

HIPERCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

Sabrina Hübner Bergmann**

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da constitucionalização do direito administrativo a partir da Constituição Brasileira de 1988. A inserção de diversos dispositivos de direito material e processual no texto da nossa Constituição não foi fenômeno exclusivo do direito administrativo, mas o trabalho se preocupará em entender os motivos da inclusão de minúcias relativas ao administrador e seus efeitos.

Inicialmente, a parte geral abrangerá dois aspectos: serão estudadas as relações entre direito constitucional e administrativo, suas origens, desenvolvimento e atuais configurações, a fim de demonstrar diferenças e semelhanças entre os dois ramos e, principalmente, o que elas representam atualmente, a partir da inclusão de inúmeros artigos de direito administrativo na Constituição. Após, será realizada uma análise histórica da presença do direito administrativo nas Constituições Brasileiras e também do contexto político em que o texto foi elaborado, assim como a forma de elaboração da atual Carta.

Na segunda parte caberá examinar as conseqüências da constitucionalização do direito administrativo, em especial o controle que o administrador sofre pelo Poder Judiciário, cada vez mais efetivo, já que, não obstante o controle de legalidade, há controle de constitucionalidade sobre a conduta administrativa. Dessa forma, merecerá atenção o princípio da legalidade na doutrina e jurisprudência atuais e a importância dos demais princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, será estudada a separação dos poderes desde a sua criação e como se apresenta no ordenamento jurídico atual.

Por fim, pretende-se concluir se houve superdimensionamento do direito administrativo na Constituição Federal, as conseqüências dessa qualificação e as mudanças percebidas no sistema brasileiro a partir da inovação.

*O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

**Procuradora do Estado do RS. Especialista em Direito do Estado.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

2 ASPECTOS GERAIS

2.1 Relações entre Direito Administrativo e Direito Constitucional

O direito administrativo, considerado como o conjunto de normas que regulam a relação entre os particulares e a Administração, sempre existiu, mas sua independência como matéria autônoma de estudos foi refém de uma longa trajetória histórica. O direito administrativo teve sua origem extremamente ligada ao direito constitucional: ambos tiveram como marco inicial o Direito Canônico e mais tarde surgiram como instrumentos jurídicos para limitar o Estado nas Revoluções Liberais Burguesas. As mudanças na vida política dos Estados a partir do nascimento do constitucionalismo nos Estados Unidos, a eclosão da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem tiveram forte influência na relação entre os particulares e a administração. Do momento anterior, quando não se questionava o poder ilimitado do Estado, passou-se à idéia de pesos e contrapesos para tutelar as liberdades públicas.

A origem da idéia de contrapesos ao administrador é explicada por Eduardo Enterría¹. Ensina o doutrinador espanhol que a legalidade partiu da tese de Rousseau de que a lei representava a vontade geral. A lei geral seria a base do pacto social pois o soberano estaria atuando conforme a vontade coletiva, ou seja, a lei geral, como legítima expressão da vontade geral do povo, deveria ser respeitada pelo soberano a fim de possibilitar o livre desenvolvimento dos membros do grupo social.

Contudo, o pressuposto lógico do absolutismo era o uso da razão privada, continua Enterría². Houve inversão desse conceito com nitidez a partir de Kant, que afirmava que a saúde do estado não há que se entender como o bem dos cidadãos, mas a harmonia da Constituição com os princípios do direito. O direito passou a ser garantia da liberdade, que era a concepção jurídica do livre arbítrio. Logo, o Estado tinha como fim concretizar o direito – a Constituição deveria assegurar simplesmente a coexistência das liberdades dos súditos.

As leis gerais, portanto, deveriam atuar como proteção à liberdade dos cidadãos. Kant e Rousseau, segundo Enterría³, sustentaram a idéia de soberania da lei considerando como seu conteúdo essa liberdade geral. Mas o Direito Administrativo hoje, completa o doutrinador, não resistiria a esse critério porque sua causa, sua disposição e sua finalidade exorbitam o direito dos indivíduos e não é suscetível de generalização. O direito administrativo, ao contrário, é transpessoal, é um direito que habilita uma supremacia geral sobre as liberdades. Justamente essa inadequação da Administração à lei civil (interprivada) e a idéia do direito administrativo como acessório acabaram fortalecidos após a Revolução Francesa.

A separação dos poderes também sofreu nova interpretação a partir da Revolução de 1789 e influenciou a concepção atual do Direito Administrativo, como abordaremos posteriormente.

¹ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 22-24.

² ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 26-27.

Portanto, a evolução histórica do relacionamento entre os cidadãos e o Estado determinou o que hoje pode se estudar como direito constitucional, direito administrativo e Constituição. Se no Brasil atual a Constituição tem um papel fundamental nos deveres e direitos do Estado perante os seus administrados (assim como na relação inversa), isso é fruto do desenvolvimento de pelo menos dois séculos de história mundial, onde se transitou do absolutismo ao liberalismo.

Do poder estatal juridicamente ilimitado de coagir e ditar ordens do soberano – Estado de Polícia - ao emprego limitado desse poder - Estado de Direito -, ainda tivemos um período intermediário onde o Estado, embora não mais absoluto, ainda era visto como um aparato criado para garantir e tutelar os direitos do homem, em especial os direitos civis, com o de propriedade⁴. Somente na segunda metade do século XIX o liberalismo foi efetivamente introduzido na ordem política e permitiu que no início do século XX essa idéia pudesse ser aplicada na ordem econômica mundial, causando um intercâmbio marcante que culminou na globalização de direitos humanos, econômicos e de idéias, hoje ainda mais difundido com as recentes “uniões” de países europeus e sul-americanos⁵. No século anterior, as Constituições foram reconhecidas como instrumentos limitadores da Administração; já no século XX houve nova mudança na relação Estado-particulares, abrangendo agora a garantia a direitos sociais reclamados pelos cidadãos, dando início ao Estado-Social ou Estado-Providência, tão conhecido na Constituição Brasileira de 1988. A Administração, de ameaça ou restrição à liberdade dos indivíduos, passou a ser vista como um pressuposto de bem-estar e fundamental para a efetividade dos direitos sociais⁶.

