



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
ARTIGO CIENTÍFICO

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

ORIENTANDO: GABRIEL JENSEN WITICOVSKI

ORIENTADORA: DRA. FERNANDA DA SILVA BORGES

GOIÂNIA-GO

2022

GABRIEL JENSEN WITICOVSKI

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).

Prof<sup>a</sup>. Orientadora: Dra. Fernanda da Silva Borges

GOIÂNIA-GO

2022

GABRIEL JENSEN WITICOVSKI

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Data da Defesa: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof. Dra. Fernanda da Silva Borges  
Nota

---

Examinador Convidado: Prof. Dra. Pamora Mariz Silva Figueiredo  
Nota



## CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

O objetivo geral deste estudo é analisar a constitucionalização do Direito Administrativo e seus efeitos na margem de discricionariedade da Administração Pública. A metodologia usada é a pesquisa bibliográfica, através de doutrinas, legislações, artigos, teses, dissertações e sites oficiais. A pesquisa é exploratória, tendo como finalidade a coleta e análise de dados para a discussão do tema em questão. Os resultados demonstraram que a constitucionalização do Direito Administrativo trouxe mais responsabilidade à Administração Pública no sentido de agir de acordo com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais. Também foi possível verificar uma alteração do princípio da legalidade para um princípio da juridicidade, o que torna a atuação da Administração mais ágil e eficiente, uma vez que cumpre os requisitos estabelecidos na Constituição, sem a necessidade de uma legislação infraconstitucional específica.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. Direito Administrativo. Discricionariedade. Legalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>4</b>
<b>1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO</b> .....	<b>5</b>
1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO .	8
<b>2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL</b> ....	<b>12</b>
2.1 OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO CONFORME ANÁLISE DO CASO CONCRETO.....	15
<b>3 EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>177</b>
3.1 A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	19
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>20</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>22</b>

## INTRODUÇÃO

Desde o seu advento, o Direito Administrativo tem algumas características de atuação que ainda são mantidas na atualidade. Todavia, depois do período de constitucionalização do Estado, que passou a assegurar aos administrados uma variedade de direitos fundamentais, alguns aspectos da Administração precisaram ser revisitados.

A princípio, ocorrerá uma exposição sobre o surgimento do Direito Administrativo, desde o período feudal até a contemporaneidade, destacando sua evolução até atingir o status de ramo do direito autônomo. Além disso, traçando-se um paralelo com a realidade brasileira, serão expostos os princípios que regem a matéria, conforme descrito no artigo 37 da Constituição Federal.

Em seguida, será abordado o conceito de Constitucionalização do Direito Administrativo, bem como suas principais influências no direito brasileiro contemporâneo. Ademais, se explorará de forma sucinta, o desenrolar de um Mandado de Segurança impetrado no ano de 2016, e qual a influência que a Constitucionalização do Direito exerceu no julgamento desse Mandado de Segurança.

Outro ponto crucial é no tocante ao princípio da legalidade, o qual muda para emanar não apenas uma obediência da Administração à lei, como ainda à Constituição e aos princípios e valores que guiam o sistema jurídico de maneira geral. Essa mudança gera a perspectiva de um princípio de juridicidade, e não somente de legalidade. Essa expansão concede à Administração que opera a partir de uma Constituição Federal, sem a necessidade de legislação que a regule, com o intuito de promover os direitos do cidadão. Nesse sentido, o presente estudo intenciona responder o problema sobre os efeitos da constitucionalização do Direito Administrativo na discricionariedade da Administração Pública.

A transição do Estado Liberal para o Estado de Direito permitiu o aumento de dois fenômenos diferentes, a constitucionalização do Direito Administrativo e a amplitude do princípio da legalidade. A partir disto, o Poder Público passou a seguir os requisitos estabelecidos em lei, mas também os princípios e normas presentes na Constituição de 1988, mesmo quando o legislador infraconstitucional em nada se refere em relação a isso. Nesse sentido, o propósito do presente estudo é analisar a ocorrência destes dois fenômenos, bem como investigar os seus efeitos sobre a

atuação da Administração Pública, sobretudo no que diz respeito ao seu poder discricionário.

A metodologia adotada para este trabalho é a pesquisa bibliográfica. Para tanto, utiliza-se de diversos materiais de consulta, tais como: doutrinas, legislações, artigos, teses e dissertações, além de sites confiáveis. Tendo em vista a natureza qualitativa da pesquisa, esta será exploratória, uma vez que visa à coleta e análise de dados para a discussão do tema proposto.

## **1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO**

Na Idade Média, as pessoas se relacionavam com o poder de maneira particular, sendo servos, uma vez que tinha prevalência a relação feudal, na qual os senhores feudais eram o foco de todas as decisões, inclusive porque cada feudo tinha sua própria Lei, o Poder era, assim, descentralizado.

No Período Feudal, no qual de um lado se encontrava a Igreja Católica e do outro o Estado, não havia uma distinção entre Direito e Moral, e não era incomum que tais direitos fossem interpretados como simples preceitos do governante divino, ou melhor, pelo Estado-Igreja, dado que este detinha o poder de determinar as punições aos hereges, aferindo penas severas e determinando a morte dos indivíduos pelo puro fato de não estarem de acordo com aquela crença ou por portarem convicções filosóficas ou religiosas que contrariavam os dogmas da Igreja.

