

**SE O DIREITO ADMINISTRATIVO FICA, O DIREITO CONSTITUCIONAL NÃO PASSA:  
PERSPECTIVAS DO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO SOBRE UMA VELHA  
QUESTÃO.****IF ADMINISTRATIVE LAW REMAINS, CONSTITUTIONAL LAW DOES NOT PASS:  
PROSPECTS OF CONTEMPORARY PUBLIC LAW ON AN OLD QUESTION.****Patrícia Baptista<sup>1</sup>  
Daniel Capecchi<sup>2</sup>****Resumo**

O presente artigo tem o objetivo apresentar perspectivas do direito público contemporâneo sobre a velha questão da relação entre direito constitucional e direito administrativo. Busca demonstrar, neste propósito, a necessidade de superar a relação pendular de dominância que se estabeleceu entre ambas as disciplinas jurídicas. Apresenta um novo paradigma para a análise da relação entre os dois campos do direito público, fundado na percepção de que um não pode atuar de forma solitária ou dominante com relação ao outro. Argumenta que tal relação deve ser simbiótica, sob o risco de gerar um direito constitucional incapaz de cumprir suas promessas e uma burocracia insensível a suas obrigações e compromissos em dado regime constitucional. O texto discorre sobre um contexto histórico, político e social que corrobora a necessidade de avançar academicamente no equilíbrio entre direito constitucional e direito administrativo. E aponta duas abordagens que podem colaborar com esse projeto. De um lado, a tentativa de criar categorias de direito constitucional aptas a encontrar concretude na prática burocrática e, do outro, estudos normativos e empíricos que tratem a burocracia como uma fiadora das promessas constitucionais. Por fim, faz uma breve descrição do “constitucionalismo administrativo” norte-americano indicando caminhos para que a Administração Pública possa se engajar na interpretação constitucional.

**Palavras-Chave:** direito público; direito administrativo; direito constitucional; relação simbiótica; constitucionalismo administrativo.

**Abstract**

This article aims to present contemporary public law perspectives on the relationship between constitutional law and administrative law. It advocates the need to overcome the pendulous relationship of dominance historically established between those disciplines. The text proposes a new paradigm to analyze the relationship between those two fields. This new paradigm is based on the perception that one cannot act alone or can dominate the other. As a consequence, it is argued that this relationship must be seen as a symbiotic one, otherwise there is a risk of producing a constitutional law unable to fulfill its promises and a bureaucracy insensitive to its obligations and commitments within the constitutional system. The Brazilian historical, political and social context is presented in order to demonstrate an urgent need to advance academically with a symbiotic perspective of the relationship between constitutional law and administrative law. In this scenario, two approaches are suggested. The first is an attempt to design a catalogue of constitutional rights

---

<sup>1</sup> Professora adjunta de direito administrativo da Faculdade de Direito da UERJ e do PPGD/UERJ. Doutora em direito do Estado pela USP. E-mail: patriciafbaptista@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em direito público pela UERJ. E-mail: dcapecchi@globo.com

able to be effective in bureaucratic practice and, the second, the conduction of normative and empirical studies on the bureaucracy's role as a guarantor of constitutional promises. Finally, the text presents American legal literature called "administrative constitutionalism" in order to inspire future studies on how Public Administration can engage in constitutional interpretation.

**Keywords:** public law; administrative law; constitutional law; symbiotic relationship; administrative constitutionalism.

**DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO CONSTITUCIONAL: REPENSANDO A RELAÇÃO**

O direito público — que é bem jovem — cuida, de modo geral, das interações jurídicas entre o Estado e os indivíduos. Com o tempo, foram se especializando os campos de estudo dessas diversas relações a partir de determinados enfoques. Porém, os domínios das disciplinas que compõem o estudo do direito público mantêm intensa conexão e se sobrepõem com grande frequência. Chegou a existir até uma disputa de dominância, nem sempre tão surda, entre o direito administrativo e o direito constitucional. Principalmente no limiar do século XX, quando ambas as áreas de estudo ainda procuravam se firmar, a literatura de então se dedicava a estabelecer os limites das disciplinas e a natureza e intensidade das suas relações<sup>3</sup>.

Nessa história, por vezes, um pouco conturbada, ficou conhecida uma frase do publicista alemão Otto Mayer que, no afã de sustentar a maior estabilidade do direito administrativo frente à inconstância do direito constitucional, afirmou que *o direito administrativo permanece, enquanto o direito constitucional passa*<sup>4</sup>.

A partir do segundo pós-guerra, a ascensão do constitucionalismo e a consequente consolidação da força normativa da Constituição arrefeceu em grande medida esse debate. Ao atrair todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito privado, para a sua zona de influência, a Constituição assume uma posição de proeminência e irradia o seu projeto para todos os campos do estudo do direito. De tal forma que todas as demais normas e institutos passam a ser lidos através das lentes constitucionais<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Discorrendo sobre o tema, cf. Odete, MEDAUAR. O Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.157 e ss. Apontando a existência de uma hegemonia do direito administrativo ao longo do século XIX, Jacques CHEVALIER diz que essa hegemonia resultaria “da consolidação progressiva, ao longo de todo o século XIX, de uma área que a herança imperial havia deixado vulnerável: o reforço da independência do juiz administrativo e o progresso da jurisprudência iriam se conjugar com um trabalho de sistematização doutrinária, desembocando na construção de uma verdadeira disciplina: dotada de uma sólida armadura jurisprudencial e conceitual, o direito administrativo podia pretender reconduzir a si uma ciência administrativa que havia manifestado veleidades de emancipação e aparecer como elemento estável do direito público. (...). Esse avanço no poderio do direito administrativo lhe dá uma posição central no seio do direito público.” Jacques CHEVALIER. Le Droit Administratif entre Science Administrative e Droit Constitutionnel. In: Le droit administratif en mutation (obra coletiva). Paris: PUF, 1993, p. 13-7

<sup>4</sup> No Prólogo de 29 de agosto de 1923 à 3ª edição do seu *Deustches Vervaltungrecht*. Apud Rebollo, Luís Martín. Constitución, Derecho Aministrativo y Estado Autonómico. Ed. Asamblea Regional de Cantabria, 1989, p. 68.