Todas essas transformações históricas foram, inevitavelmente, acompanhadas pelos direitos constitucional e administrativo, embora o desenvolvimento dessas áreas não tenha sido isonômico. Na medida em que o Estado tinha seu poder limitado e os particulares tinham direitos supremos reconhecidos, a Constituição ganhava força como instrumento garantidor dessas mudanças. Em todos os regimes e sistemas políticos, atuais ou passados, encontram-se idéias e regras jurídicas a defini-los e a legitimá-los (ou a procurar legitimá-los), e a sujeição do Estado ao direito é a base do direito público e, antes de mais nada, do direito constitucional⁷. Quando ganhou força, no século XX, em especial a partir da Segunda Guerra Mundial, o direito constitucional se firmou como o núcleo das ordens jurídicas nacionais e tornou-se capaz de condicionar todos os demais ramos do Direito. Portanto, embora a Administração sempre tenha acompanhado as Constituições modernas, o direito administrativo autônomo não se desenvolveu de forma contemporânea; somente a partir da expansão do constitucionalismo moderno⁸ o direito administrativo conseguiu afirmar sua identidade,

³ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administración Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 35-36.

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.II-7, vol. I.

⁵ A União Europeia passa por um momento de reflexão após as decisões populares francesa e holandesa de não apoiarem a Constituição Europeia.

⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 310.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Coimbra, 1997, v. I, p. 13.

⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 46-48.

separando-se de um conjunto maior de regras relativas à atividade estatal, hoje conhecido como Direito do Estado.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹, pode-se afirmar que o direito administrativo teve origem na França em decorrência da criação da jurisdição administrativa ao lado da jurisdição comum. As decisões do órgão de cúpula da jurisdição especializada, o Conselho de Estado, criaram inúmeros princípios formadores do direito administrativo, que nasceu como direito não legislado porque serviu justamente para preencher lacunas da legislação, então inexistente, explica a autora.

Os autores pesquisados concordam que laços estreitos ligam o direito constitucional e o direito administrativo, mas cada um guarda atualmente características próprias, embora não inteiramente independentes. No ordenamento brasileiro essa independência foi ainda mais relativizada após a Constituição de 1988, que introduziu minúcias inéditas relativas à Administração Pública, que serão analisadas posteriormente.

Odete Medauar relata os diversos conceitos relacionados às diferenças entre o direito constitucional e o administrativo, entre as quais a célebre afirmação de Fritz Werner, em 1959: “O direito administrativo é a concretização do direito constitucional”; o ensinamento de Benoit, para quem o direito administrativo seria o direito público cotidiano e o constitucional as normas abstratas de organização do Estado; e a lição de Santi Romani, que tratava o direito constitucional como o estudo anatômico dos órgãos do Estado e o administrativo como o estudo das funções estatais¹⁰.

O administrativista argentino Agustín Gordillo ensina que cada capítulo do direito administrativo está encabeçado por uma introdução de direito constitucional. Além disso, afirma que há influências recíprocas entre um e outro. A Constituição tem influência sistêmica no direito administrativo; já este exerce influência relativa à eficácia da Constituição. Contudo, o autor também ressalta diferenças entre esses dois sistemas jurídicos correlatos: enquanto a Constituição é uma estrutura, é o ordenamento fundamental do Estado e predomina o estático, o Direito Administrativo é um órgão jurídico desse Estado e prioriza o dinâmico, realizando suas atividades dentro do marco e diretrizes básicas fixadas por aquela estrutura. Outrossim, na Constituição há estruturação e estabelecimento de limites abstratos, no direito administrativo há expressão de atividade concreta e choque contra os limites pré-fixados¹¹. Análise semelhante entre as características que aproximam e afastam os dois ramos é feita pelo doutrinador pátrio Hely Lopes Meirelles, que ressalta o caráter estrutural, anatômico e estático do direito constitucional, ao mesmo tempo em que salienta os aspectos organizacional interno e dinâmico do direito administrativo¹².

Jorge Miranda igualmente reconhece a dificuldade em traçar com nitidez as fronteiras do direito constitucional e administrativo, até porque, no século XX, o Estado se apresentava muito mais como um Estado administrativo do que legislativo e muito do que é administrativo se elevou a constitucional. Diante desse quadro, o doutrinador

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo. *Instituto de Estudos, Direito e Cidadania*. São Paulo. Disponível em www.iedc.org.br. Acesso em 26 de junho de 2005, p. 1 e 2.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157-160.

¹¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. VIII-5 e 6, vol. I.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.

português explica que será de direito constitucional tudo quanto estiver em relação imediata com os valores e concepções que presidem à legitimação e ao exercício do poder político e será de direito administrativo tudo quanto contender com a sua concretização ou efetivação, por meio das formas próprias de agir da administração¹³.

Embora não se negue a importante afinidade que une esses ramos jurídicos e seja reconhecida a importância da Constituição como fonte jurídica das regras que regem a administração pública, no Brasil a Constituição Federal vigente provocou uma fusão sem precedentes desses dois campos autônomos, o que traz importantes conseqüências práticas, ressaltadas já em 1955 por Rafael Bielsa: o valor de uma constituição se determina em relação a seus méritos frente à Administração; assim, não se pode considerar de modo absoluto que uma Constituição não é boa se não se for assim considerada em suas relações com a administração. Outrossim, quando o povo começa a duvidar de determinada administração, com o tempo passa a duvidar da bondade da Constituição. Por fim, o cidadão só poderá participar no poder legislativo e decidir, quando convocado para tal, se conhecer a Administração e puder apreciar convenientemente a bondade da Constituição¹⁴. Em um sistema como o nosso, em que os dois ramos são ainda mais interligados, essa relação de bondade se torna por demais próxima, o que justificaria as constantes reformas constitucionais sempre que uma nova crise se aproxima.