De acordo com Carvalho Filho, o Direito Administrativo, como um conjunto de normas e princípios jurídicos, só veio a público com a chegada do Estado de Direito, isto é, quando o Poder que cria as leis também passou a respeitá-las. O fenômeno surge com os movimentos constitucionalistas, cujo começo ocorreu no final do século XVIII. Dessa forma, pode-se dizer que foi a partir do século XIX que o âmbito jurídico abriu os olhos para este novo segmento do Direito, o Direito Administrativo (CARVALHO FILHO, 2015).

No passado, imperava o sistema das monarquias absolutistas, no qual todos os poderes do Estado se concentravam nas mãos do monarca, o que tornava as relações entre o Estado e os cidadãos frágeis. Com o advento da teoria da separação de poderes elaborada por Montesquieu, o Estado, ao repartir seu próprio poder



político, viabilizou que, em sua figura, se reunissem, ao mesmo tempo, o sujeito ativo e passivo do controle público (CARVALHO FILHO, 2015).

Neste aspecto, ao analisar a evolução do Direito Administrativo em face às noções de direitos e garantias aos cidadãos, houve uma grande evolução no significado e no valor da Constituição, que acompanhou a alteração do modelo de Estado. Com o decorrer do tempo, a intervenção do Estado avançou e houve importantes modificações, uma vez que, na Antiguidade, Idade Média e Absolutismo não havia, de forma concreta, direitos fundamentais, uma vez que a ideia de um Estado de Direito ainda não se encontrava plenamente estabelecida. Dado que, não era possível, nos períodos anteriores, cobrar do chefe de Estado o cumprimento das normas que ele mesmo editava. A ideia de direitos fundamentais apenas faz sentido quando se permite a possibilidade de limitação jurídica do poder político.

No que diz respeito à evolução histórica do Direito Administrativo e sua alteração de paradigma, Justen Filho (2014, p. 11) aponta que:

Antes da consolidação do Estado de Direito, a atividade administrativa do Estado não era muito permeável ao direito e ao controle jurisdicional. Os atos do governante não admitiam controle, sob o argumento de que o rei não podia se enganar ou que o conteúdo do direito coincidia com a vontade do príncipe. A implementação do Estado de Direito espelhou a propensão a descartar os critérios religiosos e carismáticos como fundamento da legitimação do poder político, uma vez que num Estado de Direito as leis têm maior relevância que a vontade do governante.

Com a chegada da Revolução Francesa, em 1789, os poderes instituídos foram edificados e separados para que fossem independentes e concordantes entre si, tornando a sociedade mais humana. A divisão dos poderes foi fundamental, constituindo-se como uma pedra angular para a construção da Democracia, pois anteriormente a Lei era emanada do Rei "Todo Poderoso", e agora, com a elaboração do Poder Legislativo, os súditos ficariam ligados à Lei, bem como o Poder Judiciário tiraria do Monarca o poder de deliberar (JUSTEN FILHO, 2014).

Logo, o governante, que representa o povo e é o detentor das razões, passou a ser o chefe do então novo Poder Executivo, abalizado pela Lei, criada por um poder Legislativo novo, livre e independente. Tal separação dos poderes trouxe uma harmonia para o sistema de poder, suficiente para acabar com o Estado Absolutista, autocrático, no qual o poder concentrado no monarca desrespeitava constantemente o direito dos indivíduos.

Esse distanciamento da Administração autoritária, consequência do progresso dos tempos, deixou de lado a agressividade para dar espaço à etapa de criação de direitos, em que a mesma é requisitada para cumprir uma atividade favorável aos particulares, se adequando ao atual sistema, ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o ato administrativo deixou de ser considerado somente um ataque à esfera individual, para também se tornar um mecanismo de concretização de interesses individuais (MATTOS, 2010).

Nesse contexto, ao final do Estado autocrático, apareceram os princípios da legalidade, da soberania popular e da separação dos poderes como fundamentos de outras espécies de Estado democrático, atrelados ao significado, ao comando e à determinação da Lei. Nesse período, após uma alteração nos padrões, surgiu uma nova perspectiva quanto ao direito à liberdade dos cidadãos, onde o direito de fazer aquilo que as leis permitissem prevaleceu. Esse tipo de liberdade passou a ser o fundamento para a manutenção dos atos políticos, que começaram a estar sujeitos à Lei.

Em virtude disso, sustenta-se que a Carta Magna é um indicativo a ser seguido, que habilita a atuação do Poder Público acerca dos cidadãos e, ao mesmo tempo, delimita essa atuação sob a perspectiva dos direitos fundamentais e das proteções constitucionais do indivíduo. Os princípios, as garantias e as normas constitucionais são os elementos que dão efetividade à Lei e, por consequência, a todo ato público, que deve observar rigorosamente os dispositivos da Constituição, sob pena de ser declarado inválido. Evidentemente, a vinculação da Administração Pública à Lei foi um elemento imprescindível para o Direito Público e para toda a sociedade, que deixaram de ser submetidos à tirania do Rei, passando a seguir as normas legais (MATTOS, 2010).

