VITOR RHEIN SCHIRATO

DIREITO ADMINISTRATIVO

Genealogia, Transformações e Dogmática

2025

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Seção 2

REVISÕES FUNDAMENTAIS NA DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Plano da Seção: 2.1. Introdução; 2.2. A nova ciência do Direito Administrativo; 2.3. Quatro revisões fundamentais da dogmática do Direito Administrativo; 2.4. Notas de conclusão.

2.1. INTRODUÇÃO

Como tivemos a oportunidade de anotar no Capítulo 2 deste trabalho, a ciência do Direito Administrativo, no Brasil, apresenta uma série de falhas estruturantes. Além de não apresentar uma lógica clara em seus processos construtivos e evolutivos, como demonstrado na Seção 1 do Capítulo anterior, a teoria predominante apresenta algumas falhas conceituais complexas, tanto no que se refere a seus pressupostos teóricos, como no que se refere à sua base jurídica, consistente no delineamento do Princípio da Legalidade.

Como se não bastasse, como linhas de uma teoria geral, a ciência do Direito Administrativo brasileiro parece um tanto congelada no tempo. Desde a propositura das linhas-mestras da teoria geral predominante, em fins dos anos de 1960, até o período atual, poucas mudanças foram vistas, a despeito de todas as alterações do Estado brasileiro implantadas com a Constituição Federal de 1988 e todos os seus processos de revisão. Assume-se, quase automaticamente, que a teoria da supremacia do interesse público é atemporal, aplicando-se a todos os momentos, sem a necessidade de adaptações ao mundo real.

Nesse sentido, temos, no Brasil, até hoje, a repetição de elementos delineados originalmente há mais de um século sem muita reflexão crítica, como se vê em relação a temas como Princípio da Legalidade, regime jurídico-administrativo e separação público-privado. Sendo assim, demonstramos, na Seção anterior, como o Estado contemporâneo inadmite essas formulações e demanda sua revisão, a fim de tornar o Direito Administrativo mais funcional.

Pois bem. Diante dessas considerações, o que teremos como objetivo na presente Seção é, a partir de uma *nova ciência do Direito Administrativo*, reler alguns pontos da *dogmática do Direito Administrativo* há muito estagnados no tempo na realidade brasileira. E por que escolhemos fontes, legalidade, discricionariedade e interesse público[1]? Por uma razão simples: são temas estruturalmente interligados e fundamentais para a aplicação adequada do Direito Administrativo. Levando-se em conta a dogmática como um elemento de ligação entre teoria e prática, parece-nos fundamental a reconfiguração dogmática de elementos vitais para o bom funcionamento da teoria na prática.

Por derradeiro, importante sublinhar que, na reconstrução dogmática dos pontos ora escolhidos, adotaremos premissas teóricas estrangeiras e brasileiras e teremos um foco importante no direito positivo brasileiro, ainda que a doutrina brasileira majoritária não considere, a maior parte do objeto desta Seção conta com um tratamento extenso no direito positivo (o que apenas aumenta a necessidade de sua sedimentação dogmática).

2.2. A NOVA CIÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Ao longo do Capítulo 1 deste trabalho (em especial em sua Seção 2), tivemos o objetivo de anotar a existência de uma *nova ciência do Direito Administrativo*, marcada pelo foco sobre as atividades impostas, por lei, à Administração Pública (as *funções administrativas*)[2], bem como delineada pela necessidade de uma permeabilidade a outros campos do conhecimento

1. Deve-se notar, aqui, que interesse público é, dos quatro pontos escolhidos, aquele que teve maior revisão doutrinária no Brasil, desde a Constituição de 1988. Como já citamos, autores como Odete Medauar, Floriano de Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm e Patrícia Baptista foram muito precisos na revisão da ideia de interesse público no Brasil. Contudo, sem qualquer embargo à qualidade e à pertinência das revisões propostas, nosso objetivo será outro neste trabalho. Em lugar de analisar o papel da ideia de interesse público na ação administrativa e na existência inexistência ou reconfiguração da ideia de supremacia do interesse público, nosso objetivo será configurar o interesse público do ponto de vista dogmático.
2. Cf. SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel*, p. 86.

em sua construção, sem que se perca sua vinculação ao direito positivo. Isso, pois é impensável que as funções administrativas se desenrolem sem interações com outros campos do conhecimento.

Nesse trilhar, podemos assentar que a *nova ciência do Direito Administrativo* consiste no ramo da ciência jurídica que tem como objetivo estudar, estruturar e organizar as *normas jurídicas que estabelecem, disciplinam e regulam as funções administrativas*. Novamente retomando algo que já mencionamos no Capítulo 1 deste trabalho, como o Direito é um fenômeno normativo, o objeto de estudo de uma ciência jurídica deve ser a *norma jurídica*, razão pela qual a especialidade da ciência do Direito Administrativo dentro das ciências jurídicas é o estudo das normas jurídicas que estabelecem, disciplinam e regulam as funções administrativas, isto é, os afazeres da Administração Pública.