2.2 Evolução Histórica do Direito Administrativo nas Constituições Brasileiras

Como já referido, a Constituição Brasileira de 1988 foi um marco na democracia moderna no país. Depois de um período marcado por políticas autoritárias e centralizadoras, a nossa Constituição coroou o Estado Democrático de Direito, institucionalizando definitivamente esse regime político, o Estado-Social, através de inúmeras providências assistenciais a cargo da Administração, e a federação, que ampliou a distribuição de competências entre as diversas unidades que a compõe.

Para demonstrar a opção por esses valores e pelos demais interesses eleitos, os constituintes aprovaram um texto minucioso, com mais de duzentos artigos - constantemente reformados - no qual se sobressai o grande número de dispositivos que versam sobre a administração, desde sua estrutura interna até os limites de intervenção na ordem econômica. Antes de verificarmos quais são os principais dispositivos previstos na Constituição de 1988 que versam sobre o funcionamento do Estado e interferem diretamente no direito administrativo, serão analisados os textos constitucionais precedentes e as previsões sobre o assunto que eles continham. Desde já podemos ressaltar que os textos promulgados de 1824 a 1967, embora em momentos históricos diversos, tiveram uma única preocupação em matéria administrativa constitucional: o acesso aos cargos públicos e alguns direitos daí decorrentes.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Coimbra, 1997, p. 20-21, vol. I.

¹⁴ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955, p.66.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

2.2.1 O Império e a Constituição de 1824

A primeira Constituição do Brasil independente e monárquico previu a forma de Estado Unitária, com poderes centralizados na esfera central, no Rio de Janeiro. Outorgada por Dom Pedro I, previa a separação de poderes com forte posição do Imperador, titular do poder moderador e chefe do executivo¹⁵. Frente às práticas constitucionais comuns na época, o texto mencionava dois artigos de direito administrativo: os artigos 102, IV, e 178, item 14, que versavam sobre acesso aos cargos públicos. O primeiro estabelecia a competência do Imperador para nomear os empregos civis e políticos e o outro determinava a igualdade de acesso aos cargos públicos “sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”.

2.2.2 A Constituição Republicana de 1891

Com a proclamação da República em 1889, foi elaborada uma nova Constituição, aprovada pelo Congresso Constituinte em 1891. O sistema de governo adotado era o presidencialismo e o poder foi reorganizado e distribuído entre a União e os Estados, seguindo o modelo vigente nos Estados Unidos, com proteção explícita à federação e previsão igualitária de competências e poderes entre as unidades federativas.

Novamente a Constituição cuidou somente do acesso aos cargos públicos em dois artigos e acrescentou outra norma referente à aposentadoria dos funcionários públicos, todos na Seção II – Declaração de Direito -, Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros. Além disso, continuou a prever a atribuição centralizada do Presidente da República para nomear cargos públicos civis e militares federais, com exceção de algumas restrições constitucionais - artigo 48, parágrafo 5º -, e ainda proibiu o cidadão investido em funções de qualquer dos poderes estatais federais de exercer as de outro – artigo 79. Mas o texto foi marcado por uma característica que se assemelha à nossa atual constituição sob um aspecto: foi nominal, já que muitas disposições de ordem política restaram não aplicadas na prática, principalmente em decorrência da mudança brusca nas instituições públicas: da monarquia e poder centralizado passou-se à república federativa e presidencialista, rompendo com uma história de mais de trezentos anos¹⁶.

2.2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

O período em que a Constituição de 1934 foi promulgada ficou marcado por crises político-militares e sucessão de governos, ora autoritários, ora liberais, e não serviu para alterar as principais previsões de direito administrativo no texto. Foram reservados seis artigos para tratar da Administração Pública – artigos 168 a 173 – e foi a primeira a esboçar uma preocupação constitucional em relação ao assunto e, em especial, novamente com o acesso aos cargos públicos. O Título VII, que reuniu os

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Portugal: Coimbra, 1997, p. 223-224, vol. I.

¹⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 44.

artigos citados, denominava-se “Dos Funcionários Públicos” e ressaltava a incompatibilidade entre cargo público efetivo e outro eletivo. Foi o primeiro texto a prever a estabilidade aos funcionários públicos nomeados após concurso público e com exercício efetivo de função estatal por mais de dez anos. Nas matérias correlatas ao direito administrativo, consagrou a justiça eleitoral e introduziu o mandado de segurança, instituto até hoje de reconhecida importância no combate aos atos administrativos ilegais.

2.2.4 A Constituição de 1937

Com a ruptura na ordem jurídica vigente, a adoção de institutos autoritários e a centralização quase absoluta dos poderes na figura do Presidente da República, a nova constituição tratou apenas de manter formalmente algumas disposições relativas aos funcionários públicos, nos artigos 156 a 159.

2.2.5 A Constituição de 1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946 tratou de garantir novamente a democracia e o liberalismo no Brasil. Contudo, em relação aos artigos de direito administrativo, não apresentou muitas inovações, novamente com previsões limitadas aos cargos públicos e aos direitos decorrentes, como a igualdade de acessibilidade, estabilidade, regra geral de vedação à acumulação de cargos, aposentadorias e revisão de proventos. A grande novidade foi a adoção da responsabilidade objetiva do Estado.

2.2.6 A Constituição de 1967

De existência curta, o texto não trouxe inovações significativas. Pode ser ressaltada a previsão expressa de aplicação das regras do funcionalismo para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nas esferas federal, estadual e municipal.

As emendas constitucionais e os atos institucionais posteriores, embora tenham alterado substancialmente a Constituição de 1967, não provocaram mudanças profundas no âmbito do direito constitucional administrativo. Chegaram a vinte e um os dispositivos de direito administrativo, a maioria sobre funcionários públicos, como nas Constituições anteriores. Nem se poderia, em um regime autoritário, esperar que normas ampliativas de direito administrativo fossem pré-fixadas na Constituição.