<sup>5</sup> O tema da constitucionalização do direito administrativo já mereceu a atenção da primeira autora em estudos anteriores: Cf. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; Retrospectiva 2008: a crise econômica mundial e o papel da regulação estatal, os vinte anos da constitucionalização do direito administrativo no Brasil, a emergência do direito administrativo global e

No Brasil, particularmente, este processo esteve atrelado historicamente ao da redemocratização do país. A ascensão do constitucionalismo veio simultaneamente à implantação e ao esforço de consolidação de um Estado democrático de direito — que, vale destacar, ainda não deve ser considerado acabado, especialmente na parte que refere à Administração Pública. Assim, pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro longe de passar imune, foi, ao contrário, talvez a disciplina jurídica mais fortemente alcançada pela nova ordem constitucional. Forçado, para o bem, praticamente a reinventar-se.

A constitucionalização do direito administrativo brasileiro chacoalhou e persiste chacoalhando paradigmas e premissas clássicas da disciplina. Forçou — e continua forçando, porque o direito é naturalmente apegado a interpretações retrospectivas — a releitura de praticamente todos os seus institutos<sup>6</sup>. Trouxe tutela a um cidadão que não era mais que um súdito de um Estado acostumado ao autoritarismo de decisões unilaterais e imperativas.

Porém, nos últimos tempos, arrefecido de algum modo o encantamento do constitucionalismo — que, embora tenha levado a avanços notáveis, também não foi, nem se devia esperar que fosse, a panaceia para os problemas do Estado —, têm surgido estudos que apontam para a existência de uma relação de dependência recíproca entre o projeto constitucional e a realidade da Administração Pública. A realização do primeiro dependendo da segunda, tanto como esta retira daquele a sua conformação.

Nesse contexto, embora pareça ultrapassado discutir que ramo ocupa a primazia no campo do direito público, mostra-se mais importante do que nunca revelar e compreender como opera essa interdependência. Sem Administração e burocracia aparelhadas e comprometidas com a realização dos fins constitucionais, o projeto constitucional se frustra. Frustração cotidiana, especialmente na realização dos direitos fundamentais de segunda geração. Ao mesmo tempo, não se pode perder de vista que a própria compreensão do projeto constitucional passa pelas lentes da Administração. Assim, pedindo licença para parodiar, sob uma nova ótica, a conhecida afirmação de Otto Mayer: *se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa*.

---

outras questões. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 31-45, 2009; Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois. Reflexões críticas e desafios para os próximos 15 anos. In BAPTISTA, Patrícia; BRANDÃO, Rodrigo (orgs.). Direito Público. Coleção Direito UERJ 80 anos. 1.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 8, p. 385-409.

<sup>6</sup> Ainda existem rincões a alcançar, como, por exemplo, algumas leituras e interpretações acerca do regime da intervenção do estado na propriedade, especialmente o das desapropriações, que, pouco a pouco, tem sido revisto pela jurisprudência à luz da proteção constitucional.

É nesse tema — que aponta para o direito administrativo como um dos mais importantes instrumentos de realização do projeto constitucional no cotidiano do cidadão — que o presente estudo pretende modestamente avançar. Como alcançar um casamento bem-sucedido entre o direito constitucional e o direito administrativo é o que se tratará de examinar.

### **Simbiose: uma relação dinâmica e de dependência recíproca**

As discussões sobre a natureza e a intensidade das relações entre o direito administrativo e o direito constitucional, embora antigas, ainda persistem na literatura publicista<sup>7</sup>. Ao mesmo tempo em que o direito administrativo foi atraído por completo para a zona de influência do direito constitucional, deixando para trás a abordagem dogmática inicial inspirada no direito privado<sup>8</sup>, também o direito constitucional se vê (re)desenhado pela interpretação e aplicação da Constituição por parte dos atores administrativos. É o que Gillian Metzger, professora da Universidade de Columbia, chama de *constitucionalismo administrativo*<sup>9</sup>.

“Na prática, o constitucionalismo administrativo também compreende a elaboração de novos entendimentos constitucionais por parte de atores administrativos, tanto quanto a construção (ou ‘constituição’) do Estado administrativo por meio de medidas estruturais ou substantivas”.<sup>10</sup>

De fato, a maior parte do governo ocorre no nível administrativo e, portanto, é no cotidiano da Administração Pública que surge com frequência a maioria das questões constitucionais. O moderno Estado administrativo tem um papel central no sistema constitucional contemporâneo<sup>11</sup>. As constituições limitam o governo, criam as instituições e estabelecem regras fundacionais. O direito administrativo, por seu turno, realiza várias dessas funções e o faz de modo menos grandioso, mas mais próximo ao cidadão. Como destaca Tom Ginsburg, há uma íntima relação e razoável superposição entre o direito administrativo e o direito constitucional, já que ambos cuidam das relações entre os cidadãos e o Estado, porém o alcance do direito administrativo acaba sendo maior porque disciplina uma gama muito mais ampla de relações e comportamentos dos cidadãos. O direito administrativo, diz o autor, “é *constitucionalista na*

---

<sup>7</sup> Para abordagens contemporâneas sobre o tema, confirmam-se os textos de CASSESE, METZER e GINSBURG citados na sequência.

<sup>8</sup> Cf. CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto, 10 Int'l J. Const. L. 603 (2012) [Oxford Journals].

<sup>9</sup> Nesse sentido, METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. Texas Law Review, vol. 91, June 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2269773>

<sup>10</sup> Idem, ibidem.

<sup>11</sup> Idem, ibidem.

*orientação e possivelmente mais importante para mais pessoas do que as grandes questões de direito constitucional”<sup>12</sup>.*

Em linha de convergência, Jerry Mashaw, professor da Universidade de Yale, chama atenção para a realidade do Estado administrativo contemporâneo. O autor registra, com eloquência, que o direito público produzido pela Administração acaba afetando mais intensamente a vida do cidadão que a normatividade oriunda dos demais Poderes e que isso de algum modo subverte a noção de democracia imaginada a partir das premissas constitucionais:

“A maior parte do direito público é originalmente legislativo, porém de conteúdo administrativo. As leis dão poderes e instruem os administradores, mas apenas em um grau relativamente genérico. (...) O direito a ser realmente aplicado emerge das regras adotadas e das decisões editadas pelos administradores que implementam essas leis (...). Os regulamentos e julgamentos administrativos superam, numericamente e em efeitos práticos, a produção legislativa do Congresso e as decisões dos Tribunais. Embora isso raramente seja perceptível para um leitor de nossa Constituição setecentista ou da imprensa popular contemporânea, vivemos em um Estado administrativo. (...)