Essa afirmação apresenta algumas consequências muito relevantes para o delineamento do próprio Direito Administrativo, como passaremos a expor.

Em primeiro lugar, ao se ter claro que o objeto da ciência do Direito Administrativo é o conjunto de normas que disciplinam as atividades que desempenha a Administração Pública[3], é fundamental ter-se claro que o Direito Administrativo é, necessariamente, plural e multifacetado, no sentido de ser impossível imaginar a existência de um regime jurídico único (como o malfadado *regime jurídico-administrativo*). E a razão para tanto é muito simples: não é possível imaginar, por exemplo, que atividades distintas como a exploração de petróleo (artigo 177 da Constituição Federal) e a fiscalização sanitária (artigo 200, inciso VI, da Constituição Federal) possam ser desempenhadas sob o mesmo regime.

Ao que nos parece muito claro, o que vincula essas atividades diversas ao Direito Administrativo não é um mesmo e singular regime jurídico, mas, sim, o exercício da atividade conforme determinações impostas à Administração Pública por normas jurídicas. *Destarte, o ponto central do objeto da ciência do Direito Administrativo é a origem normativa dos afazeres*

3. Aqui, importante uma vez mais consignar que não se trata de uma acepção restrita de Administração Pública tomada em seu sentido orgânico (i.e., órgãos e entidades que fazem parte da estrutura orgânica do Estado). Trata-se de considerar o termo em sua acepção ampla, incluindo-se terceiros que, porventura, venham a realizar uma função administrativa criada e disciplinada por lei, como, por exemplo, os concessionários de serviços públicos. Conforme Winfried Kluth, o conceito funcional de entidades que exercem funções administrativas demanda a existência de quatro elementos: (i) a determinação legal de direitos de participação; (ii) no exercício de uma função (ou atribuição) claramente destacada; (iii) sob responsabilidade própria; e (iv) sob controle estatal. Cf. *Funktionale Selbstverwaltung*, in KAHL, Wolfgang; LUDWIGS, Markus. *Handbuch des Verwaltungrechts*, *Band III*, p. 307.

e das finalidades da Administração Pública e sua vinculação a finalidades impostas pelo Direito. A partir da consolidação desta ideia, tem-se claro que as atividades administrativas são desempenhadas sob condições jurídicas muito distintas, compatíveis com suas naturezas e suas finalidades.[4]

Em segundo lugar, a ideia de normas disciplinadoras de funções administrativas como o cerne da ciência do Direito Administrativo abre, necessariamente, uma *permeabilidade* a outros campos do conhecimento, na exata medida permitida pelas respectivas normas jurídicas. É dizer, há uma reconhecida carência do Direito Administrativo para resolver todos os problemas da sociedade, razão pela qual as normas desse ramo da ciência jurídica devem conter uma permeabilidade a outros ramos do conhecimento, como, por exemplo ocorre no setor de vigilância sanitária, essencialmente dependente da química, da biologia e da farmacologia, entre outras.

E, em terceiro e último lugar, entender que o método essencial da ciência do Direito Administrativo são normas jurídicas criadoras, disciplinadoras e reguladoras de funções administrativas afasta a impossibilidade de se considerar instrumentos de direito privado um elemento possível ao Direito Administrativo. *Como já mencionamos no Capítulo 1, a separação público-privado acaba por ser decorrente da razão da agir (se por força de uma função ou se por simples autonomia da vontade) e não do tipo de instrumento a ser manuseado considerado apenas em si*. Nesse sentido, conquanto seja apropriado para o exercício de determinada função pública, nada obsta a que a Administração Pública utilize um instrumento de direito privado.[5]

Sendo assim, a construção científica do Direito Administrativo deve partir de normas atinentes à conformação jurídica das funções administrativas, criando-se uma pluralidade de meios de ação, variáveis conforme os contornos e as finalidades de cada função. E, dada da vinculação da ação administrativa às finalidades previstas no sistema jurídico[6], marca o Direito Administrativo a constante possibilidade de controle de legalidade, anotado pela verificação de compatibilidade entre ação e finalidade.[7]

---

4. Para um resumo interessante das diversas funções administrativas e suas peculiaridades, confira-se: STOBER, Rolf. *Grundlagen der öffentlichen Verwaltung*, in WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; _____; KLUTH, Winfried. *Verwaltungsrecht I*, p. 56-64.