2.2.7 A Constituição de 1988

A abertura política lenta e gradual inicialmente provocou a revogação dos atos institucionais em 1978 e deu início ao novo período democrático brasileiro. A fim de restabelecer o Estado de Direito e os direitos fundamentais, foi convocada, através da Emenda Constitucional n.º 26, uma Assembléia Nacional Constituinte em 1985, responsável pelo texto aprovado em 1988.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

Entretanto, antes da eleição da referida Assembléia, o jurista Afonso Arinos presidiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, criada pelo Decreto n.º 91.450, de 1985. Formada por cinquenta membros denominados de “notáveis”, a comissão desenvolveu pesquisas e estudos a fim de elaborar um anteprojeto constitucional. Apesar do documento ter tido todas as características de anteprojeto, foi sumariamente arquivado e deu-se lugar à eleição dos membros da constituinte. Embora não tenha vinculado o trabalho dos congressistas, cabe ressaltar que o documento igualmente era extenso e minucioso, com mais de duzentos e cinquenta artigos, e, apesar de algumas inovações, repetia o espírito das Constituições anteriores, ou seja, não constitucionalizava princípios e dispensava maior atenção às regras do funcionalismo público¹⁷.

Sem um projeto anterior, já que o documento elaborado por Afonso Arinos fora arquivado, a matéria constitucional foi dividida em oito partes, cada uma delas entregue a uma comissão temática específica¹⁸. Cada comissão foi ainda subdividida em três novas subcomissões, a fim de facilitar o trabalho. Após os diversos anteprojetos terem sido reunidos e compatibilizados por uma Comissão de Sistematização, presidida pelo presidente da “Comissão de Notáveis”, Afonso Arinos, e composta por quarenta e nove membros, além dos presidentes e relatores das demais comissões, o projeto definitivo foi encaminhado ao plenário.

Sobre as comissões cabe ressaltar alguns pontos importantes. Entre as oito temáticas, os assuntos foram distribuídos de acordo com a ordem que, hoje, se encontram na Constituição. Assim, foram constituídos os seguintes grupos¹⁹: I – Comissão de Soberania e de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II – Comissão da Organização do Estado; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI – Comissão da Ordem Econômica; VII – Comissão da Ordem Social e VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Os grupos foram organizadas de modo a, na medida do possível, solucionar problemas partidários e participativos, já que todos os constituintes se mostravam ávidos por contribuir.

O trabalho desenvolvido pela Comissão de Sistematização, a partir dos anteprojetos elaborados, resultou em um texto com quinhentos e um artigos. Além disso, foram recebidas mais mil emendas, o que demonstra o árduo trabalho realizado para se chegar ao texto aprovado em 1988, com duzentos e quarenta e cinco artigos na parte permanente e setenta nas disposições provisórias.

O método adotado, através das comissões, atendeu ao reclame dos constituintes que ansiavam por manifestar seus interesses, valores e tendências, sejam pessoais ou partidárias, já que oportunizou que muitos tivessem espaço ativo. Por óbvio, todas as comissões trabalharam com o intuito de verem seus estudos inseridos na Constituição Brasileira, o que provocou um fluxo imenso de matérias, muitas delas estranhas à

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.

¹⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 79.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 462.

natureza constitucional, conflitantes e redundantes. Entre as centenas de emendas que o relator recebeu, algumas demonstram a minudência das proposições, como uma que previa²⁰: “*Todos os carros oficiais serão pintados de uma só cor. Parágrafo único: Lei Complementar definirá qual a cor*”. Diante desse único exemplo, já podemos entender o difícil trabalho realizado pelos constituintes que relataram o anteprojeto e o projeto votado em plenário e compreendemos que o texto promulgado, em que pese o detalhamento muitas vezes criticado, foi resultado de inúmeras intervenções corretivas e aperfeiçoativas. Além de toda a participação dos constituintes, ainda foi assegurada a intervenção dos cidadãos, através de emendas populares que chegaram a um milhão de assinaturas pela reforma agrária e quinhentas mil pela estabilidade no emprego.

Por meio desse processo, a Constituição de 1988 levou a cabo a democracia exaltada no seu texto, antes mesmo da sua promulgação. Como bem analisa Paulo Ricardo Shier, o produto final pode ter ficado com alguns vícios em decorrência desse processo constituinte, mas isso não comprometeu o resultado, pelo contrário, potencializa suas virtudes, exigindo o compromisso dos operadores jurídicos²¹. Também José Eduardo Faria destaca os impasses enfrentados para a elaboração da nossa atual Constituição²².

O processo de elaboração foi democrático, o árduo trabalho teve boas intenções, em muitos aspectos a nossa Constituição é moderna, mas o fato é que depois de mais de dezesseis anos da promulgação da Constituição de 1988 as críticas se avolumam. E uma delas é a grande quantidade de artigos sobre direito administrativo, mais ainda com as constantes reformas constitucionais. Como foi demonstrado, a Constituição de 1988 não foi construída seguindo modelos anteriores, não se baseou em outras constituições brasileiras antecedentes, nem em qualquer outro texto estrangeiro. Mas o trabalho dividido em comissões fez com que, no total, fossem incluídos cerca de 65 dispositivos somente sobre a Administração Pública, na data da promulgação. Com as reformas posteriores, já chegam a mais de 78 os artigos sobre o assunto, conforme contagem citada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto²³. Se buscarmos referências nas vigentes Constituições européias ou na americana, o exemplo brasileiro é ainda mais discrepante. As Constituições Americana, Italiana e Uruguia possuem duas normas sobre a Administração Pública. As Constituições do Chile e da Argentina, um só artigo. Já Portugal tem em sua Constituição, promulgada em 1976, um número expressivo de

²⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4^ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 461.

²¹ SHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional, Construindo uma nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p.92-93.