Além disso, a atuação dos governantes, conforme esses princípios, fez surgir uma nova forma de pensar acerca da atuação do Poder Público, com a instituição de balizas, ou seja, o poder passando a ser limitado pelo próprio poder, para impedir abusos e excessos. Em virtude da consolidação do Estado Democrático de Direito, as Constituições contemporâneas se concentram nos direitos e garantias fundamentais do cidadão, invertendo-se a hierarquia, uma vez que o Estado passou a ser fiscalizado, a fim de assegurar a todos o bem-estar.

Dessa forma, o Estado deixou de ser um agente violador dos direitos fundamentais, passando a ser um ente assegurador das premissas constitucionais de

cada pessoa, observando, assim, direitos e garantias, e assumindo compromissos em relação aos administrados. A relação do Direito Administrativo com o Direito Constitucional é extremamente relevante para a ciência jurídica, tendo em vista que o Direito Constitucional estabelece as bases e os limites do Direito Administrativo.

Logo, com o advento e reconhecimento de direitos dos indivíduos, bem como a relevância dos princípios, o governante não pode mais desrespeitar os administrados simplesmente pelo fato de estar no comando, devendo assegurar e proteger interesses comunitários e individuais dos cidadãos, pois ocorre, que na atualidade, o Direito Público é direcionado para a constitucionalização de suas normas, ligadas à determinação suprema da Lei Maior.

### 1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Os princípios fundamentais do Direito Administrativo estão de maneira definitiva e precisa para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Por esses parâmetros têm de relacionar os atos administrativos. Integram, por assim dizer, as bases da ação administrativa, ou, em outras palavras, os pilares da atividade pública. Postergá-los é distorcer a gestão dos negócios públicos e omitir o que há de mais simples para o bom zelo e guarda dos interesses sociais.

Os princípios instituem condutas e concede a eles um valor lógico, racional e harmonioso, o que viabiliza uma compreensão adequada de seu sistema, indicam o alcance e a definição das regras de um certo subsistema do ordenamento jurídico, consagrando a interpretação e a própria criação normativa. Para tanto, o presente estudo passa em seguida a dissertar sobre cada princípio constitucional que rege a Administração Pública.

Como princípio, a legalidade foi gerada quando da criação do estado democrático republicano de direito, e presume a supremacia da lei, que delimita e assevera a atuação do Estado. Despontou em reação ao poder absoluto do Estado Monárquico, conseguindo, nos dias de hoje, ser inserto com inúmeras definições nas diferentes áreas do direito.

O princípio da legalidade não demonstra grande esforço para sua compreensão, dado sua condição semântica. A legalidade pode ser compreendida como o correto enquadramento da atividade estatal àquele previsto na lei, ou seja,

não existindo previsão legal para que tal ato seja praticado pela administração pública, é ato ilícito.

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma se não em virtude de lei. Contudo, no que diz respeito aos particulares, a legalidade não se aplica na mesma forma e extensão, pois à administração pública é lícito apenas o que for previsto em lei, ao passo que, aos particulares, é vedado tudo que for proibido por lei (BRASIL, 1988).

Assim, a atividade administrativa só pode ser aplicada por meio de autorização legal, em suma a legalidade da atuação da administração pública não versa apenas sobre a ausência de imposição legal, mas presume autorização dela como quesito indispensável à sua ação (MELLO, 2010).

O princípio da moralidade, por sua vez, deve ser observado como qualidade fundamental às pessoas que estão atrás das movimentações e destinações das verbas públicas, e é específico à índole do ser humano, não nascendo por intermédio da legislação. Di Pietro (2013, p. 74) esclarece que existirá afronta ao princípio da moralidade sempre que a conduta do administrado ou da Administração, que se associa juridicamente a ela, mesmo que de acordo com a lei, ofender “a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, e a ideia comum de honestidade.”

Dessa maneira, no meio de todos os princípios constitucionais distintos, o da moralidade certamente é o que leva a maior parte de subjetividade. Por mostrar-se como uma possibilidade de diversos conceitos do que seria moral, é inviável atingirmos um denominador comum, que reúna todos os conceitos de moral presentes nos cidadãos.

Conforme tal princípio, a Administração Pública, caracterizada por seus agentes, têm de agir dentro dos termos éticos. Observando a boa-fé e lealdade precisando o Estado atuar com sinceridade em relação aos administrados, sendo proibido qualquer conduta desleal ou contaminado por malícia, que provoque dificuldade, confusão ou ainda atenuar o exercício dos direitos por parte da sociedade (MELLO, 2010, p. 120).

O princípio da impessoalidade possui sua disposição elencada no art. 37, caput, da CF/88 e deverá valer não apenas no tocante aos administrados, como também à própria Administração Pública. Por esse motivo, configura-se um condutor à finalidade administrativa, ou seja, ao interesse coletivo (BRASIL, 1988).