5. Sobre o tema, confira-se: BAUER, Hartmut. *Verwaltungsverträge*, in HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ßMANN, Eberhard; VOßKUHLE, Andreas (org.). *Gundlagen des Verwaltungsrechts*, *Band II*, 1ª, p. 1.163 e ss.

6. Cf. SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, p. 49 e ss.

7. Conforme escólio de Jens Kersten, a ideia da *nova ciência do Direito Administrativo* impõe uma mudança no método de controle do Direito Administrativo, transformando-se um controle apenas baseado na proteção de direitos individuais contra a autoridade do Estado em um controle baseado no alcance

Essa proposta de construção científica do Direito Administrativo permite a configuração de uma abordagem teórica que, a um só tempo, derroga a necessidade de um regime jurídico específico para esse ramo da ciência jurídica e suas manifestações, bem como permite a construção de novas relações de legalidade, a qual se revela essencial (como dito, todas as atividades administrativas desenvolvem-se a partir de comandos legais que as criam, disciplinam e regulam), mas que deve ser necessariamente ***variável***, em função da natureza da atividade desempenhada.[8]

Como resultado desta consideração, tem-se um Direito Administrativo muito distinto daquele tradicionalmente construído pela doutrina prevalecente no Brasil, uma vez que: (i) não há um regime jurídico uniforme para toda a Administração Pública; (ii) legalidade é um termo muito pluriforme, admitindo diferentes formas de relação entre a Administração Pública e lei, coexistindo simultaneamente; (iii) não há uma segregação rígida de meios dentre Direito Administrativo e direito privado, devendo haver um intercâmbio de meios, utilizados na prática conforme mais apropriado para o desempenho das diversas funções administrativas.

A *nova ciência do Direito Administrativo*, portanto, não se configura como um ramo da ciência jurídica dedicado a fornecer meios de proteção ao cidadão contra o poder do Estado. Configura-se como um ramo da ciência jurídica voltado a garantir a efetividade das ações do Estado e sua conformidade ao Direito. Deixa-se, portanto, um modelo marcado pela supremacia da Administração e passa-se a um modelo voltado à supremacia do indivíduo e seus direitos, que devem ser estritamente realizados perante o Estado, incluindo-se desde a limitação da autoridade até o fornecimento de elementos necessários para uma vida digna, conforme preconizam os artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

A partir dessas considerações, torna-se possível a análise do conteúdo dogmático de alguns institutos do Direito Administrativo, que, a nosso ver, são carentes de uma revisão mais profunda. Por meio da revisão que será proposta à dogmática, a partir da *nova ciência do Direito Administrativo*, acreditamos ser possível tornar o Direito Administrativo brasileiro mais funcional e mais capaz de entregar os resultados que são esperados desse

---

de resultados e na efetividade da ação administrativa. Cf. *Neue Verwaltungrechtswissenschaft*, in KAHL, Wolfgang; LUDWIGS, Markus. *Handbuch des Verwaltungrechts*, *Band I*, p. 989.

8. Sobre o tema, confira-se: STOBER, Rolf. *Grundlagen der öffentlichen Verwaltung*, in WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; _____; KLUTH, Winfried. *Verwaltungsrecht I*, p. 94 e ss.

ramo da ciência jurídica, extinguindo-se o *paralelismo* entre teoria e prática tão comum de se ver na realidade brasileira.[9]

2.3. QUATRO REVISÕES FUNDAMENTAIS DA DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A dogmática do Direito Administrativo é extremamente rica e variada. Extrai da teoria conceitos essenciais para a aplicação prática do Direito Administrativo. Contudo, ao que se pode ver no caso brasileiro, há uma enorme discrepância no tratamento da dogmática do Direito Administrativo. Enquanto alguns de seus elementos apresentou enorme evolução[10], seguindo-se a evolução teórica mencionada no Capítulo 1 deste trabalho, outros permanecem, em certa medida, parados no tempo, sem a necessárias atualizações que se tornam imperiosas para viabilizar sua aplicação correta. Mais ainda: os temas mais demandantes de uma atualização são aqueles mais transversais, que incidem de mais horizontal no *modus operandi* da Administração Pública.

Nesse sentido, nesta subseção, passaremos a, partindo-se da *nova ciência do Direito Administrativo*, apresentar uma nova proposta dogmática para temas horizontais do Direito Administrativo, que são aplicáveis a todas as *funções administrativas*. Com isso, pretendemos propor ferramentas que viabilizem a aplicação prática do Direito Administrativo de maneira condizente com sua construção teórica.[11]

Demais disso, não pode passar sem menção que os elementos da dogmática que serão dissertados a seguir podem ter uma abordagem tanto no campo da *teoria do Direito Administrativo*, quanto no campo da *dogmática*. Nossa ideia de propor uma releitura da dogmática decorre da necessidade de aprimoramento prático da aplicação do Direito Administrativo, bem como da possibilidade existente de se escrever monografias autônomas sobre a construção teórica de cada um dos elementos ora recortados.