²² “*Resultante de impasses de todo o tipo, negociações intrincadas, filtragens sucessivas e coalizões precárias no decorrer de dezenove meses, o projeto aprovado pela Assembléia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural*”. FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 18-19.

²³ O doutrinador ainda refere que a Emenda Constitucional n.º 19/98 contém 95 normas, mas mais de um terço depende de lei para ser aplicada. Ao todo são 37 previsões de lei, incluindo 4 Leis Complementares e encontram-se enumerados ainda 24 tipos diferentes de remuneração dos servidores públicos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11 e 130-134.

normas de direito administrativo: 54 dispositivos no total, segundo Jorge Miranda²⁴, incluindo normas sobre os direitos fundamentais dos administrados perante a Administração, normas sobre bens públicos, sobre competências de natureza administrativa do Chefe do Estado ou do Governo, normas sobre responsabilidade estatal, regras sobre administração local autárquica, sobre regulamentos, sobre a função pública e também sobre as Forças Armadas.

De todos os artigos da Constituição Brasileira sobre direito administrativo, o destaque é a inclusão dos princípios que regem a administração pública, muito pertinentes em um país marcado pelo regime autoritário. Mas fixar princípios é função natural de uma Constituição. Já regulamentar a organização e o funcionamento dos poderes, fixar a remuneração do funcionalismo e distinguir cargo efetivo e cargo em comissão, por exemplo, traduzem o casuismo com que a Administração foi tratada e um certo desprestígio do legislador ordinário. As conseqüências desse detalhamento e os problemas causados serão tratados a seguir.

3 DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO

3.1 O princípio da legalidade e os valores vinculados a Administração

Como analisado anteriormente, o direito administrativo atual teve origem nas transformações ocorridas na Europa a partir do final do século XVIII e foi “uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo”²⁵. O doutrinador espanhol Eduardo Enterría explica que os revolucionários franceses rejeitaram dois aspectos fundamentais: que a fonte do direito era o soberano, e que ele atuava como legítimo representante da vontade de Deus na comunidade. A nova concepção trouxe profundas mudanças ao estabelecer que a fonte do direito seria a própria vontade geral, e não uma instância diversa superior aos cidadãos, e essa vontade coletiva deveria ser expressa legitimamente através da lei geral²⁶.

A própria idéia substancial de direito foi modificada para assegurar a liberdade dos cidadãos, “a liberdade de quem até esse momento estava situado como simples súditos passivo, com respeito a um poder alheio e transcendente”.²⁷ Ao lado da liberdade, consolidou-se como origem e finalidade do direito a igualdade, até hoje preceito básico nos ordenamentos jurídicos modernos.

Da concepção de que a lei geral é a expressão da vontade do povo, a necessidade de lei prévia passou a ser requisito para legitimar a ação do poder, justamente a fim de garantir a obediência ao mandamento legal. Ou seja, se é da vontade geral, cumpra-se.

²⁴ MIRANDA, Jorge. A Administração Pública na Constituição Portuguesa. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 191-192.

²⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 367.

²⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 367.

²⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 367-368.

A exigência de previsão legal anterior também decorreu da divisão de poderes: ao Executivo coube aplicar a lei nos casos concretos, justamente *executar* os mandamentos. Essa separação dos poderes foi sustentada de forma diferente por Locke, Montesquieu e Rousseau²⁸ mas a idéia global de funcionamento do Estado para esses juristas era de um lado, as leis e tribunais, e de outro, a força pública para manter as decisões dos legisladores e dos juristas e defender a independência exterior.

O novo quadro entre os poderes oriundo da Revolução Francesa tornou necessário um poder administrativo poderoso e autônomo, capaz de atender as mudanças sociais almejadas em qualquer revolução, o que beneficiou o Executivo diretamente²⁹. Essa nova estrutura social foi marcada por um poder centralizado no Executivo para que ele pudesse garantir a igualdade. Ensina Enterría que entre igualdade e Administração existe uma ação recíproca, já que aquela impõe o surgimento dessa, e uma Administração centralizada e poderosa determina uma extensão e perfeição da igualdade³⁰.

A Administração passou a ser sujeito concreto e atuante, ao contrário da idéia de sujeito de abstrata função³¹. A partir dessa visão de Administração com caráter subjetivo e de sua presença como sujeito real e verdadeiro foi sendo construído o direito administrativo. E essa nova concepção do direito foi possível a partir do reconhecimento do sistema jurídico público como uma criação abstrata, sem vínculo pessoal com o soberano ou outro titular do poder.

Após a criação do Princípio da Legalidade, foram duas as interpretações emanadas de seu conceito: vinculação negativa da Administração à lei, ou seja, “*o objeto da atuação administrativa não é, pois, executar a lei, mas servir aos fins gerais, o qual há de fazer-se, não obstante, dentro dos limites da legalidade.*”³² Já a vinculação positiva da Administração à legalidade sustenta que a Administração só poderá atuar se existir prévia disposição legal que a autorize. Segundo Eduardo Enterría, ao explicar que na Espanha o Princípio da Legalidade é adotado dessa forma, “*não há espaço franco ou livre de lei no qual a Administração possa atuar com um poder ajurídico e livre*”.³³

Também no Brasil o Princípio da Legalidade se desenvolveu não como limite à Administração, mas como condição, estando integralmente vinculada à lei³⁴. A legalidade como condição serve principalmente para proteger o administrado, ou seja, positivar uma previsibilidade que garanta as liberdades individuais – o administrado deve saber como o Estado irá agir -, não como proteção ao administrador.

²⁸ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 28-34.

²⁹ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 48-51.

³⁰ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 61.

³¹ ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 73-75.

³² ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 371-372.

³³ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 375.

³⁴ A definição mais conhecida e reproduzida do princípio demonstra que a legalidade serve para condicionar a atividade administrativa: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 82.