O princípio da impessoalidade reproduz uma das finalidades precípua do Estado Democrático de Direito brasileiro, representando um preceito do princípio da igualdade. Conforme tal compreensão, “é proibido que a Administração Pública afira tratamento diferente aos administrados que se encontrem em situação jurídica similar, devendo voltar-se exclusivamente para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 20).

Nessa toada, a doutrina de Mello (2010, p. 268) edificou um conceito muito utilizado do referido princípio:

Nele se traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.

Assim, vale pontuar exatamente o objetivo a que esse princípio é norteado. Em um exame precipitado pode ser elevada a concepção de que sua finalidade máxima seria somente o tratamento igualitário dos particulares quando subjugados a relações jurídicas similares. No entanto, o seu mais elevado valor está no respaldo do interesse público, pois é neste que se verifica as principais expressões do regime administrativo brasileiro: a indisponibilidade e supremacia de seu interesse.

No que tange ao princípio da publicidade, o encargo de divulgação oficial dos atos administrativos também está relacionado ao art. 37 do texto constitucional de 1988, sendo exprimido no livre acesso da sociedade às informações de seu intento de forma transparente no setor público. Em conformidade aos estudos de Moraes (2012, p. 86), a publicidade “consiste em uma obrigação que todos os atos sejam públicos de forma a afastar possíveis fraudes no sistema administrativo.”

O dispositivo 5º, XXXIII, da CF/88, garante a todos receber as informações dos órgãos públicos tanto de interesse geral quanto individual, todavia faz menção a restrições a tal direito. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no

prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Nessa perspectiva, o artigo supracitado garante o direito à informação não somente para assuntos de interesse particular, como também para interesses da coletividade, sendo estendido o controle popular da Administração Pública. O princípio da publicidade demonstra nítida relevância no sistema jurídico brasileiro, pois, trata-se da transparência que garante o controle da sociedade na Administração Pública.

Por sua vez, o princípio da eficiência se demonstra em uma evolução constitucional. Em solo brasileiro, embora a Administração Pública já conservasse a exigência de eficiência há algum tempo, foi somente através da Emenda Constitucional 19/1998 que tal princípio foi concretizado como norte das atividades administrativas estatais. Assim, é preciso compreender o significado de eficiência que, coloquialmente, é um substantivo que demarca algo capaz de surtir ou desenvolver o efeito/resultado almejado.

No Direito Administrativo, a eficiência é relacionada como a gestão de atividades, denotando o intento pelo melhor uso possível dos bens e serviços públicos, de modo a afastar possíveis desperdícios e assegurar maior rentabilidade social. Corroborando ao estudo, as lições de Cunha (2014, p. 74) apontam que:

Eficiência, aplicada no âmbito da Administração Pública, exige condutas que produzam o efeito desejado, com a obtenção de bom resultado, atendida a finalidade pública, a legalidade, a isonomia, a moralidade, representada pela objetividade e imparcialidade do agente público.

Considera-se tal princípio de que ora pode ser relativo à maneira pela qual se organiza o desempenho da atividade administrativa, ora à forma de atuação do agente público ou ainda à promoção de modo efetivo das finalidades em termos quantitativos, qualitativo e probabilísticos. A eficiência é, verdadeiramente, o pressuposto de legitimação para se alcançar efeitos de interesse geral, motivo pelo qual se exige dela a promoção satisfatória das finalidades aferidas à Administração Pública.

Portanto, é possível destacar que a eficiência administrativa detém nítida relevância, pois se trata de baliza que se afere a todos os âmbitos de atividades da Administração Pública, especialmente na seara do processo.

Além disso, o ordenamento jurídico nacional apresentou uma inovação com a promulgação da Constituição, pois houve uma alteração do que se entendia por legalidade. Foi-se proclamada a chamada juridicidade (GUSSOLI, 2021).

O princípio da juridicidade passou a ser entendido como aquele que vai orientar a Administração Pública a respeitar não apenas a lei, legalidade, mas todo o ordenamento jurídico vigente (OLIVEIRA e NEVES, 2019).

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL**

Atualmente, os princípios fundamentais são muito relevantes no Direito Constitucional, ocupando o lugar central dos estudos que visam entender a Constituição. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é o principal fundamento, influenciando a atuação da Administração Pública. Assim, em relação à divisão entre o Direito Administrativo e o Constitucional. Justen Filho (2014) revela que o Direito Administrativo é o grupo de normas jurídicas de direito que regulam as atividades administrativas indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais responsáveis por sua execução.

A Constituição concede à Administração Pública a obrigação de cumprir os valores, princípios e normas elencados no texto constitucional de 1988. A submissão aos princípios constitucionais listados constitucionalmente é crucial para o adequado funcionamento das funções estatais. Na conjuntura de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, a democracia é de fato tida como o governo de acordo com a vontade coletiva (do povo), à medida que os cidadãos são vistos como agentes morais autônomos, com o mesmo respeito e consideração. Dessa maneira, as circunstâncias democráticas são os direitos fundamentais, reconhecidos pela comunidade política por meio de princípios, sem os quais não existe cidadania de maneira plena (ARAÚJO, 2018).