Enquanto a imprensa relata indefinidamente as maquinações dos políticos nacionais e estaduais, os cidadãos encontram-se mais com administradores. Votamos em congressistas, legisladores estaduais e o prefeito, mas lidamos, em primeiro lugar com o IRS, com a administração de seguridade social, com o departamento de veículos motores, com inspetor de edificações e com a repartição fiscal. (...). A dominação cotidiana, numérica e constatada da produção normativa administrativa sobre a legislativa e a judicial parece ao mesmo tempo inevitável e preocupante. Inevitável, porque ao demandarmos mais do governo demandamos mais administradores para implementar os programas e políticas adotadas. Preocupante, porque o governo pela administração afronta a concepção comum acerca de como a democracia americana deve supostamente operar. (...). Os cidadãos, enquanto isso, imaginam o que significa ter uma ‘democracia’ significativamente dirigida por desconhecidos e anônimos burocratas (...).”<sup>13</sup>

As reflexões advindas da literatura jurídica norte-americana contemporânea evidenciam que o tema das relações entre o direito administrativo e o direito constitucional não envelheceu. Apenas que, atualmente, a academia percebe de forma mais clara que não se trata de um processo de dominação de uma disciplina pela outra — como, por muito tempo, entre a segunda metade do século XIX e a primeira do século XX, se debateu —, mas de uma relação dinâmica de mútuo

---

<sup>12</sup> Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law. In *Comparative Administrative Law*. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010, pp. 117 e ss.

<sup>13</sup> Cf. Greed, *Chaos & Governance: Using Public Choice to improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 106-7. Embora o autor, evidentemente, tenha considerado a realidade norte-americana, não parece que o Brasil se distancie desse modelo de Estado administrativo.

condicionamento. O reconhecimento do Estado contemporâneo como um Estado administrativo tem relação direta com essa percepção.

Especificamente no contexto brasileiro, um exame anterior, mas ainda necessário, é se aferir até que ponto houve êxito efetivo na atração da Administração Pública para a zona de influência da Constituição. A Constituição de 1988 dedicou inédito tratamento à Administração Pública. Todavia, embora a Administração tenha ido para dentro da Constituição, será que a Constituição foi realmente para dentro da Administração Pública brasileira?

Por um lado, é inequívoco que houve avanços no reconhecimento da posição jurídica do cidadão perante a Administração Pública. O direito já não dá guarida ao voluntarismo decisionista do administrador público (embora este ainda resista em algumas práticas administrativas persistentes). Cada vez menos se toleram motivações parciais ou inespecíficas fundadas em fórmulas genéricas como *supremacia do interesse público* ou *indisponibilidade do interesse público*, sem que esses interesses sejam concretamente apontados e sopesados com os demais que com eles conflitem. O juízo da proporcionalidade encontra no direito administrativo um dos seus campos mais férteis de aplicação, como parâmetro de controle da ação pública.

A onipresença do discurso constitucional nas instâncias de controle da ação pública revela o avanço do constitucionalismo nos domínios do direito administrativo. O direito administrativo foi significativamente densificado por essas pautas de ação e controle. E isso deve ser enxergado com otimismo, como um avanço dos domínios do Estado de Direito no país.

Por outro lado, a estrada ainda não está completa. O Estado brasileiro permanece cronicamente opaco e corrupto. Os parâmetros republicanos de ação pública — impessoalidade, publicidade, isonomia — ainda precisam ser cotidianamente reclamados e impostos de forma heterônoma. Como foi dito em outra ocasião — e infelizmente continua valendo —, o Estado de Direito ainda não é uma realidade completa nos mais de oito milhões de metros quadrados do país<sup>14</sup>. Das mais de cinco mil administrações públicas brasileiras, nem todas conseguiram alcançar até aqui um mínimo razoável de adequação à legalidade constitucional.

Um efeito reflexo do constitucionalismo sobre a disciplina jurídica da Administração foi a proliferação de pautas abertas de controle da ação pública. O constitucionalismo de princípios trouxe consigo um razoável grau de indeterminação na aplicação do Direito, capaz de

---

<sup>14</sup> BAPTISTA, Patrícia. Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Charleston: Amazon Createspace, 2014.

comprometer inclusive a realização da função social básica do Direito, que é garantir a estabilidade e a previsibilidade das relações sociais.

Os excessos da principiologia de base constitucional (ou, até, não constitucional, como é o caso de diversos princípios ditos *gerais do direito administrativo*) devem ser combatidos. É hora de se dar um passo atrás e de se buscar um pouco mais a certeza das regras. A razão está com Carlos Ari Sunfeld, *princípio não é preguiça*<sup>15</sup>. O abuso dos princípios é perigoso, traz insegurança, serve de arma para *espertos e preguiçosos*, que se sentem desonerados dos ônus argumentativos mais intensos e concretos das decisões jurídicas, sejam elas judiciais ou administrativas. E, pior, muitas vezes serve de fundamento para o afastamento da aplicação da lei, corroendo ainda mais a legitimação democrática da decisão.

A constitucionalização provocou uma quase revolução no direito administrativo e ainda se faz necessário aprofundá-la em alguns campos. Paralelamente, porém, parece importante chamar atenção para a dependência que a realização do projeto constitucional tem de sua absorção pelo Estado administrativo. Como, em grande parte, a Constituição se realiza para o cidadão pela via da Administração Pública, as leituras e interpretações que a Administração Pública faz do texto constitucional passam a ser fundamentais para o próprio direito constitucional. É ali, nesse campo cotidiano e comezinho, das relações triviais do cidadão com o Estado, que o fenômeno constitucional acaba sendo percebido. Aos estudiosos de ambas as matérias não é dado ignorar tal realidade.

### **Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: uma perspectiva contemporânea**

A relação entre a sociedade civil<sup>16</sup> e a Administração Pública na história da construção do Estado brasileiro é repleta de controvérsias e complexidades. Nossa concepção de direitos fundamentais, ponto central dessa relação, é marcada pelo que José Murilo de Carvalho<sup>17</sup> chama de “estadadania”. Nessa perspectiva, os direitos resultam frequentemente percebidos como uma dívida oriunda da “boa vontade estatal”<sup>18</sup>. De tal forma de encarar as relações políticas resultam

---

<sup>15</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205 e ss.

<sup>16</sup> Cf. COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge: The MIT Press, 1992.