Mas a submissão total da administração à lei foi tornando-se cada vez mais irrealizável e hoje, com o Estado-Providência, existem sérios problemas de adequação das atribuições estatais à lei. Patrícia Baptista explica as principais causas que contribuíram para a formação desse quadro³⁵:

- fator jurídico-filosófico: a crise da lei formal, desvalorizada pela perda do seu conteúdo de justiça, pela sua politização e pela sua proliferação;
- fator político: a lei perdeu o caráter de expressão da vontade geral;
- inflação legislativa em decorrência da complexidade da vida moderna e diversificação do papel do Estado;
- aumento das atribuições legislativas da própria Administração, ainda mais no momento atual do Brasil, com as facilidades da Medida Provisória³⁶.

A partir de 1988 foram publicadas diversas leis nacionais, a fim de regulamentar as disposições de direito administrativo previstas na Constituição, tais como:

- Lei n.º 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da administração pública;
- Lei n.º 8.852/94, que dispõe sobre a aplicação dos artigos 37, incisos XI e XII e 39, parágrafo 1º da Constituição, acerca do pagamento e limites dos vencimentos, da remuneração e dos subsídios;
- Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição;
- Lei Complementar n.º 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal;
- Lei n.º 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Todos esses problemas, cumulados à existência de conceitos jurídicos indeterminados na lei e na própria Constituição, produziram um movimento de remodelação do Princípio da Legalidade, na qual o administrador não estaria somente vinculado ao sentido positivo da lei, mas ao Direito, ao ordenamento jurídico como um todo, em especial aos princípios e regras dessa ordem estabelecida³⁷.

Nesse aspecto, maior importância teriam os princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição de 1988, todos de extrema relevância na atividade pública. Esses valores estampados na Constituição serviriam basicamente de liame entre a Administração e o direito, sem que lei em sentido formal fosse condição do ato administrativo. Mas como se não bastasse a inflação legislativa e a crise exposta acima, o constituinte brasileiro tratou de super dimensionar as regras de direito administrativo na Constituição, ao prever casuísmos que o administrador local poderia resolver de

³⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98-99.

³⁶ Previstas para os casos de relevância e urgência, de atribuição do Presidente da República, as medidas provisórias tem força de lei, segundo o artigo 62 da Constituição Federal.

³⁷ Essa também é a opinião do Professor Leonel Pires Owlweiler: "No intuito de que se possa caminhar para uma compreensão ontológico do regime administrativo, inicialmente, faz-se mister ter como pressuposto que a atividade administrativa não está sujeita a uma legalidade-em-si, mas ao Direito construído, desvelado e aberto a partir da pluralidade de indícios formais-constitucionais, materializados em valores, princípios e preceitos constitucionais". OHLWEILER, Leonel Pires. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 320.

forma mais peculiar, como a fatia orçamentária que deve ser aplicada em saúde e educação e as regras do funcionalismo público.

A moralidade, a impessoalidade, a publicidade, a eficiência e a própria legalidade estão previstos como instrumentos de busca da transparência e da probidade, principalmente em função do momento histórico anterior vivido pelo país. A homogeneização de princípios não configura exagero do constituinte de 1988, o que se discute é a constitucionalização de normas sobre aposentadoria, remunerações, incompatibilidades, limite salarial, gerência, contratação, publicidade e mecanismos de controle. Não que essas normas tivessem que ficar no âmbito de discricionariedade, mas entendemos que poderiam ser fixadas pelo legislador ordinário local, tendo em vista as diversidades culturais, sociais e econômicas do país.

3.2 A Hiperconstitucionalização do Direito Administrativo

Diante da história constitucional do Brasil, da análise do grande número de normas de direito administrativo na Constituição e do estudo do princípio da legalidade como obediência aos valores esculpidos na ordem jurídica vigente, deverão ser estudadas as conseqüências desse quadro, ou seja, se os reflexos que emanam dele são positivos ou há um real exagero na decisão do constituinte.

Como visto anteriormente, a vinculação da administração pública à lei provocou, na conjuntura política moderna, a supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo. Isso porque, na concepção original do Princípio da Legalidade, o administrador fica condicionado à previsão legal e essa subordinação acarreta as seguintes conseqüências³⁸:

- o Poder Legislativo dispõe o que o Poder Executivo pode ou não gastar;
- o Poder Legislativo dispõe que o Poder Executivo deve ou não fazer;
- se o Poder Legislativo não estiver satisfeito com a gestão do Poder Executivo pode remover o chefe do Executivo mediante os institutos políticos previstos;
- no processo legislativo, embora o Poder Executivo possa vetar uma lei, a decisão final cabe ao Poder Legislativo.

Atualmente essa relação vertical proporciona episódios em que o jogo político se sobressai, fulminando a moralidade e a impessoalidade, que deveriam ser valores sempre presentes. Deixar o Executivo dependente do Legislativo gera tensões entre os dois poderes; no Brasil causa um verdadeiro jogo de interesses, em especial quando esses interesses estão em lados partidários diversos. Além disso, o Legislativo hoje não representa a vontade popular contra a posição do Monarca.

Outrossim, atualmente vemos uma profunda confusão entre política e direito. No Estado Democrático de Direito, a supremacia do direito é elemento essencial para que o regime democrático efetivamente se imponha. Mas essa supremacia não pode ser alavancada a um patamar que subjugue os dois campos que são ligados pelo direito: a ética e a política. O direito só representa equilíbrio entre a ética e a política se não

³⁸ GODILLLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, tomo I, p. III-3.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

anular nenhum dos dois, se agir para torná-los isonômicos, com forças semelhantes. Se a política for superior ao direito e à ética, há autoritarismo e o regime estatal passa a ser a autocracia. Na situação inversa, com o direito anulando o campo de atuação da política, há totalitarismo jurídico³⁹, ou seja, o equilíbrio deve ser a busca constante.