---

9. Deve-se, aqui, destacar que, mesmo sem uma referência clara à *nova ciência do Direito Administrativo*, a doutrina brasileira já vem apresentando revisões de teoria e dogmática do Direito Administrativo brasileiro, rompendo-se com tradições antigas e desatualizadas. Contudo, como mencionado no Capítulo 1 deste trabalho, a maior parte das contribuições tem como objetivo a revisão de institutos específicos do Direito Administrativo, sem transversalidade para a teoria geral. Como exceção, entre outros, confira-se: ALMEIDA, Fernando Menezes dias de. *Formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil*, p. 397 e ss.

10. Como simples exemplo singelo, confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais – O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, em relação às empresas estatais.

11. Sobre o tema, confira-se o escólio de Matthias Jestaedt acerca do conflito entre teoria jurídica e prática do Direito, notadamente sobre como a prática mal orientada pode gerar uma teoria paralela. Cf. *Das mag in der Theorie richtig sein...*, p. 16-19.

2.3.1. Fontes do Direito Administrativo

Analisando-se a doutrina brasileira do Direito Administrativo, verifica-se que há tempos não há uma discussão adequada sobre as fontes desse ramo da ciência jurídica.[12] O transcurso de longo lapso temporal sem que sejam feitas revisões dogmáticas em determinados institutos jurídicos é algo, por si só, que dificulta a correta aplicação do Direito. No caso das fontes do Direito Administrativo, a situação torna-se especialmente delicada, sobretudo em função *da enorme alteração trazida pela promulgação da Constituição Federal de 1988*, visto que houve uma enorme alteração do conjunto das fontes, bem como de sua organização e seus papéis individualmente considerados.

Não que a Constituição não fosse considerada como fonte do Direito Administrativo antes de 1988[13], mas seu papel na estrutura e na organização das fontes foi profundamente alterado após a promulgação da vigente Carta Constitucional, notadamente com o avento de um rol de direitos fundamentais com eficácia direta e de um conjunto de normas programáticas, que demandam ações diretas e concretas, como dissertaremos adiante.

Nesse contexto, considerando-se a Constituição como a norma fundamental que organiza o sistema jurídico e determina como esse deve ser estruturado[14], essencial que se passe a revisar quais são as fontes do Direito Administrativo brasileiro, como elas se articulam e se organizam na formação de um *sistema operativo fechado*, claro e congruente.

Dito isso, passaremos, nesta subseção, a elencar as fontes do Direito Administrativo brasileiro, a partir da Constituição Federal, determinar a hierarquia em sua aplicação, dada a construção em estamentos (*Stufenbau*, conforme termo cunhado por Hans Kelsen), o papel de cada fonte e sua forma de articulação, de maneira a permitir a integridade, a funcionalidade e a clareza do ordenamento jurídico.

Ademais, conforme escólio de Eberhard Schmidt-Aßmann, um elemento fundamental da aplicação das fontes de Direito Administrativo é a sua combinação (arranging, nas palavras do autor). Isso, pois a Administração

12. O tema esteve presente em alguns manuais e tratados antigos, mas não aparece nas obras mais recentes. Como exemplo, confira-se: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, *volume I*, p. 64 e ss.

13. Por exemplo, confira-se: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, *vol. I*, p. 188.

14. Sobre o tema, confira-se: KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., p. 398 e ss.

Pública não se destina a construções teóricas, mas, sim, à solução de problemas práticos, o que demanda uma operação de "escolha institucional" da Administração Pública. Nas palavras do autor:

> *"Combinação é um passo metodologicamente difícil. É baseado em um sólido conhecimento jurídico acerca das pré-condições, do perfil e das consequências dos diferentes tipos de norma, incluindo sua interpretação em um contexto multidimensional. Mas requer mais do que isso. Requer a análise dos interesses envolvidos e a criatividade de manejar diferentes normas como opções: opções entre um caso concreto ou uma decisão mais ampla, entre flexibilidade e estabilidade, entre uma solução mais cooperativa e uma mais autoritária. Combinação é uma forma de escolha institucional. Baseada sobre os demais passos de aplicação das fontes, é informada pelos impactos legais e políticos, por exemplo os agentes atuando em relação a diferentes normas em um arranjo institucional."*[15]

Nesse passo, o estudo das fontes do Direito Administrativo não se resume a um mero catálogo descritivo de cada uma das fontes. Presta-se a compor um sistema de articulação e combinação consistente com o desenho jurídico apresentado pelo sistema brasileiro, a fim de dar uma lógica de funcionamento clara e previsível, passível de revisão em caso de equívocos.

