstitucionalismo no direito administrativo brasileiro e a releitura do princípio da legalidade. Primeiramente, é necessário entender a concepção do direito administrativo por meio de uma breve

abordagem histórica que demonstre como a fundamentação jurídica da disciplina se desenvolveu desde sua concepção até agora, em seguida delimitar a constitucionalização do direito administrativo para por último abordar a releitura do princípio da legalidade como reflexo do neoconstitucionalismo.

## **2.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Segundo Mello (2007, p.47), para se entender a origem do Direito Administrativo o marco histórico é o Estado de Direito. Sabe-se que o Estado de Direito é aquele em que a sociedade e o próprio Estado estão submissos à regência do sistema jurídico. Contrapõe-se a estrutura do Estado Absolutista que apenas impõe as leis, mas a elas não se submete. Assim, para se conhecer a origem do Direito Administrativo vamos realizar a seguinte breve digressão histórica: antes e depois do Estado de Direito.

Mello (2007, p.41) afirma que não há que se falar em Direito Administrativo antes do Estado de Direito, visto que antes o Estado não estava enclausurado pela ordem jurídica. Existia apenas o Direito Civil para reger as relações privadas, o Estado estava alheio a essa regência, logo não há que se falar em Direito Administrativo pois esse é voltado para o comando jurídico do Estado no exercício da função administrativa. Ao contrário de Mello que nega qualquer resquício do direito administrativo antes do Estado de Direito, Di Pietro (2008, p.1), afirma que apesar do direito administrativo nascer como ramo autônomo do Direito apenas no século XVIII para o século XIX, anteriormente já existia normas administrativas, visto que onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas, só que tais normas não faziam parte de um ramo autônomo mas apenas integrava o direito civil.

O Estado de Direito, fruto da Revolução Francesa, surge em contraposição ao Estado Absolutista, opõe-se à arbitrariedade e ao autoritarismo do antigo regime, pois no Estado de Direito, o próprio Estado está submisso à lei. Perante essa nova lógica estatal surge o direito administrativo para regulamentar a atividade da Administração Pública para sujeitar o poder estatal a lei era preciso de normas próprias com fundamentos diferentes do direito civil já que esse regia as relações entre particulares e era inepto para reger vínculos de outra índole, era preciso normas que atendessem as peculiaridades do Estado.

Então, Mello afirma “o que hoje conhecemos por “Direito Administrativo” nasceu na França” (2007, p. 38) com a seguinte progressão histórica: Em 1789, com isso início da Revolução Francesa vieram os ideais de mudança para estruturação do Estado. Os revolucionários franceses após a revolução tinham séria preocupação em promover rígida separação dos poderes, como meio de se protegerem da experiência tida com o Judiciário no Antigo Regime que resultou na Revolução. Bandeira de Melo aponta que “após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo” (2007, p. 40). Segundo o autor essa manifestação da separação dos poderes era “uma forma eufêmica de traduzir a prevenção que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário [...], o qual além de arraigado conservantismo, de fato invadia competências administrativas e arvorava-se em administrador” (2007, p. 40).

No ano 1790 publicou-se a lei 16 – 24 agosto que estabeleceu a separação entre as funções do Estado sob pena de atribuição de crime funcional aos juízes que intervissem nas questões administrativas. Tendo continuado as violações entre a separação querida das funções, em 1795 proibiu-se que os tribunais conhecessem atos da Administração. Com isso, a própria Administração julgaria as contendas proposta contra ela. Esse período ficou conhecido como sistema do Administrador-Juiz e perdurou até o fim da Revolução Francesa quando Napoleão Bonaparte assumiu e iniciou a modificação do sistema. No ano de 1799 ocorreu a criação do Conselho do Estado, órgão que seria determinante para concepção do direito administrativo. Inicialmente, esse órgão tinha natureza apenas consultiva, propunha decisão a ser tomada pelo Chefe de Estado em matéria recursal. Em 1872, foi extinta a necessidade de homologação da decisão proposta pelo Conselho de Estado, mas permaneceu o poder do Chefe de Estado de revisá-la. Esse sistema ficou conhecido como Justiça delegada, mas permanecia em primeira instância o sistema administrador-juiz. Em 1889, por decisão do próprio Conselho de Estado foi transferido para ele competência plena de decisão em contencioso administrativo. Surgiu então na França o sistema de dualidade da jurisdição ou contencioso administrativo, em que o Tribunal do Poder Judiciário e separadamente, o Tribunal Administrativo tinha competência para dizer o direito com força de coisa julgada, ou seja, apresentavam voz jurisdicional. Nesse sentido, Di Pietro explica que

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da **jurisdição administrativa** (o **contencioso administrativo**), ao lado da **jurisdição comum**, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição (2008, p. 4).