Os direitos fundamentais têm, dessa forma, uma função crucial na relação entre a Administração Pública e o indivíduo, tendo em vista que tais direitos são, sobretudo, uma exigência democrática no tocante à limitação da democracia. Posto isso, a

Constituição Federal de 1988 acarretou uma melhora substancial ao referir de maneira explícita os princípios norteadores da Administração Pública brasileira. Desta feita, verificou-se uma alteração na forma de proceder do agente público, não sendo mais permitidas omissões e atos arbitrários do Estado. Existem balizas e obstáculos a serem observados quando da ação do administrador público, sempre mantendo-se o respeito ao texto constitucional nas suas disposições e princípios (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais têm um lugar de relevância no sistema jurídico nacional devido à sua importância democrático-constitucional. A Administração Pública deve dar consideração aos valores constitucionais no trato com os cidadãos, como sendo um pressuposto indispensável à vida em coletividade e à própria tutela e promoção dos supracitados direitos. Nesse sentido, o Estado também protege interesses particulares e, especialmente coletivos, direcionados a suprir necessidades que extrapolam o âmbito individual dos governados.

Nesse panorama, a constitucionalização do Direito Administrativo é revelada por um processo de reinterpretação de institutos e definições fundamentais da Administração Pública à luz dos princípios constitucionais e não somente a mera inclusão do direito ordinário no texto constitucional. Os princípios constitucionais que incumbem à Administração Pública, assim como a Lei, direcionarão a conduta do agente público. Sendo assim, em determinados casos a Lei será o fundamento principal do ato administrativo, mas em outros, os princípios administrativos - pela sua carga valorativa elevada -, por meio de juízos de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade com a legalidade, poderão aferir validade a atuações que vão além de disposições legais (ARAÚJO, 2018).

Dessa forma, a normatividade oriunda da principiologia constitucional reflete em uma nova interpretação da tradicional discricionariedade administrativa, deixando para trás esse lugar de liberdade decisória para ser interpretada como uma seara de considerações proporcionais e razoáveis entre distintos bens e interesses protegidos constitucionalmente. A ação do Estado deve estar dirigida para o interesse público. Então, a definição de interesse público, no entendimento de Binenbojm (2007, p. 104), representa um conceito jurídico indeterminado por natureza, o que significa que a expressão indica, de maneira ampla, “os fundamentos, objetivos e balizas que norteiam os atos e medidas do Poder Público”.

Os valores protegidos pela Constituição e considerados como paradigma do sistema jurídico representam interesses coletivos, aptos por si só de serem diretrizes



efetivamente vinculantes para o Estado, na concreção de interesses, finalidades e diretrizes que beneficiem a população, desenvolvidas e implementadas pela Administração Pública.

Em suas atribuições no Estado Moderno, o governante precisa conversar com os distintos grupos sociais, uma vez que a legitimidade desse Estado está ligada à forma de comunicação entre o governo e os governados. A partir desta perspectiva, o Direito encontra sua fundamentação e legitimidade no diálogo com a população, no consenso dos indivíduos. Para que exista a aplicação e concretização da vontade da maioria por meio do consenso, os direitos fundamentais devem ser, necessariamente, reconhecidos, respeitados e incentivados (MADAUAR, 2010).

Diante disso, o Estado moderno tem a responsabilidade de proteger, assegurar e preservar os direitos fundamentais do indivíduo, tal como a sociedade civil também deve exercer esse papel, perante um Estado Democrático de Direito, concretizando, assim, a materialização dos direitos fundamentais e as finalidades descritas no texto constitucional de 1988, no que diz respeito à solução dos conflitos e à paz social.

À medida que o autoritarismo do Estado cede lugar para uma transição para um estágio democrático, o Direito Administrativo replica essa alteração de conceitos e paradigmas. Com a edificação e o reconhecimento dos Estados Modernos, o controle da atividade administrativa do Estado virou uma preocupação contínua nos sistemas jurídicos atuais. Nota-se, portanto, o reconhecimento por parte do ente estatal da importância do sistema de direitos fundamentais elevado pela CF/88, com uma conjuntura de princípios constitucionais que devem ser seguidos e respeitados (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Barroso (2005, p. 12) afirma que:

A concepção de constitucionalização do Direito aqui discutida está vinculada a um efeito expansivo das disposições constitucionais, cujo teor material e axiológico se amplia, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico. Os valores, objetivos públicos e comportamentos observados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todas as regras do Direito infraconstitucional. Intuitivamente, a constitucionalização tem repercussão sobre a atuação dos três Poderes, sobretudo e notadamente nas suas relações com os administrados. Todavia, é ainda mais original do que isso, à medida que tem repercussão ainda nas relações entre particulares.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais resulta na intervenção do Estado Moderno nas relações entre particulares a fim de tutelar e estimular os direitos

fundamentais, pois o Direito Administrativo não se limita apenas a restrição do poder estatal, mas, sobretudo, também impõe ao Estado a obrigação de intervir nas relações privadas quando houver excessos, arbitrariedades e abusos. A função e o conteúdo da Constituição foram delineados por princípios e valores democráticos em todas as esferas jurídicas do país, assim, o Direito Administrativo, bem como os demais ramos do Direito, também alcançou relevância constitucional em suas disposições.