<sup>17</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

<sup>18</sup> Um exemplo ilustrativo dessa visão diz respeito à luta pela abolição da escravatura que, muitas vezes, é tratada, exclusivamente, como uma dívida de determinada autoridade, deixando-se de lado a dimensão da



muitas das nossas tradicionais mazelas políticas e sociais, tais como o patrimonialismo e o coronelismo<sup>19</sup>.

O nascimento da Nova República e a promulgação da Constituição de 1988 representaram a possibilidade de superar esse cenário. Ambos os acontecimentos encarnavam uma promessa de redenção<sup>20</sup> que sinalizava no horizonte a possibilidade de mudança. Acreditava-se que, com a consolidação da democracia, uma nova cultura democrática de direitos seria capaz de fortalecer o cidadão e a sociedade, em detrimento do Estado – naquele momento, fortemente identificado com o aparelho repressor.

É que a luta por democratização que resultou na superação do regime militar e no nascimento da Constituição tinha como um de seus principais agentes a sociedade civil.<sup>21</sup> Pode-se dizer que, se a força do regime militar se baseava em uma arena pública amordaçada — verdadeiro “armistício forçado”<sup>22</sup> com a oposição —, a democracia emergia da sociedade. Muito por isso, apostava-se que o influxo dos diversos grupos da sociedade civil que lutaram pela redemocratização e participaram ativamente na Assembleia Constituinte garantiria que a Constituição, “[c]omo caramujo, guardar[ia] para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio”.<sup>23</sup>

Em tal cenário, era natural que as atenções acadêmicas tivessem se voltado substancialmente para o estudo da Constituição e do direito constitucional, como já se mencionou acima. Aparentemente, a prática estatal e a sociabilização pública seriam imbuídas, gradualmente,

---

luta dos próprios escravizados por sua libertação. Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. Brasil: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. pp. 129-150.

<sup>19</sup> Nesse sentido, de modo geral, os clássicos são LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 43-74; FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro. v. 2. 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000. pp. 361-382. MATTA, Roberto da. Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. pp. 193-272.

<sup>20</sup> Para a ideia de constituição como promessa de redenção, cf. BALKIN, Jack M. Constitutional Redemption: political faith in an unjust world. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

<sup>21</sup> SKIDMORE, Thomas E. A lenta via brasileira para a democratização; 1974-1985. In STEPAN, Alfred (org.). Democratizando o Brasil. Trad, Ana Luíza Pinheiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. pp. 25-82; LAMOUNIER, Bolívar. “O “Brasil autoritário” revisitado: o impacto das eleições sobre a abertura” In: STEPAN, Alfred (org.). Democratizando o Brasil. Trad, Ana Luíza Pinheiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. pp. 83-134

<sup>22</sup> A expressão é de O’Donnell e Schmitter. Cf. O’DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. Transições do Regime Autoritário: primeiras conclusões. Trad. Adall Sobral. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. pp. 83-95.

<sup>23</sup> A afirmação é do então Presidente da Assembleia Constituinte, Ulisses Guimarães. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-(10-23).html), acessado em: 21.4.16.

pelo espírito garantista que inspirava o novo regime. No entanto, desde o primeiro momento, apontava-se que a burocracia permanecia atada ao modo de funcionamento do regime autoritário. Promulgada a Constituição, já surgiam críticas quanto, por exemplo, à transparência e a responsividade na burocracia estatal<sup>24</sup>.

O problema, que se estende durante todo o período de nossa recente história republicana<sup>25</sup>, pode ser resumido como um descompasso doutrinário e institucional entre a nossa extensa declaração de direitos e aquilo que Gargarella chama de “casa de máquinas”<sup>26</sup> da Constituição, ou seja, o espaço de operação real das instituições e concretização das promessas constitucionais. Dessa forma, muitas vezes, a extensão constitucional de direitos fundamentais ou sua elaboração doutrinária mais sofisticada não encontrou reflexo na prática burocrática cotidiana<sup>27</sup>.

Essa visão histórica ultrapassa, fortemente, os portões da academia, atingindo em cheio à vida cotidiana dos cidadãos brasileiros. Por exemplo, quando alguém recebe uma multa de trânsito injustamente aplicada e, recorrendo à repartição administrativa competente, vê o seu recurso rejeitado sem uma fundamentação minimamente adequada — situação corriqueira nos órgãos de trânsito país afora —, o que acontece é tanto uma violação de um direito fundamental do indivíduo, quanto de seu sentimento de cidadania. Mais uma vez, invocando o excelente texto de Tom Ginsburg:

“O cidadão médio não é um dissidente preocupado com a limitação estatal do discurso político; nem é o cidadão médio um criminoso preocupado com as previsões constitucionais sobre o processo penal. Melhor dizendo, o cidadão médio encontra-se com o Estado em uma miríade de pequenas interações, envolvendo licenças de motorista, permissão para pequenos negócios, pagamentos da previdência social e impostos. É aqui que os pneus encontram a estrada do constitucionalismo, onde previsibilidade e restrições à arbitrariedade são ao menos mais fáceis de serem percebidas e tem mais possibilidades de atingir um grande número de cidadãos. Assim, parece claro que o Direito Administrativo é constitucionalista em orientação e

---

<sup>24</sup> DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato R. “A consolidação democrática no Brasil: atores políticos, processos sociais e intermediação de interesses”. In DINIZ, Eli, BOSCHI, Renato R.; LESSA, R. Modernização e consolidação democrática no Brasil : dilemas da nova República. São Paulo: Vértice/ IUPERJ, 1989. pp. 63-64.

<sup>25</sup> Nesse sentido. BERCOVICI, Gustavo. “O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece”: A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir. O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. pp. 77-90.

<sup>26</sup> GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 172-195.

<sup>27</sup> “[...] para promover mudança social na Constituição, é necessário, em primeiro plano, afetar a organização do poder”. GARGARELLA, Roberto. Cit. p. 187.

razoavelmente mais importante para mais pessoas que os grandes assuntos de Direito Constitucional. ”<sup>28</sup>

O constitucionalismo existe tanto na divisão entre as possibilidades de participação democrática dos cidadãos na formação da vontade estatal como nas garantias de direitos<sup>29</sup>. Nessa toada, recorde-se, não é possível excluir o papel da burocracia estatal como promotora de direitos fundamentais, no âmbito de Estados democráticos. Uma burocracia infensa à participação popular e desligada de sua obrigação de respeitar e promover direitos é uma burocracia que existe à margem da Constituição. Mais do que isso, trata-se de um obstáculo para o cumprimento das promessas constitucionais, sobretudo, no que concerne aos direitos sociais, tão dependentes da concretização burocrática.