As decisões desse Conselho de Estado foram a grande base teórica para construção do direito administrativo que se difundiu da França para outros países, inclusive para o Brasil, só que aqui sem a adoção do sistema dual.

Perante essa perspectiva ideológica apresentada da concepção do direito administrativo, Gustavo Binenbojm nega veemente a relação da origem do direito administrativo com o Estado de Direito e a teoria da separação dos poderes, visto que para ele “o direito administrativo, nascido da superação do Antigo Regime, serviu como instrumento teórico para a preservação daquela mesma lógica de poder” e “do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas” (2007). Segundo o jurista, “[...] as categorias básicas da disciplina não surgiram da sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, mas antes de uma autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade” (2007).

Assim, as primeiras premissas estruturantes do direito administrativo buscavam a manutenção do princípio da autoridade e não a promoção de ideais democráticos. Posterior à origem do direito administrativo, incorporou-se a disciplina o que Binenbojm denominou de “*vertente garantística*, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos” (2007). Com isso, o direito administrativo se desenvolveu conciliando paradigmas contraditórios, de um lado premissas sustentadoras do poder de outra tentativa de controle popular.

Um dos paradigmas do direito administrativo é o princípio da legalidade que será analisado após a apresentação do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo.

## **2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

A constitucionalização do Direito é fenômeno intrínseco ao neoconstitucionalismo, consiste na interpretação extensiva e radiante dos direitos fundamentais e princípios mais importantes da ordem constitucional (2009, p. 117). Se

pelo neoconstitucionalismo tem-se a inserção nas Constituições de vasto sistema de direito fundamentais e relevância normativa dos princípios exigindo mudança interpretativa, esse fenômeno não fica restrito ao direito constitucional, visto que o Direito estabelecido como sistema encontra seu fundamento axiológico na Constituição que irradia para as demais esferas jurídicas ou microssistemas jurídicos culminando no fenômeno da constitucionalização.

Guastini explica que a constitucionalização é um processo de transformação do ordenamento jurídico que o deixa impregnado das normas constitucionais. O ordenamento jurídico constitucionalizado é identificado por uma Constituição capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os políticos, a sociedade (2007, p. 153). Assim, falar em Constitucionalização do direito administrativo no Brasil é verificar se a vasta gama de direitos fundamentais e a regência principiológica da “Constituição Cidadã” brasileira tem refletido na leitura dessa esfera jurídica.

Apesar do direito administrativo e do direito constitucional terem origem no mesmo contexto histórico, as duas disciplinas se desenvolveram inicialmente sem comunicação. Somente após a Segunda Guerra, com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo é que o fenômeno da constitucionalização iria incidir no Direito Administrativo. As constituições italiana e alemã foram as primeiras a terem dispositivos sobre a Administração Pública na Carta Magna. No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe vasta regulamentação sobre a matéria da Administração Pública em seu texto.

Barroso explica que

[...] três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados. (2007)

A tentativa de constitucionalizar o direito administrativo não é missão fácil, Justen Filho explica que “em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito tempo deixou de existir” (2005, p. 76). Por isso, a necessidade de

constitucionalizar o direito administrativo, ou seja, “impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados” (2005, p.76). É necessário que a supremacia da Constituição não seja apenas discurso político, mas se concretize na atividade administrativa do Estado.

Para Binenbojm, “Talvez o aspecto mais importante dessa constitucionalização do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, visto estes como *núcleos de condensação de valores*”(2008). A legalidade antes do neoconstitucionalismo já era norma imperativa no âmbito administrativo, todavia, importa-nos investigar a modificação que o constitucionalismo contemporâneo traz a leitura desse princípio.