Desse modo, a interpretação do Direito Administrativo terá que ser, necessariamente, conduzida sob a perspectiva constitucional, sendo ela mesma um guia para o intérprete ao equacionar qualquer questão jurídica. Portanto, supremacia constitucional deve ser o centro tangível e real da atuação administrativa do Estado, de forma que seja guiado por princípios democráticos e constitucionais, considerando que o texto constitucional é o documento por intermédio do qual os sistemas democrático e de direitos naturais se formalizam na seara estatal.

## 2.1 OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO CONFORME ANÁLISE DE CASO CONCRETO

A realidade brasileira permite realizar uma análise que vai além da teoria. Ao observar sistema judiciário nacional, pode-se traçar um paralelo entre a teoria da Constitucionalização do Direito Administrativo Brasileiro e a realidade prática. No século XXI, observa-se a recorrência de diversos julgados e jurisprudências que tomam como base a constitucionalização.

Um caso de relativa relevância social ocorreu no ano de 2016. Em meio a tensões políticas-sociais envolvendo as investigações da Operação Lava Jato. Considerando a possibilidade de o ex-presidente Luíz Inácio Lula da Silva se tornar réu na força tarefa, a então presidenta Dilma Rousseff, supostamente, o nomeou para a chefia do Ministério da Casa Civil de seu governo, com o objetivo de, supostamente, fazer com que o ex-presidente tivesse a prerrogativa de foro privilegiado.

Em decorrência de tal fato e, em meio as polêmicas, foi impetrado um Mandado de Segurança (MS), de nº 34.070 MC/DF, pelo Partido Popular Socialista (PPS), e alguns outros partidos, com o objetivo de impedir o ato de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

Foi argumentado que essa nomeação foi praticada em desvio de finalidade, pois, ocorreu com uma finalidade não pública, ou seja, instituir prerrogativa de foro privilegiado e impedir o andamento das investigações por parte da Justiça Federal.

No caso em tela, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, argumentou que houve uma clara ofensa aos princípios da Administração Pública, sendo eles o da Moralidade e o da Impessoalidade. Em sua decisão, o Ministro declara:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público "lato sensu".  
O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da "res publica".

Percebe-se, ademais, conforme o caso concreto em tela, que o Direito Administrativo e seus institutos, precisaram se adequar aos princípios e normas constitucionais, principalmente àqueles descritos no caput do artigo 37 da Constituição. Ou seja, além de estarem vinculados à legislação infraconstitucional, os atos administrativos devem se sujeitar ao crivo constitucional (HASSELMANN, 2020).

Com base no caso em questão, observa-se que, a legitimação legal para impedir a nomeação do ex-presidente ocorreu com base na violação de princípios constitucionais. Mesmo que o Presidente da República, conforme explícito no art. 87 da CF, goze de plena liberdade para escolher seus Ministros de Estado, de acordo com Mendes (2016, p. 18), "o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade".

No fim, o Ministro Relator deferiu a medida liminar e suspendeu a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro da Casa Civil. Observa-se que, mesmo um ato administrativo tendo base legal para ser executado, ele não gozava de base principiológica para sua realização.

### **3 EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A constitucionalização do Direito Administrativo foi ampliada com o advento do texto constitucional de 1988 ao ter incluído princípios e valores considerados norte da atuação de todos os Poderes do Estado. O supracitado fenômeno edificou rápidos efeitos no princípio da legalidade, que foi significativamente estendido, e na discricionariedade da Administração, que conseqüentemente foi diminuída. A discricionariedade administrativa é definida como o poder que a lei dá à Administração para analisar a situação concreta, conforme critérios de oportunidade e conveniência, e selecionar uma entre as soluções, todas válidas perante o direito (PIETRO, 2012, p. 90).

Nesse sentido, se o princípio da legalidade se ampliou e o Direito aferiu supremacia material e formal à Constituição Federal de 1988, o efeito previsível de tais ocorrências é que a margem de liberdade da Administração Pública restou significativamente minimizada, à medida que o controle jurisdicional dos atos administrativo foi proporcionalmente aumentado. A mudança do princípio da legalidade foi seguida pela progressão da discricionariedade estatal, conforme seria esperado. Logo, o aumento da área de incidência e/ou reconhecimento da legalidade foi acompanhada pela diminuição da discricionariedade (ALEXANDRINO; PAULO, 2018).

Em suma, percebe-se que a constitucionalização do Direito minimizou a discricionariedade administrativa. Leia-se com cuidado, pois a constitucionalização diminuiu a discricionariedade, mas não a aniquilou. E a justificativa para isso não requer notório esforço. Nos dias atuais, os princípios e as regras constitucionais demonstram-se obrigatórios à Administração Pública, cuja onde a discricionariedade está restringida não somente pela lei, mas por todos os valores e princípios assegurados constitucionalmente, caracterizando a legalidade em seu sentido abrangente.