A supremacia do direito não representa negar espaços que são próprios da ética e da política, mas atualmente no Brasil é isso que acontece. O direito substitui a política quando há constitucionalização de diversas matérias que não são materialmente constitucionais. Já a ética é substituída pelo direito quando este quer impor valores éticos através da lei, como ocorre desde 1992 com a Lei de Improbidade Administrativa.

Como o ordenamento jurídico brasileiro, embora com institutos inspirados na *common law*, tem origem na tradição romano-germânica, quem “diz o direito” é o legislador, e este tem demonstrado cada vez mais que faz confusão entre esses três campos correlatos. O bom direito depende da consciência ética da sociedade e de instituições políticas fortes, caso contrário, a democracia só estará garantida no papel.

Mas a constitucionalização do direito administrativo trouxe outra consequência prática muito relevante: a intervenção efetiva do Poder Judiciário na atividade administrativa. A jurisprudência é uma das principais fontes do direito administrativo desde o Conselho de Estado Francês, que teve sua Idade de Ouro no período compreendido entre 1870-1970, quando esse ramo do direito foi realmente trabalhado como ciência na França, e no Brasil hoje tem ainda maior importância porque as normas constitucionais ampliaram a possibilidade de interpretação dos institutos jurídicos atinentes a elas. Da inexistência de intervenção do Poder Judiciário na atividade administrativa, nos séculos passados, passou-se à larga influência da hermenêutica constitucional na Administração Pública. Assim, se por um lado o tratamento constitucional trouxe mecanismos para enaltecer a probidade e outros valores, por outro é responsável por hipertrofiar o Supremo Tribunal Federal, que sofreu ampliação inédita em sua competência, e está congestionado com processos que buscam, em tese, a guarda da Constituição. Alexandre de Moraes reforça que, a partir de 1988, a construção jurisprudencial decorrente da interpretação das regras básicas da Administração contidas na Constituição caracterizou-se pelo caráter criativo e limitador do Poder Executivo, buscando a consagração dos valores constitucionais na gestão da coisa pública em defesa dos direitos dos administrados⁴⁰. Pode-se dizer, portanto, que a atuação do Juiz é fundamental na construção prática dos princípios constitucionais e efetivação concreta dos valores pré-estabelecidos.

O controle judicial da atividade administrativa dispõe de diversos instrumentos processuais previstos no texto constitucional de 1988, entre os quais:

- Mandado de Segurança: artigo 5º, inciso LXIX, regulamentado pela Lei n.º 1.533/51;

³⁹ “A relação entre o Direito e a Política configura-se como uma das relações mais tensas existentes no Estado Democrático de Direito. A política simboliza as decisões tomadas pela sociedade com a finalidade de alcançar os objetivos escolhidos pela sua população, tendo como uma de suas principais características a discricionariedade de sua escolha. O Direito tem como uma de suas principais características, de modo inverso, a previsibilidade de sua normatização. Assim, devido ao caráter diverso de duas principais características, o Direito e a Política devem gerar atritos.” (MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. (Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 222)

- Habeas Data: artigo 5º, inciso LXXII, Lei n.º 9.507/97;
- Ação Popular: artigo 5º, inciso LXXIII, Lei n.º 4.717/65;
- Mandado de Injunção: artigo 5º, inciso LXXI;
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: artigo 102, parágrafo 1º, Lei n.º 9.882/99
- Ação de Improbidade Administrativa: artigo 37, parágrafo 4º, Lei Federal n.º 8.429/92.

Outro órgão que ganha cada vez mais importância na fiscalização da Administração Pública é o Tribunal de Contas, seja em nível estadual ou federal. O órgão colegiado é responsável pelo controle externo nos entes administrativos, em contraponto à fiscalização interna efetuada pelos próprios poderes estatais em suas respectivas esferas. A Constituição Federal previu o Tribunal de Contas nos artigos 70 e seguintes e o instituiu como órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas com autonomia própria para sindicatar de forma independente.

O Tribunal de Contas exerce o controle externo basicamente de duas formas: emitindo parecer prévio sobre a prestação de contas realizada pelos ordenadores de despesa e também através do julgamento da tomada de contas. O artigo 71 da Constituição Federal elenca as atribuições do órgão, mas destacamos alguns instrumentos da fiscalização externa:

- realização de auditoria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- representação sobre irregularidades ou abusos apurados no exercício de suas atividades fiscalizadoras;
- apreciação, para fins de registro, da legalidade das admissões de pessoal a qualquer título e das concessões iniciais de aposentadorias;
- apreciação dos contratos de locação de prédios e de serviços firmados;
- determinação de providências acauteladoras do erário em qualquer expediente submetido à sua apreciação e
- aplicação de multas e sanções aos responsáveis.

Como se percebe, além do Poder Judiciário, as contas dos administradores são analisadas pelo Tribunal de Contas a fim de verificar a obediência às autorizações legislativas e às regras de contabilidade pública, mais ainda a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Ademais, a constitucionalização das sujeições e prerrogativas da administração trouxe outra consequência: a federalização das atividades estatais em todo o Brasil. Essa centralização é criticada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴¹, que tece críticas em especial a partir da Reforma Administrativa, aprovada nas Emendas Constitucionais n.º 18 e 19, de 1998. Embora o doutrinador afirme que a centralização por meio de regras gerais (princípios e conceitos) não seja um inconveniente técnico ou político,

⁴⁰ MORAES, Alexandre. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. *Administração Pública, Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12.

compromete o modelo federativo adotado pela própria Constituição Federal e esvazia paulativamente a autonomia político-administrativa das unidades da federação. Como já referido anteriormente, a aplicação homogênea das regras administrativas estabelecidas no texto constitucional atropela as diferenças culturais, sociais e políticas das unidades federativas em um país tão heterogêneo como o Brasil.