### **2.3 A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Como afirmado pela abordagem histórica, na doutrina tradicional o surgimento do direito administrativo é contemporâneo ao Estado de direito, com isso pode-se afirmar que o princípio da legalidade surge inicialmente como expressão normativa desse Estado de Direito e sofre mutações em seu conteúdo ao longo da história assim como sofre o próprio Estado de Direito. Como o Estado de Direito que inicialmente resumia sua concepção normativa a lei, o princípio da legalidade incidia no direito administrativo apenas com o fundamento da lei como fonte principal do Direito tendo a Constituição apenas com mero instrumento político sem promoção de vinculação jurídica. Nessa perspectiva, a legalidade era tratada estritamente como dever de vinculação à lei: a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina ou autoriza. Perante a compreensão que a Administração Pública não age por vontade própria, como é o caso do particular, mas apenas manifesta a vontade da lei, a legalidade era o comando normativo que expressava essa vinculação volitiva da Administração Pública à lei.

Numa visão tradicional da legalidade incidindo no exercício da função administrativa, Fagundes afirma que “administrar é aplicar a lei de ofício” (2005, p. 3).

Todavia, o paradigma da legalidade nesses moldes que erroneamente as vezes ainda é proferido até hoje, não se sustentou perante a crise da lei e o advento do neconstitucionalismo. Binenbojm explica que

[...] o surgimento do Estado providência criou para a Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo administrativo formal. (2008)

Assim, a lei não é mais suficiente para reger a complexidade do meio social, logo a Administração Pública não mais restringirá sua manifestação à vinculação legal, a regência constitucional comandará a vontade do Estado.

Segundo Binenbojm,

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição com cerne da vinculação administrativa à juridicidade. (2008)

Perante essa releitura do princípio da legalidade por reflexo da constitucionalização do direito administrativo apresenta-se uma nomenclatura mais adequada ao princípio: juridicidade. Segundo Rocha, “a transformação não é apenas do nome do princípio, mas do seu significado e, em especial, do seu conteúdo” (1994, p. 70). A Constituição brasileira de 1988 consagrou no *caput* do art. 37 a legalidade como princípio da Administração Pública adotando nomenclatura antiga, todavia esse princípio deve ser interpretado não naquela visão da lei como fonte primordial, mas expressando os fundamentos que o Estado Democrático de Direito estampa.

Ao contrário do princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal que consiste em direito fundamental individual do cidadão pautado liberdade por lhe permitir fazer tudo aquilo que a lei não proibir. O princípio da legalidade previsto para Administração Pública atribui-lhe dever de atuação e expressa sua ausência de liberdade. Nesse sentido, Rocha muito bem explica

É que a pessoa jurídica com capacidade política, como é o Estado, é criação do ser humano. Este ao criar a pessoa jurídica, deu-lhe tudo o que podia criar à sua imagem e semelhança. Só não pode criar para ela uma alma, uma vida anímica, pois este é o elemento que escapa ao toque criador e limitado do homem. Por isso, o ser humano dotou a pessoa por ele criada, como o é a pessoa jurídica, de tudo quanto pode

a sua capacidade inventiva inaugurar, menos a liberdade, pois está é a manifestação que supera o próprio homem: a sua alma, a sua vida emocional e psíquica que se traduz na experiência de sua liberdade. (1994, p. 81-82)

Como a criação do Estado se dá pelo Direito, a Administração Pública está vinculada a expressão do sistema jurídico. Assim a autora afirma que “o princípio da juridicidade administrativa significa, portanto, que a Administração Pública é o Direito em um de seus momentos: o de sua dinâmica” (1994, p. 82). O princípio da juridicidade é mais amplo do que a tradicional concepção do princípio da legalidade, já que pelo princípio da juridicidade a Administração está sujeita à regência do Direito e o Direito não se resume apenas a lei mas sim num conjunto normativo composto por valores, princípios e regras em que na Constituição se encontra a supremacia normativa. Georges Dupuis e Marie-José Guedon afirmam que “o princípio da legalidade corretamente definido, significa que a Administração deve respeitar as leis, e inclui-se num princípio mais amplo: o princípio da juridicidade” (1991, p. 71). Da afirmação dos juristas é útil essa compreensão da amplitude do princípio da juridicidade (legalidade lato senso) que extrapola a mera legalidade (em sentido estrito) o que podemos visualizar na representação figurativa abaixo:



Assim, o princípio da juridicidade comporta a obediência a todas as normas do sistema jurídico em todos os graus hierárquicos desde os princípios e regras constitucionais até os atos administrativos. Percebe-se a releitura do tradicional princípio da legalidade para o hodierno princípio da juridicidade como fruto da constitucionalização do direito administrativo por promover a incidência dos fundamentos do Estado Democrático de Direito aos paradigmas do direito administrativo como é o caso do princípio da legalidade ao impor uma interpretação valorativa do Direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após se perpassar por um breve histórico da concepção do neoconstitucionalismo identificando seu berço na Europa Continental pós-segunda guerra e sua incidência no Brasil a partir da Constituição de 1988. Apresentou-se diversas conceituais do neoconstitucionalismo das quais foi possível identificar como suas características essenciais a valorização dos princípios, a adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica como a ponderação, o reconhecimento da constitucionalização do Direito e a superexaltação do judiciário.

Em seguida, buscou-se explorar a incidência do neoconstitucionalismo no direito administrativo, para tanto se conheceu breve histórico de sua concepção destacando que a principal fonte para criação da disciplina não foi legislativa mas sim jurisprudencial por meio do Conselho de Estado da França. Depois, entendeu-se como ocorreu a constitucionalização do direito administrativo com apontamento da dificuldade de se aplicar à disciplina o sistema dos direitos fundamentais. Por último, apresentou-se a legalidade como pilar do direito administrativo desde sua concepção, todavia destacou-se a necessidade perante o fenômeno do neoconstitucionalismo e a própria alteração de conteúdo do Estado de Direito da alteração da mera legalidade para regência princiológica e dos direitos fundamentais a fim que a Administração Pública realize os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Percebemos que o Direito como ciência cultural não é passível de ser compreendido de forma avaliativa. Logo, o direito administrativo como esfera do macro sistema jurídico deverá ter seus paradigmas não instituídos de forma isolada, mas de acordo com a supremacia constitucional. Seus princípios devem expressar os valores do povo estampados na Constituição e não se voltarem para uma lógica alienada da Administração Pública. O princípio da legalidade determina a submissão da Administração Pública não apenas as regras mas também aos valores do sistema jurídico. Deve-se sair da escuridão promovida pela restrição do Direito a Lei visto que a Justiça é um valor não há como realizá-la enclausurando o Direito na restrição de uma regra.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**. In: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 06 de jun de 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>. Acesso em: 11 de jun de 2012.

BRASIL. SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

BRASIL. MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS. Disponível em [http://www.controlepublico.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&Itemid=54&id=1921:presidente-do-tcemg-explica-vantagens-do-termo-ajustamento-de-gestao](http://www.controlepublico.org.br/index.php?option=com_content&view=article&Itemid=54&id=1921:presidente-do-tcemg-explica-vantagens-do-termo-ajustamento-de-gestao). Acesso em 4 de jul 2012.

CARBONELI, Miguel. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis**. In: El canon neoconstitucional. Madrid: IIJ-UNAM, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José. **Droit administratif**. 3. ed. Paris: Armand Colin, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm). 2005

GUASTINI, Ricardo. *Estudios de la teoría constitucional*. México: IIJ-UNAM-Forntamara, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Neoconstitucionalismo e legalidade administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais.** Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29280.pdf/rev630309NeoconstitucionalismoPrincipiollegalidade.pdf>. Acesso em 04 de jul 2012.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais.** In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI.** Salvador: 19, 20 e 21 de junho de 2008. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf). Acesso em: 06 de jun de 2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** In: **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma o Estado (RERE).** Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 4 – out/nov/dez de 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em 04 de jul de 2012.

VALE, André Rufino do. **Aspectos do neoconstitucionalismo.** In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.** Disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre\\_Rufino\\_do\\_Vale.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf). Acesso em: 06 de jun de 2012.