E, frise-se, esse ponto em especial é de grande importância para o caso brasileiro. Isso porque, dada a falta de clareza e a falta de organização dogmática das fontes do Direito Administrativo, há espaços para processos de uma espécie de *"seletividade normativa"*, consistente na capacidade que os aplicadores do Direito Administrativo desenvolveram para *"escolher"* qual norma aplicarão e qual peso atribuirão a cada uma das normas.[16] Nesse contexto, a sedimentação de um regramento claro para organização, combinação e aplicação das fontes do Direito Administrativo passa a ser

15. Schmidt-Assmann, Eberhard. *The sources of administrative law pleading for a systematic and comparative conception*, in: AIPDA – Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo. *Anuario 2015: Le fonti del diritto amministrativo*, Nápoles: Ed. Scientifica, 2016, p. 23 (tradução nossa).

16. Aqui, um exemplo é claro e comum no Direito Administrativo brasileiro: a invocação do Princípio da Moralidade como fundamento de decisões condenatórias. Em diversas oportunidades, existem regras a serem aplicadas ou há uma situação não expressamente vedada. Como solução, deixa-se de aplicar a regra aplicável para invocar a aplicação do princípio. Esse tipo de situação somente pode ocorrer por conta da inexistência de um critério de articulação das fontes do Direito Administrativo, o que, sem qualquer dúvida, é uma enorme fonte de insegurança jurídica. Como um singelo exemplo, entre diversos, confira-se o caso do AgInt no AREsp 1221590 / SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 21 de setembro de 2021, com relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. Nesse simples exemplo, o Tribunal aceitou uma condenação baseada apenas em interpretativa violação do Princípio da Moralidade, como se tal norma fosse uma regra e não um princípio.

um elemento fundamental para a preservação da segurança jurídica e da previsibilidade.

Ainda, não pode passar sem menção, em plena congruência com as construções do Capítulo 1 deste trabalho, que a abordagem que nos parece correta na construção dogmática das fontes do Direito Administrativo é aquela *estritamente positivista*.[17] É dizer, por mais que haja manifestações doutrinárias no sentido de incluir entre as fontes do Direito Administrativo a doutrina, a jurisprudência, os usos e costumes, parece-nos uma escolha plenamente equivocada. Fontes devem ser consideradas apenas aquelas manifestações *com um caráter normativo claro dado pelo ordenamento jurídico,* donde nos parece inapropriado incluir no ramo das fontes elementos que não integram o ordenamento jurídico e, pois, não têm valor normativo, ainda que possam influenciar a interpretação das normas jurídicas em determinados contextos.

Precisamente nesse sentido, parece-nos muito pertinente a lição de Ralf P. Schenke, segundo a qual:

> *"Uma teoria das fontes do Direito não pode ser pensada de forma independente dos conceitos jurídicos. Por Direito deve-se entender o direito positivo. Virando-se as costas para manifestações do direito natural, essas são ideias de dever, cuja exigência de validade é negada em função de sua natureza pelo sistema jurídico. Depende de um reconhecimento expresso se essas manifestações de dever serão reconhecidas como fontes do Direito. O conceito de fontes é, com isso, autorreferenciado, na medida em que requer um fundamento expresso. A metáfora das fontes do Direito pode levar a enganos de permitir que o pensamento jurídico e sua validade ocorram para fora do Direito. Isso é incorreto ou, no mínimo, impreciso. O que é o direito válido decide o próprio Direito".*[18]

Via de consequência, na construção dogmática das fontes do Direito Administrativo, apenas levaremos em consideração enunciados que, por força do Direito, tenham eficácia normativa. Não consideraremos como fontes, portanto, a jurisprudência (exceto na medida em que possa ter efeitos normativos), a doutrina, bem como usos e costumes.

17. Conforme defendemos no Capítulo 1 deste trabalho, o Direito Administrativo deve ser definido seu *sistema operativo fechado*, ou seja, seu conjunto de normas que lhe forma e lhe dá efeitos juridicamente consideráveis.

18. SCHENKE, Ralf P. *Rechtsquellen des Verwaltungsrecht*, p. 243 (tradução e destaques nossos).

2.3.1.1. Constituição Federal

Como é mais do que cediço e estabelecido, a Constituição Federal encontra-se no ponto mais alto do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a principal norma jurídica e gerando o mais alto grau de vinculação sobre todas as demais normas que compõem o ordenamento que lhe sucedem.

Sem embargos, apontar que a Constituição Federal encontra-se no ponto mais alto do ordenamento jurídico é muito pouco em sua qualificação dogmática como *fonte do Direito Administrativo.* Uma análise densa e suficiente da Constituição Federal como fonte do Direito Administrativo pressupõe a conceituação precisa do que venha a ser uma Constituição, seu nível de eficácia sobre a Administração Pública, a separação e a organização de suas normas, haja vista a multiplicidade de normas constitucionais, os tipos de funções administrativas que defluem da Constituição Federal, bem como os controles que incidem sobre a Administração Pública a partir do Texto Constitucional.