Otto Mayer acreditava na transitoriedade dos regimes políticos que conformam a ordem constitucional e na perenidade da burocracia. Portanto, na sua ótica, justificava-se a perspectiva segundo a qual o direito administrativo, gozando de maior estabilidade no seu sistema, teria uma aptidão protetiva do cidadão maior que a do direito constitucional. Embora a evolução do direito constitucional como ciência jurídica tenha infirmado em boa medida a percepção do professor alemão, parece possível advogar uma nova compreensão da relação entre essas duas disciplinas na atualidade.

De fato, no cenário jurídico contemporâneo, em que se percebe a importância da burocracia para concretizar as promessas e valores da Constituição, a expressão pode ser invertida para que se possa pontuar que “se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa”.

Nesse novo sentido, uma burocracia alheia à identidade constitucional promove uma sensação de verdadeira “impermeabilidade”, não apenas frustrando o sentimento de cidadania na sociedade, como também a própria implementação de um autêntico Estado democrático de Direito. Em uma democracia, não é suficiente que as estruturas institucionais representem valores democráticos. As práticas administrativas devem estar imbuídas de tais valores, sob o risco de se oferecer uma “embalagem democrática esvaziada de conteúdo” para os cidadãos.

---

<sup>28</sup> GINSBURG, Tom. *Written Constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law*. Cit., p. 118

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 3-42. SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 69-96.

Partindo dessas premissas e assumindo que a Constituição — tanto de um ponto de vista político, quanto acadêmico — é um “projeto de legitimidade”<sup>30</sup>, que deve aprender com os erros do passado e buscar um futuro no qual suas promessas sejam realizadas, é possível identificar duas abordagens capazes de demonstrar como a realização do “projeto constitucional” depende da construção e implementação de um direito administrativo que com ele seja comprometido. Em primeiro plano, a importância da concretização dos direitos fundamentais na burocracia e, em segundo plano, as dificuldades de realização das promessas constitucionais sob a perspectiva burocrática.

### **A Constituição dentro da Administração Pública: cidadania e direitos no cotidiano.**

A Constituição de 1988 é o resultado de um longo processo de luta pela democratização e encarnou a esperança da construção de um Estado democrático de Direito no Brasil<sup>31</sup>.

Não é à toa que as primeiras teorias elaboradas por constitucionalistas comprometidos com a Nova República tinham como objeto principal a efetividade<sup>32</sup>. Ao contrário, a busca pela efetivação do texto constitucional, com toda sua carga de direitos, pode ser considerada a dimensão jurídica da luta pela consolidação do novo regime. Parafraçando a feliz expressão de Luís Roberto Barroso, naquele momento histórico, tratava-se de elevar a Constituição à condição de norma, pois ela vinha sendo menos do que isso e, por essa via, perenizar a democracia<sup>33</sup>.

O ovo da serpente dessas teorias, entretanto, parece ter sido depositar uma fé demasiada na capacidade do Judiciário de concretizar as diversas promessas constitucionais elencadas por um texto que ficou famoso por ser pródigo em direitos. De certa forma, acreditava-se que, com os remédios jurídicos apropriados, seria possível concretizar a Constituição e mudar a realidade

---

<sup>30</sup> BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 57.

<sup>31</sup> De maneira muito interessante, Timothy J. POWER defende que a construção da Nova República – com suas disfuncionalidades – se deve a quatro principais momentos institucionais ligados à superação do regime constitucional anterior e às consolidações institucionais criadas no regime constitucional atual. Cf. POWER, Timothy J. “Political Institutions in Democratic Brazil: Politics as a Permanent Constitutional Convention” In KINGSTONE, Peter R; POWER, Timothy J. *Democratic Brazil: actors, institutions and processes*. Pittsburgh: University Of Pittsburgh Press, 2000. pp. 17-35.

<sup>32</sup> cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Ver, também, CLÈVE, Clemerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo” In Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. , p. 34-53.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Efetividade das Normas Constitucionais: por que não uma constituição para valer?* In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 59.

prática, marcada pela total inefetividade constitucional. Nesse momento, as fichas do direito constitucional acabaram por ser depositadas, em sua maioria, na mão de um seus Poderes.<sup>34</sup>

Duas razões principais justificaram tal crença exacerbada no potencial de transformação do Judiciário. Por um lado, uma justificada desconfiança do Poder Executivo, após mais de vinte anos de regime autoritário. Por outro, a história recente do país levava à crença de que muitos dos nossos padecimentos eram, justamente, fruto da ausência de um Judiciário independente e capaz de aplicar a Constituição<sup>35</sup>.

Esse direito constitucional pensado para ser concretizado, precipuamente, pela via jurisdicional acabou gerando diversas perplexidades em seu desenvolvimento doutrinário e institucional. Sobretudo, em um cenário de vasta consagração de direitos sociais e de construção de um complexo Estado administrativo, cujas dimensões técnicas ultrapassam fortemente o conhecimento dos juízes<sup>36</sup>. Além disso, as esperanças depositadas no Poder Judiciário se revelaram, com o decorrer do tempo, excessivas. De maneira semelhante aos outros ramos do Estado, a atuação do Judiciário esbarra em limites institucionais<sup>37</sup> e tem, igualmente, a sua dose de herança autoritária<sup>38</sup>.

Ainda que essa perspectiva “juriscêntrica”, justificada a seu tempo, porém, venha sendo gradualmente substituída por outras visões mais preocupadas com o papel que os diferentes braços estatais exercem na concretização da Constituição<sup>39</sup>, ainda hoje subsiste fortemente no

---

<sup>34</sup> “Diante do conteúdo avançado da Constituição, uma das preocupações centrais da teoria constitucional brasileira passa a ser incrementar a sua força normativa. Isso ocorreria, contudo, não por meio de uma síntese com a realidade constitucional, com propunham os constitucionalistas alemães da teoria concretista, mas pelo desenvolvimento de uma “dogmática da efetividade”, centrada na atuação do Judiciário”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 198.

<sup>35</sup> Rodrigo Brandão demonstra isso de maneira magistral em sua tese de doutorado. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial ou Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: 2012. pp. 79-180.