Outro aspecto negativo da qualificação do direito administrativo foi provocar a constante reforma do texto promulgado em 1988. Atualmente a nossa Constituição foi emendada quarenta e sete vezes, situação sem precedentes no direito comparado. Sempre que as indicações do modo-de-ser da atividade administrativa não se mostram eficazes para atingir determinados fins políticos, o quorum de três quintos não impede que se façam as modificações almejadas. Essas alterações frequentes fragilizam a Constituição e demonstram o seu “curto fôlego histórico”⁴².

Por outro lado, a constitucionalização das normas administrativas não foi exclusivamente negativa, trouxe reflexos positivos, como a evolução latente do direito administrativo. A doutrina se desenvolveu, hoje temos larga jurisprudência sobre os mais diversos aspectos, seminários, cursos e modernos e inovadores institutos. Outrossim, o administrador está sujeito a intervenções efetivas da população, do Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público. Embora a corrupção esteja presente desde o descobrimento do Brasil⁴³ e não vá desaparecer tão cedo, hoje a participação em defesa dos interesses individuais ou coletivos possui instrumentos, possui valores pré-fixados e, principalmente, está na Constituição Federal, o que a qualifica sobremaneira.

A supremacia do interesse público está na Constituição, a busca do bem comum também, assim como a democracia, estampada no preâmbulo, mas as previsões escritas não garantem obediência prática a elas. O administrador foi cerceado, teve sua discricionariedade limitada, fiscalizada, mas podemos lembrar diariamente que “o Brasil não é um país sério”⁴⁴. Não podemos imaginar se a situação estaria pior, mas podemos afirmar que constitucionalizar várias minúcias do direito administrativo não garantiu a dignidade da pessoa humana. Prever, por exemplo, no artigo 198, parágrafo 2º, o percentual orçamentário que deve ser aplicado em saúde não evitou venda de fichas nos postos de saúde. Estabelecer a destinação de verbas mínimas em educação não impediu as noites de sono nas filas para obter vaga em escolas públicas. O administrador passou a ser um mero tesoureiro, distribuidor de receitas.

Por fim, diante da intervenção indevida do Poder Legislativo sobre o Executivo, da verdadeira confusão entre política e direito, diante da perda de autonomia das unidades federativas e da ineficácia de inúmeros dispositivos administrativos constitucionais, concluímos que estamos diante de uma hiperconstitucionalização do direito administrativo, agravada pelas constantes reformas constitucionais.

Como referido, não cabe aqui fazer exercício de previsibilidade, tampouco tentar solucionar os problemas do país, mas entendemos que dois instrumentos podem auxiliar na busca pelo verdadeiro Estado Democrático de Direito: a transparência na gestão

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 50.

⁴³ Sobre o assunto, ver *Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção*, de Sérgio Habib, Sérgio Antônio Fabris Editor.

⁴⁴ Frase atribuída ora ao ex-presidente francês Charles de Gaulle, ora ao embaixador brasileiro Carlos Alves de Souza.

pública e a participação efetiva da sociedade nas decisões políticas, seja através de plebiscito, seja através de referendos. A população deve ser mais responsável pelas decisões que regem o país, não somente a cada dois anos, quando lembramos, nas eleições, que somos os verdadeiros titulares do poder. E a transparência pode e deve ser cobrada como real prestação de contas.

4 CONCLUSÃO

A partir da análise dos aspectos propostos na introdução desse trabalho, concluiu-se que houve hiperconstitucionalização do direito administrativo.

As diferenças entre direito administrativo e constitucional, conhecidas em todos os ordenamentos jurídicos modernos, não são relegadas no Brasil, mas a grande quantidade de normas atinentes à Administração Pública no texto constitucional provoca um embaraço entre os dois ramos específicos, causando reformas constantes que, cada vez mais, “engessam” o administrador e trazem insegurança ao administrado.

A evolução histórica do direito administrativo nas Constituições Brasileiras demonstrou que o país inovou muito no novo texto, constitucionalizando inúmeras matérias que não são encontradas nos outros sistemas estrangeiros com essa qualificação. O contexto ditatorial vivenciado no país provocou a consagração da democracia e, como conseqüência, uma limitação à discricionariedade administrativa, amplamente desenvolvida hoje através do controle judicial sobre a conduta administrativa. Também a forma de elaboração da Constituição, com participação ampla dos membros da Constituinte, fez com que o detalhamento fosse marcante.

O princípio da legalidade, diante desse novo quadro, deve ser entendido como a obediência do Poder Executivo ao sistema jurídico como um todo, a fim de tornar exeqüível a máquina estatal e valorizar as vigas mestras esculpidas no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal. Conceituar a legalidade como respeito aos valores pré-definidos nos princípios também evita outro efeito atual da hiperconstitucionalização: a supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo.

Outrossim, podemos criticar, em virtude dessa constitucionalização, o desrespeito ao sistema federativo do Estado, já que prever normas amplas às unidades federativas viola a autonomia político-administrativa que a própria Constituição exalta no seu preâmbulo e no artigo 1º.

Apesar de ter tido alguns resultados positivos, demonstrados no trabalho, a constitucionalização do direito administrativo foi exagerada, pois não evitou a ineficácia de diversas garantias aos administrados e trouxe inúmeras conseqüências danosas ao administrador.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Sebastião Baptista. Administração na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 27, n.º 108, out/dez 1990.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo. *Instituto de Estudos, Direito e Cidadania*. São Paulo. Disponível em www.iedc.org.br. Acesso em 26 de junho de 2005.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GODILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, tomo I.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Constitucionalização das Regras da Administração Pública e o Controle do Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 421, set 2004. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 13 de setembro de 2004.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRA, José de Castro. Administração Pública na Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, a. 30, n. 119, jul/set 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MIRANDA, Jorge. A Administração Pública na Constituição Portuguesa. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. I e II.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. *Administração Pública, Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

_____. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

OHLWEILER, Leonel Pires. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *(Neo)Constitucionalismo Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. A Administração Pública na Constituição de 1988 (2ª Parte). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 206, out/dez 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 60-67, 1999.

RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 175-194, jul./dez. 2005

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v.3