Isso porque, como é notório, tem havido um processo – já mencionado – de *constitucionalização* do Direito Administrativo, advindo da vinculação direta da Administração Pública ao Texto Constitucional, rompendo-se a ideia de legalidade normalmente assentada, como exporemos no próximo tópico desta subseção. Conforme a precisa conceituação apresentada por Vicenzo Cerulli Irelli, há uma transferência de certos temas de um *bloco de legalidade* para um *bloco de constitucionalidade*, tornando-se a ação administrativa provinda diretamente de determinações constitucionais.[22]

Analisando-se especialmente o caso brasileiro, vê-se que a supremacia da Constituição e sua vinculatividade em relação ao Direito Administrativo advêm, essencialmente, de três elementos: (i) a eficácia direta dos direitos fundamentais, conforme o § 1º do artigo 5º; (ii) o controle concentrado de constitucionalidade, incluindo o de atos emanados da Administração Pública, nos termos do artigo 102, inciso I, alíneas "a" e "l", bem como § 1º; e (iii) a existência de uma série de normas constitucionais com comados diretos contra a Administração Pública e direta limitação do espaço decisório do legislador infraconstitucional, como, entre diversos outros, o artigo 198 que disciplina o direito à saúde.

22. IRELLI, Vicenzo Cerulli. *L'amministrazione "costituzionalizzata" – e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Turim: Giappichelli, p. 2.

Ademais, como bem ressalta Christian Starck em relação ao sistema alemão, a supremacia da Constituição advém da criação das instituições do Estado e da separação de competências entre os poderes e entre os entes federativos, estabelecendo-se rígidas vinculações na construção do direito infraconstitucional.[23] Essas ideias são claramente transponíveis para o caso do Direito Constitucional brasileiro, conforme se extrai dos artigos 21 e ss., do artigo 37 e do artigo 84, entre outros, da Constituição Federal.

Postas essas considerações preliminares, para que se possa analisar, dogmaticamente, o significado e os efeitos da Constituição como fonte do Direito Administrativo, é fundamental analisar suas principais características e impactos sobre o sistema desse ramo da ciência jurídica.

2.3.1.1.1. Conceito de Constituição

O conceito de Constituição é dos mais variados dentro da ciência jurídica. Analisando-se as proposições existentes, vê-se que há uma pluralidade de conceitos e definições de Constituição, emanados dentro das mais diversas teorias da Constituição. Para nossos objetivos aqui, contudo, não é relevante analisar as diversas formas de conceituar a Constituição a partir de sua teoria, nem tampouco entrar nos debates existentes.

Para o que pretendemos aqui, é necessário apresentar um conceito claro de Constituição, que permita extrair seus reflexos diretos sobre o Direito Administrativo, notadamente no que diz respeito a seus efeitos direitos e à formação de suas fontes. Nesse sentido, parece-nos muito apropriado o conceito formulado por Stefan Haack. Conforme o correto e já mencionado entendimento do autor, a ideia de Constituição pode ser tomada em vários sentidos, contudo, para o que nos interessa, vale o conceito jurídico, a partir do qual a Constituição é a norma mais alta do ordenamento jurídico, formando-se uma *fonte* que vigora como normas jurídicas vinculadoras de todas as demais decisões a serem consubstanciadas. Além disso, a Constituição cria as instituições do Estado e lhes atribui competências e vincula o conteúdo das demais normas, notadamente a lei parlamentar, por meio dos direitos fundamentais. Em resumo, portanto, a Constituição é a principal e mais alta norma que cria direitos fundamentais, cria instituições e lhes atribui competências e vincula as demais normas do ordenamento.[24]

23. Cf. STARCK, Christian. *Woher kommt das Recht?*, p. 78.

24. Cf. HAACK, Stefan. *Der Begriff der Verfassung*, p. 787-788.

A razão pela qual o conceito apresentado parece adequado decorre de três elementos fundamentais: (i) cuida-se de um conceito universal; (ii) engloba todas as faces da Constituição que são necessárias para a dogmática das fontes do Direito Administrativo; e (iii) é objetivo e direto o suficiente para evitar as diversas discussões que pode haver no entorno de uma conceituação para a Constituição.