<sup>36</sup> É bastante problemática, por exemplo, a questão da tutela dos direitos sociais relacionados à saúde. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 63, p. 320-344, 2008.

<sup>37</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. “Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização” In SARMENTO, Daniel (org.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>38</sup> Cf. PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. pp. 31-50 e 283-296.

<sup>39</sup> Nesse sentido, os trabalhos que introduziram a teoria dos diálogos institucionais no debate brasileiro, foram muito importantes para abrir espaço para outros enfoques. Por todos, BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial ou Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: 2012.

Brasil uma visão do direito constitucional concentrada na dimensão judicial da efetivação dos direitos fundamentais. Daí a relevância de se propagar novas perspectivas de realização do projeto constitucional.

Como foi argumentado no tópico anterior, em uma ordem constitucional comprometida com a realização de diversos direitos sociais, a importância da burocracia estatal é ainda maior para aferir o grau de concretização e a construção do sentimento de cidadania nas pessoas comuns. Na maior parte das vezes, o cidadão se sentirá efetivamente protegido e com seus direitos garantidos, quando, ao chegar na repartição pública, a sua posição for adequadamente respeitada e as suas questões perante a Administração forem consideradas de forma racional, previsível, transparente e justificada.

No sentido oposto, quando essas condições não são atendidas, o que se estabelece é uma sensação de impotência e de violação do sentimento de cidadania do indivíduo. Tal circunstância é o germen de um sentimento de inferioridade em relação ao outro com enorme potencial destrutivo, em uma ordem constitucional igualitária<sup>40</sup>. É aí que a burocracia acaba se revelando uma importante fiadora das promessas constitucionais.

Além disso, em um Estado democrático de Direito, as questões complexas de direitos fundamentais tendem a ser incidentais. Não é razoável imaginar que a maior parte dos cidadãos vai estar engajada em uma luta complexa por sua liberdade, em um cenário de normalidade. Por outro lado, nesse ambiente ordinário, os desafios da Administração Pública são variados e é no seu interior que as disputas pelos significados da Constituição vão ocorrer com mais frequência.

Certamente, não se pretende com isso afirmar a irrelevância das questões complexas ou do papel fundamental do Judiciário e do Legislativo na concretização dos direitos fundamentais. A proposta aqui é mais modesta: trata-se de vislumbrar uma perspectiva de abordagem para o direito constitucional voltada a pensar a concretização dos direitos fundamentais dentro da burocracia – e não, exclusivamente, pela via jurisdicional ou legislativa. Afinal, se é naquela arena que grande parte da gramática dos direitos ganha concretude e que as pessoas mais frequentemente vivenciam — ou não — o sentimento de cidadania, é necessário pensá-la com mais intensidade, visando à construção de uma teoria com maior capacidade de transformação da realidade cotidiana.

---

<sup>40</sup> Sobre os efeitos destrutivos da falta de reconhecimento na dimensão jurídica da vida humana, Honneth se refere à “perda da capacidade de se referir a si próprio como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos” cf. HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 217.

## Promessas constitucionais e realidade burocrática

Com a transição para o regime democrático, a reelaboração do desenho institucional do Estado brasileiro foi visível. Apesar dos problemas oriundos de várias das escolhas do constituinte<sup>41</sup>, é impossível negar a transformação para um modelo de Estado mais democrático e menos opaco. No entanto, às margens desse processo de transformação estrutural, muitos dos elementos da prática administrativa e da relação entre a cidadania e os órgãos burocráticos mantiveram traços da mentalidade do regime anterior. Em outras palavras, a prática administrativa da burocracia estatal permaneceu com fortes tons autoritários, a despeito das importantes mudanças institucionais<sup>42</sup>.

As reformas dos anos 90<sup>43</sup> buscaram impor maior eficiência na atuação da Administração Pública. Tais reformas, entretanto, não representaram uma melhora substancial na relação entre cidadão e os agentes públicos e, tampouco, a expansão de um sentimento de cidadania real. No pano de fundo dessa questão, há uma dificuldade de compreender o papel da burocracia estatal na concretização das promessas constitucionais, geralmente associadas com a atuação de outros entes estatais “mais visibilizados”, inclusive na perspectiva acadêmica.

Desse modo, se, por um lado, é fundamental garantir uma maior eficiência nas prestações da Administração aos cidadãos, visto que, em última instância, essa é uma garantia de maior concretização dos direitos fundamentais<sup>44</sup>. Por outro lado, ainda é necessário avançar na percepção de que todas as esferas da vida pública devem estar imbuídas dos valores e normas de nossa ordem constitucional, incluindo as mais mezinhas e, aparentemente, desimportantes.

De forma intuitiva, na carência de dados empíricos, não é difícil para os operadores do Direito compreender a dificuldade que o texto constitucional tem de alcançar as extremidades das

---

<sup>41</sup> Uma crítica, por exemplo, envolve a explosiva combinação de multipartidarismo com presidencialismo. Sobre o tema, em uma perspectiva positiva, Cf. MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil Work: checking the president in a multiparty system*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

<sup>42</sup> BERCOVICI, Gustavo. “O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece”: A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir (ed). “O que resta da ditadura: a exceção brasileira”. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 77-90.

<sup>43</sup> Na literatura estrangeira, o Brasil e o Chile são mencionados como dois exemplos latino-americanos de sucesso na implementação de uma burocracia mais especializada e técnica. Cf. ECHEBARRÍA, Kocho; CORTÁZAR, Juan Carlos. “Public Administration and Public Employment Reform in Latin America” In LORA, Eduardo (ed). *The State of State Reform in Latin America*. Nova York: The Inter-American Development Bank, 2007, pp. 123-156.

<sup>44</sup> LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 14, p. 141-166, 2006; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 216-218.

ramificações burocráticas. A lida rotineira com a Administração acaba revelando muitos problemas de ordem constitucional que, em grande parte dos casos, podem passar invisíveis ao olhar do cidadão desconhecedor das normas constitucionais, mas profundamente sensível à sua violação.

A realidade ainda hoje é a de que determinados órgãos e repartições públicas parecem acreditar na superioridade normativa do regulamento, da portaria ou do aviso ministerial em relação à própria Constituição<sup>45</sup>. O vetusto direito de petição continuamente ignorado<sup>46</sup>. A cultura do segredo e da ocultação, prática arraigada. Os efeitos dessas posturas na construção da cidadania e na consolidação do Estado de Direito são significativos.