Dessa maneira, é possível aferir que houve uma expansão do sentido da lei, tendo em vista que ela passou a ser percebida sob o ponto de vista formal, porque é originada do Poder Legislativo; e sob o material, porque tem um viés axiológico e tem como objetivo estabelecer os valores constitucionais. Assim, o ato administrativo, com carimbo da discricionariedade legítima, será aquele realizado com uma adequada avaliação dos efeitos diretos e indiretos. Se demonstrará lícito se - e apenas - se estiver atrelado às regras legais e, simultaneamente, ao ordenamento jurídico de

modo geral. A discricionariedade é então percebida como ligada à Constituição e ao sistema de direitos fundamentais (FREITAS, 2013).

A autoridade pública, nos atos discricionários, tem liberdade para elevar suas decisões, mas apenas com o intuito de fomentar o direito fundamental à boa administração. Por sua vez, na prática de atos vinculados, o administrador emana apenas o mínimo de juízo indispensável à materialização dos princípios e valores jurídicos. A transição do Estado Liberal para o Estado de Direito ligou a lei aos ideais de justiça e valorizou os direitos fundamentais do indivíduo com a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não há dúvidas de que a Constituição atual prioriza os direitos fundamentais e, por outro lado, introduziu uma nova concepção do princípio da legalidade, de forma ampla, para incluir todos os valores e princípios consolidados, seja explícita ou implicitamente, constitucionalmente.

Como efeito, o princípio da legalidade foi, de maneira inédita, incluído expressamente na Constituição, sendo imposto à Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios. Todavia, isto não indica que a escolha do constituinte tenha sido pelo formalismo originário do positivismo jurídico, uma vez que, da própria Constituição Federal de 88, advêm outros princípios que possibilitam reforçar o retorno do Estado de Direito, em substituição ao Estado Liberal (BRASIL, 1988).

Para além da parte introdutória da Constituição, que expressa seus princípios fundamentais, em muitas outras partes é possível perceber a preocupação com certos valores que devem ser respeitados ao desempenhar a função do Estado, e que estão ligados à concepção de liberdade, segurança, desenvolvimento, isonomia, etc. Nessa toada, a doutrina nacional cita vários elementos que podem ter colaborado para a diminuição da discricionariedade, porém, dentre eles, ressaltam-se dois: a) a teoria do desvio do poder; e b) a teoria dos motivos determinantes (MELLO, 2014).

Em poucas palavras, a primeira permitiu ao Poder Judiciário analisar o objetivo perseguido pelo administrador com a prática do ato administrativo, para confirmar se a mesma usou suas competências de forma lícita para alcançar fins diferentes daqueles prescritos na lei. Dessa maneira, inseriu-se um primeiro elemento de moralidade na seara do Direito Administrativo.

A teoria dos motivos determinantes também impôs balizas à discricionariedade da Administração Pública, uma vez que permitiu que o Poder Judiciário examinasse a legalidade das razões que levaram a Administração Pública a tomar determinada

ação. O reflexo disso é que, atualmente, o juiz pode verificar se a decisão está de acordo com os fatos dispostos, aplicando os princípios da proporcionalidade dos meios e dos fins.

Porquanto, nota-se que a discricionariedade administrativa não é percebida como um poder político, mas sim jurídico (já que balizada por leis) e tem sido sujeita a diversas limitações por diferentes motivos, sendo relevante a constitucionalização do Direito Administrativo, que pode ser definida como a inclusão dos princípios e valores constitucionais no conceito de legalidade.

### 3.1 A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O constituinte optou por, no caput do artigo 37 da Constituição, determinar os princípios regentes da administração pública de forma explícita. A partir da promulgação, o direito administrativo, como fora exposto anteriormente, passou a ser regido por cinco princípios norteadores, sendo eles: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em decorrência da implementação desses princípios explícitos, nas palavras de Mesquita de Almeida, ocorreu uma delegação de autoridade dos princípios constitucionais, onde o Estado deve se curvar e zelar pelos categóricos principiológicos. Tais conjuntos de dogmas e entendimentos deram luz à chamada teoria da Principialização do Direito. Observa-se, ademais, a nítida influência do movimento Pós-positivista no direito público moderno brasileiro.

Ao realizar uma análise aprofundada da teoria principiológica, percebe-se que cada princípio, sejam eles explícitos ou implícitos, mudaram os entendimentos sobre a interpretação e aplicação das normas na Administração Pública. Uma análise deveras importante, recai sobre a legalidade.

O princípio da legalidade determina que o Estado apenas deverá fazer aquilo que a lei autorizar. A partir do entendimento de Carvalho Filho, o Brasil finalmente, após anos de regime autoritário, reconheceu o pressuposto do Estado Democrático de Direito; ou seja, o regime onde o Estado se sujeitará as próprias leis por ele promulgadas.

Dessa forma, percebe-se o estabelecimento da supremacia da lei, ou seja, a atividade administrativa apenas é dotada de legalidade quando não contraria a norma vigente. Além disso, por analogia, tem-se o entendimento de que o poder público, caso

contrarie a legalidade, ele contraditará os direitos fundamentais – a vontade popular (MARRARA, 2014).