Em relação ao primeiro ponto mencionado, tem-se que, na maior parte dos países (Brasil incluído), o Texto Constitucional cria as instituições fundamentais do Estado e define os princípios que as regem, dentre os quais deve ser sublinhado o do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal) que tem enorme influência para o Direito Administrativo.[25]

Já em relação ao segundo ponto mencionado, o conceito trazido à baila opera, em relação ao Direito Administrativo, os pontos de maior influência da Constituição, dado que as ações do Estado se desenvolvem por meio de suas instituições, muitas vezes sob o amparo dos direitos fundamentais e a partir de regras jurídicas concebidas a partir de um procedimento definido pela Texto Constitucional. No caso brasileiro, isso é verificado a partir da estrutura federativa (artigos 18 e ss.), bem como a partir da separação de atribuições aos principais agentes, como no caso do artigo 84 do Texto Constitucional.

Por fim, em relação ao terceiro ponto mencionado, o conceito proposto simplifica diversas discussões existentes entre os teóricos da Constituição e que não são relevantes para o deslinde o que ora se pretende, como, por exemplo, a natureza jurídica ou política da Constituição e as formas de interação entre política e direito no âmbito do Direito Constitucional. A Constituição, para os fins que ora interessam, deve ser tomada pelo sentido jurídico e pelos efeitos que opera no sistema.

Feitas essas observações iniciais, é importante anotar algumas consequências de enorme importância que a Constituição apresenta para o Direito Administrativo, tanto em sua formação orgânica, quanto em seu conteúdo material, quanto, também, em sua aplicação.

25. Como ressalta Matthias Ruffert, o princípio do Estado Democrático de Direito permite a ordenação ao Direito Administrativo da vasta influência dos direitos fundamentais. Cf. *Rechtsquellen des Verwaltungsrecht*, in VOßKUHLE, Andreas; EIFERT, Martin; MÖLLERS, Cristoph (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I*, 3ª ed., p. 430.

O ponto de partida dessas observações concerne ao ponto ocupado pela Constituição no sistema jurídico. Como já dito, é um lugar-comum a confirmação de que a Constituição ocupa o posto mais alto entre as normas jurídicas. Contudo, é necessário perquirir quais os efeitos desse lugar da Constituição em relação ao Direito Administrativo. E, concernente a essa questão, alguns pontos devem ser sublinhados.

Em primeiro lugar, a Constituição condiciona e conforma o Direito Administrativo, de sorte que todas as ações administrativas, em alguma medida, vinculam-se pelo Texto Constitucional, seja por disciplina normativa expressa, seja por meio de limitações impostas à atividade administrativa por meio de garantias ao cidadão (v.g., o dever do devido processo administrativo, decorrente dos incisos LIV e LV do artigo 5º). Como consequência, tem-se que todas as demais normas que se aplicam ao Direito Administrativo (inclusive aquelas concretas de efeitos individuais e os contratos) devem conformidade à Constituição.[26]

Em segundo lugar, o fato de a Constituição criar instituições e suas normas de funcionamento e demarcar direitos fundamentais faz com que a Administração Pública – e, por consequência, o Direito Administrativo – sejam o principal meio de efetivação das normas constitucionais.[27] Isso porque o Direito Administrativo é a regulação jurídica necessária para assegurar o cumprimento das normas constitucionais. Nos dizeres de Matthias Ruffert, *"a primazia da Constituição permite ao Direito Constitucional não apenas conformar e fundamentar as figuras dogmáticas do Direito Administrativo, mas também inserir o Direito Administrativo em um completo sistema vinculativo"*.[28]

E, em terceiro lugar, como bem afirma Markus Kotzur, a Constituição apresenta-se como uma forma de matriz para o sistema jurídico, donde deriva que há um delineamento constitucional direcionando e coatando todas as ações administrativas. Não se trata apenas de uma vinculação, como já mencionada e descrita acima, mas de uma forma de direcionamento programático, típico das cartas constitucionais contemporâneas.[29]

---

26. Sobre o tema, confira-se: KOTZUR, Markus. *Verfassung – Begriff und Bedeutung in Mehrebenensystem*, in KAHL, Wolfgang; LUDWIGS, Markus. *Handbuch des Verwaltungrechts*, *Band III*, p. 15.
27. Nesse sentido, sempre invocada a clássica afirmação de Fritz Werner do *Direito Administrativo como a concretização do Direito Constitucional*, cf. *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in Deutsches Verwaltungsblatt, 1959, Colônia: Carl Heymanns Verlag, 1959, p. 527 e ss.
28. RUFFERT, Matthias. *Rechtsquellen des Verwaltungsrecht*, p. 429 (tradução nossa).
29. Cf. KOTZUR, Markus. *Verfassung – Begriff und Bedeutung in Mehrebenensystem*, p. 6-7.