Portanto, uma perspectiva voltada para o estudo da burocracia e de seus meandros como arenas fundamentais da concretização do projeto constitucional é um passo importante em direção ao aprofundamento da relação entre direito constitucional e direito administrativo. Dentro dessa pauta, há espaço tanto para estudos de natureza empírica voltados à compreensão das dificuldades da burocracia para atuar de acordo com a Constituição, quanto para estudos normativos voltados à revisão de conceitos e a propostas de reformas institucionais capazes de constitucionalizar a prática desses espaços.

## O CONSTITUCIONALISMO ADMINISTRATIVO: POSSIBILIDADES DE APRENDIZADO.

Como já se apontou acima, a relação entre o direito constitucional e o direito administrativo continua sendo revisitada pela literatura jurídica. Sob a designação de “*constitucionalismo administrativo*”, estudos de acadêmicos norte-americanos, empíricos e normativos, enfocam a produção de novos sentidos para a Constituição por meio da atuação da Administração Pública e, mais especificamente, da burocracia.

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. XX: “[...] O Brasil era [antes da Constituição de 1988] um país no qual antes se valorizava a lei ordinária, o regulamento, a portaria, o aviso ministerial. [...]”. Nesse sentido, pode-se dizer que, ainda há espaços na burocracia imunes aos influxos da nova ordem constitucional.

<sup>46</sup> Cita-se, para ilustrar, o exemplo inquietante das repartições da Secretaria da Receita Federal, em que, para o simples ato de apresentar um requerimento, é preciso agendar previamente o atendimento em um Centro de Atendimento ao Contribuinte – CAC. O contribuinte, antes de protocolizar o seu pleito, é forçado a passar por uma espécie de “juízo de admissibilidade” da sua postulação pelo funcionário do atendimento, por vezes terceirizado. A SRF, tendo abolido o conhecido “protocolo” de suas repartições — e, portanto, suprimido do contribuinte — o direito de protocolizar livremente suas postulações, como lhe é assegurado pela Constituição.



Como se sabe, a Constituição americana é um documento sintético — “[...] velha, curta e difícil de emendar”<sup>47</sup>, de acordo com Tushnet —, com princípios abertos, cujos significados têm sido objeto de uma constante disputa desde o momento de sua promulgação até a atualidade<sup>48</sup>. Por conta disso, diversas correntes debatem o tema da atualização do texto constitucional. Para fins didáticos, as principais preocupações acerca do assunto podem ser divididas em duas perguntas: (i) “a Constituição deve ter seus sentidos atualizados de acordo com as mudanças de contexto na sociedade? ”; e, (ii) “quem é o responsável por atualizar os sentidos da Constituição? ”

A discussão acerca do constitucionalismo administrativo surge neste contexto. Ao se defrontar com as duas perguntas, os autores têm respostas comuns. Em primeiro plano, defende-se que (i) a Constituição deve, sim, ser objeto de uma atualização voltada aos novos contextos sociais e, em segundo plano, que (ii) não existe apenas um só responsável por atualizar os sentidos da Constituição; ao contrário, diversos órgãos e grupos da sociedade são responsáveis por interpretá-la, atualizando seu conteúdo de acordo com novos cenários sociais.

Contudo, as nuances e diferentes formas de articular essas duas respostas levam a diferentes conformações acerca de qual seria o conteúdo do constitucionalismo administrativo. Em tentativa de delimitar o conteúdo comum das diversas teorias existentes, Gillian Metzger propugna que, em todas elas, haverá uma defesa do potencial de construção constitucional a partir da legislação ordinária (leia-se, não-constitucional) e da implementação de atos normativos<sup>49</sup>. Dito de outra forma, segundo Metzger, o estudo do constitucionalismo administrativo está intrinsecamente ligado ao potencial da Administração Pública de alterar os sentidos da Constituição.

Outros, como Betrail Ross, por sua vez, propugnam uma visão mais restritiva do fenômeno. Para eles, o constitucionalismo administrativo se concentraria, exclusivamente, nos juízos, com

---

<sup>47</sup> TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 1

<sup>48</sup> ACKERMAN, Bruce. *The Faillure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005. p. 266: “[...] A Constituição não é uma miraculosa ‘máquina que caminhará por si própria’. Ela é um constante diálogo entre as especulações inspiradas de uma geração e a experiência mundana da próxima, entre as iniciativas visionárias da soberania popular e as sóbrias adaptações de estadistas”.

<sup>49</sup> Fazendo uma análise do estado da arte das diversas concepções de constitucionalismo administrativo. METZGER, Gillian E. “Administrative Constitutionalism”, *Cit.* p. 1896. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2269773>. Acesso em 24.9.15.

base em valores constitucionais, realizados pelas agências reguladoras em sua tarefa de aplicar a legislação que lhes delega poder<sup>50</sup>.

Nessa linha, haveria duas formas principais para sua manifestação. A primeira delas se daria quando a Administração Pública se engajasse no constitucionalismo partindo das posições ou doutrinas elaboradas pela Suprema Corte. Ilustrando essa situação, há o estudo empírico de Karen M. Tani acerca interpretação da cláusula da igual proteção, consagrada pela Décima Quarta Emenda à Constituição americana. O estudo demonstra como a Administração desafiou as legislações estaduais mais restritivas com relação ao Estado do bem-estar social, baseando-se na doutrina da “racionalidade não-deferencial”, desenvolvida pela própria Suprema Corte. Tal atuação da Administração Pública teve o condão de, inclusive, fazer com que o próprio Tribunal proferisse uma decisão que “se apoia[va] no entendimento da Administração sobre o princípio da igual proteção”<sup>51</sup>.

A segunda, por sua vez, consistiria na participação em processos decisórios que surgissem no vácuo de manifestação da Suprema Corte ou, até mesmo, em contrariedade com suas disposições. O exemplo dado é o da atuação da EEOC (*Equal Employment Opportunity Commission*), agência responsável por trabalhar com as questões de discriminação na contratação para postos de trabalho. Nos anos 70, ao discutir se a discriminação de mulheres grávidas era uma forma de discriminação de gênero, aplicando a Lei Direitos Civis (*Civil Rights Act*), a agência atuou na contracorrente de todo o pano de fundo interpretativo imposto pela jurisprudência da Suprema Corte que se formava a época. De modo que suas interpretações foram, posteriormente, superadas pelo Tribunal.