Sobre esse instituto, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 03, 2012) discorre:

o princípio da legalidade era entendido no sentido da vinculação negativa, significando que a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe: a lei define apenas as esferas jurídicas dos cidadãos como limite ao arbítrio do poder; a essa esfera limitava-se o controle judicial;

Em decorrência dessa imposição, portanto, percebe-se uma correlação entre a legalidade administrativa e a constitucionalização dos direitos. Uma vez que, na contemporaneidade, a atuação administrativa passou a se preocupar não apenas com obedecer àqueles pressupostos definidos em lei, positivados, mas, também, visando consagrar e respeitar, os direitos fundamentais, através do respeito aos princípios constitucionais (OLIVEIRA, 2021).

## **CONCLUSÃO**

Com a realização do presente trabalho, verificou-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, oriunda da redemocratização brasileira e intensamente influenciada por valores humanitários elencados, existiu o declínio de um regime antidemocrático para uma nova etapa do constitucionalismo do país, fundada na atenção e cuidado com a garantia e concretização dos direitos fundamentais dispostos no âmago do texto constitucional. Assim, imperioso evidenciar que os textos anteriores possuíam disposições e valores que não eram plenamente respeitados, assim, existia uma grande inefetividade constitucional.

A Constituição Federal se encontra no topo da hierarquia jurídica brasileira, e suas disposições são consideradas legítimas em observância ao princípio democrático. Todas as autoridades públicas estão ligadas, de forma positiva e negativa, à Constituição, não lhes sendo viável o descumprimento de dispositivos constitucionais, cabendo-lhes ainda a inserção de comandos e a concreção dos valores constitucionais.

Dessa forma, restou exposto que a atuação da Administração Pública está abalizada pelos mesmos princípios constitucionais, a normatização oriunda da

principiologia constitucional emana uma reestruturação dos atos da Administração Pública, assim, o ato administrativo deve seguir e respeitar as premissas da CF/88. A procura pela justiça e pelo bem-estar social, fez com que o Direito Administrativo se adequasse à luz do texto constitucional, na salvaguarda das prerrogativas e direitos aos administrados. Assim sendo, a Administração Pública deve, indispensavelmente, cumprir os ditames constitucionais quando do exercício de suas funções, isto é, na tomada de decisões e no cumprimento dos atos administrativos.

A constitucionalização do Direito Administrativo, logo, indica a ligação direta da Administração à Constituição Federal, ajustando a legalidade em juridicidade administrativa, ao passo que a lei deixa de ser o único fundamento da atuação da Administração Pública para se tornar somente mais um dos princípios do sistema de juridicidade estipulado constitucionalmente.

Após examinar os efeitos da constitucionalização sobre o poder discricionário da Administração Pública, chegou-se ao entendimento de que a margem de liberdade criativa do administrador, sempre lhe atribuída por disposição legal, foi significativamente diminuída, pois a obrigação de acatar às normas e princípios atualmente estabelecidos na Constituição Federal acabou por abalizar a conduta da Administração.

Portanto, o principal objetivo desta pesquisa foi alcançado, ao ratificar que os valores e princípios previstos na ordem jurídica, sobretudo os que estão listados no texto da Constituição Federal de 1988, seja de maneira explícita ou até mesmo implícita, como os da razoabilidade, interesse público, moralidade e justiça, restringem a atuação do Estado. Em outras palavras, quanto mais se fortalece o princípio da legalidade, menor é a discricionariedade.



## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26ª ed. São Paulo: Método, 2018.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. Saraiva Educação SA, 2018.

BARROSO, L. Roberto. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. RePro, São Paulo, n. 233, v. 39, jul. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa: o controle de prioridades constitucionais**. Revista NEJ – Eletrônica, v. 18, n.3, p. 416-434, set./dez. 2013.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Mutações no princípio da legalidade: a juridicidade no Direito Administrativo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-06/gussoli-juridicidade-norma-motora-direito-administrativo>. Acesso em: 01 dez. 2022.

HASSELMANN, Gustavo. **A constitucionalização do Direito Administrativo - A propósito da recente decisão liminar do STF suspendendo a nomeação do diretor geral da polícia federal**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326502/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo---a-proposito-da-recente-decisao-liminar-do-stf-suspendendo-a-nomeacao-do-diretor-geral-da-policia-federal>. Acesso em: 01 dez. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2014.

MADAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARRARA, T. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v1i1p23-51. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561>. Acesso em: 24 set. 2022.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.070 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf> Acesso em: 20 out. 2022.

MESQUITA ALMEIDA, ROGÉRIO GOMES DE. **Uma análise principiológica dos contratos: com base na Constituição Federal 1988 e os seus princípios**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/uma-analise-principiologica-dos-contratos-com-base-na-constituicao-federal-1988-e-os-seus-principios/#:~:text=De%20outra%20maneira%2C%20o%20fen%C3%B4meno,conhecido%20como%20Principializa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito>. Acesso em: 24 set. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, **Princípio da juridicidade e o conceito de improbidade administrativa**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/11/05/principio-da-juridicidade-improbidade/>. Acesso em: 01 dez. 2022.