E, exatamente em decorrência dessa ideia da Constituição como uma *matriz*, existe um *dinamismo* da Constituição em relação ao Direito Administrativo. Isso porque o caráter programático das normas constitucionais apresenta uma necessidade constante de modificações e revisões para aperfeiçoamento às demandas da sociedade, gerando constantes atualizações e alterações no *modus operandi* da Administração Pública incumbida de realizar as normas constitucionais.[30]

Conforme lição muito pertinente de Matthias Jestaedt, a Constituição expressa uma ideia de constituída (*constitutio*) e razão de constituir (*ratio constitutionis*). Isso significa uma aplicação sempre dinâmica, na medida em que permite uma transformação da interpretação das normas constituídas conforme uma razão de constituir.[31] Esse aspecto, para o Direito Administrativo, ganha enorme relevo e importância, na medida em que aporta um controle pela *ratio constitutionis,* buscando-se impor à Administração Pública a razão de ser de certas normas constitucionais.

Neste cenário, o que se tem, atualmente, é a necessidade de se entender as fontes do Direito Administrativo a partir da Constituição Federal, entendida como a norma de mais alta hierarquia, com vinculação direta sobre as demais normas, inclusive sobre as normas produzidas diretamente pela Administração Pública, sem a intervenção do Parlamento. Há uma direta transição da legalidade para a constitucionalidade, exigindo-se da Administração Pública uma atuação constitucionalmente amparada. A Constituição, no modelo esquadrinhado no Brasil principalmente a partir de 1988, não é apenas uma norma destinada ao Poder Legislativo, mas uma norma que vincula diretamente a Administração Pública, a despeito da ausência de um comando expresso como aquele contido no artigo 20, 3, da Constituição Alemã.[32]

2.3.1.1.2. Normas constitucionais

O debate acerca das normas constitucionais é de grande extensão no direito público desde há muito. Ao que nos interessa, neste trabalho, não importa analisar as diferentes posições e as diferentes construções sobre

30. Cf. KOTZUR, Markus. *Verfassung – Begriff und Bedeutung in Mehrebenensystem*, p. 17.

31. Cf. JESTAEDT, Matthias. *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2009, p. 64-66.

32. O artigo 20, 3, da Constituição Alemã é aquele que determina a vinculação direta dos poderes do Estado à Constituição. É evidente que esse dispositivo dá clara e inequívoca determinação da vinculação da Administração Pública ao Texto Constitucional. Contudo, dada a estrutura brasileira de supremacia da Constituição não deixa dúvidas de que o sistema brasileiro adota a mesma vinculatividade.

as normas constitucionais. Para os fins que pretendemos alcançar, vale apenas dissecar os diferentes tipos de normas constitucionais para entender seus impactos e comandos sobre a Administração Pública e, pois, sobre o Direito Administrativo.

Sem embargos, dois pontos preliminares são de extrema importância: a ideia de *constitucionalização*, já mencionada, que transmuta um *bloco de legalidade* em um bloco de constitucionalidade, e a desnecessidade de uma tradução parlamentar de muitas normas constitucionais para sua aplicação direta à Administração Pública. Novamente utilizando as lições de Paulo Otero, há, atualmente, uma certa substituição da lei pela Constituição na conformação das fontes do Direito Administrativo, ocasionando que a Constituição seja *"o fundamento directo e imediato do agir administrativo sobre determinadas matérias"*.[33]

No que se refere ao primeiro ponto, importante ressaltar que a ampliação dos textos constitucionais no segundo pós-guerra faz com que diversos temas passem a ser tratados diretamente pela Constituição, com amplo grau de vinculação ao legislador.[34] Trata-se de um movimento essencial à preservação do Estado Democrático de Direito, em que *se rompe com a democracia majoritária típica dos Parlamentos* e em que são criados movimentos contramajoritários, representativos de *políticas de Estado,* existentes e exigíveis independentemente das maiorias parlamentares.[35]

Como consequência, a ação estatal passa a ter um amparo direto na Constituição, serviente tanto para estear ações positivas da Administração Pública, quanto para controlar ações violadoras do Texto Constitucional no caso concreto.[36] Daí decorre o processo de parcial *despolitização* da Administração Pública que comentamos na Seção precedente, visto que o direcionamento constitucional dado à Administração Pública deve ser seguido independentemente da política. Vincula-se a Administração Pública, pois, ao Estado e não ao poder político da estação.[37]

---

33. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, p. 735.
34. Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*, p. 401-402.
35. Cf. STARCK, Christian. *Woher kommt das Recht?*, p. 79.
36. Sobre o tema, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 125 e ss., em especial 173 e ss.
37. Conforme definição mais do que precisa de Maria Alessandra Sandulli, "*as regras constitucionais se colocam como uma barreira do Estado democrático pluriclasse ao arbítrio das Administrações Públicas*". Cf. *Introduzione – Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in _____ (coord.). *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milão: Giuffrè, 2015, p. 3 (tradução nossa).