Em suma, o constitucionalismo administrativo buscaria entender de que maneira as respostas dadas pelas agências na interpretação das leis promulgadas pelo Poder Legislativo estão ligadas à conformação de novos sentidos para o texto constitucional. Tanto pelo trabalho das agências, como por meio dos impactos que as interpretações produzidas pela Administração geram nos outros poderes.

---

<sup>50</sup> ROSS, Bertrall L., “Embracing Administrative Constitutionalism”. p. 529. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2575399](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2575399). Acesso em 24.9.15.

<sup>51</sup> Cf. TANI, Karen M. “Administrative Equal Protection: Federalism, the Fourteenth Amendment, and the Rights of the Poor” p. 166. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2577530](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2577530), acessado em 24.9.15; SCHILLER, Reul. “Free Speech and Expertise: Administrative Censorship and the Birth of the Modern First Amendment”. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2483421](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2483421), acessado em: 27.9.15.

**CONCLUSÃO: ATÉ QUE A MORTE OS SEPARE**

As perspectivas apresentadas no decorrer deste artigo para a relação entre a Constituição e a Administração Pública almejam servir como uma fonte de inspiração para pôr em evidência o papel fundamental que a Administração Pública tem em relação à Constituição e ao projeto que ela encerra.

Para cumprir esse propósito, no primeiro tópico, buscou-se propor uma nova forma de relação entre o direito administrativo e o direito constitucional, fundada em uma perspectiva dinâmica e de dependência recíproca, cujo conteúdo se opõe às tradicionais visões que apostavam na predominância de uma disciplina sobre a outra.

No segundo tópico, o objetivo era apresentar a necessidade de investir em outros espaços de investigação acerca da concretização das promessas constitucionais. Nesse sentido, foram apresentadas duas novas perspectivas para investigação. Em primeiro plano, ressaltou-se a necessidade de produzir uma abordagem para o direito constitucional, preocupada com a concretização de suas normas pela Administração Pública – e não só pela via jurisdicional. Em segundo plano, sustentou-se a necessidade de produzir estudos, de cunho empírico e normativo, que encarem a burocracia estatal como um espaço de concretização das promessas constitucionais.

Por fim, no terceiro e último tópico, o fenômeno do “constitucionalismo administrativo”, existente no direito norte-americano, foi apresentado com o condão de oferecer um novo olhar sobre o papel que o Estado administrativo pode exercer na concretização de direitos fundamentais, no intuito de fomentar as discussões sobre o tema no Brasil.

Em suma, a interpretação e a implementação do projeto constitucional passando diuturnamente pelas lentes e filtros empregados também pela Administração — e não só pelos do Legislativo e do Judiciário, como é o enfoque usual dos estudos de direito constitucional no Brasil —, aponta para a imprescindibilidade de um direito administrativo comprometido com a realização deste projeto e que dote a Administração Pública dos instrumentos capazes para tanto. Já se foi o tempo em que se podia acreditar que o direito constitucional sozinho poderia dar conta de realizar todas as promessas de implementação de um verdadeiro Estado democrático de Direito no país. Os destinos do direito constitucional estão umbilicalmente ligados aos do direito administrativo: se este não avança, o primeiro se frustra. Até que a morte os separe.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck. "Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização" In SARMENTO, Daniel (org.) **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge: Harvard University Press, 2011;

BAPTISTA, Patrícia. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Charleston: Amazon Createspace, 2014.

\_\_\_\_\_. **Transformações do Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

\_\_\_\_\_. Retrospectiva 2008: a crise econômica mundial e o papel da regulação estatal, os vinte anos da constitucionalização do direito administrativo no Brasil, a emergência do direito administrativo global e outras questões. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 31-45, 2009;

\_\_\_\_\_. Transformações do Direito Administrativo: 15 anos depois. Reflexões críticas e desafios para os próximos 15 anos. In: Baptista, Patrícia; Brandão, Rodrigo. (Org.). **Direito Público. Coleção Direito UERJ 80 anos**. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 8, p. 385-409;

BARROSO, Luís Roberto. A Efetividade das Normas Constitucionais: por que não uma constituição para valer? In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009;

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 63, p. 320-344, 2008;

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

BERCOVICI, Gustavo. "O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece": A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. pp. 77-90.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial ou Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: 2012;

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015;

CASSESE, Sabino. **New paths for administrative law: A manifesto**, 10 Int'l J. Const. L. 603 (2012) [Oxford Journals].

CHEVALIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative e Droit Constitutionnel. In

**Le droit administratif en mutation** (obra coletiva). Paris: PUF, 1993.

CLÈVE, Clemerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo” In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.

COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. **Civil Society and Political Theory**. Cambridge: The MIT Press, 1992;

DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato R. “A consolidação democrática no Brasil: atores políticos, processos sociais e intermediação de interesses”. In DINIZ, Eli, BOSCHI, Renato R.; LESSA, R. **Modernização e consolidação democrática no Brasil: dilemas da nova República**. São Paulo: Vértice/ IUPERJ, 1989.

ECHEBARRÍA, Kocho; CORTÁZAR, Juan Carlos. “Public Administration and Public Employment Reform in Latin America” In: LORA, Eduardo (ed). **The State of State Reform in Latin America**. Nova York: The Inter-American Development Bank, 2007. pp. 123-156.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. v. 2. 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GINSBURG, Tom. Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law. In **Comparative Administrative Law**. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LAMOUNIER, Bolivar. “O “Brasil autoritário” revisitado: o impacto das eleições sobre a abertura” In: STEPAN, Alfred (org.). **Democratizando o Brasil**. Trad. Ana Luíza Pinheiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. pp. 83-134.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 14, p. 141-166, 2006.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MASHAW, Jerry. **Greed, Chaos & Governance: Using Public Choice to improve Public Law**. New Haven: Yale University Press, 1997.

MATTA, Roberto da. **Carnavais, Malandros e Héreis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed., rev, atual. e ampl. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2003;

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. **Making Brazil Work**: checking the president in a multiparty system. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, vol. 91, June 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2269773>;

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. **Transições do Regime Autoritário**: primeiras conclusões. Trad. Adall Sobral. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. pp. 83-95.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010;

POWER, Timothy J. "Political Institutions in Democratic Brazil: Politics as a Permanent Constitutional Convention" In: KINGSTONE, Peter R; POWER, Timothy J. **Democratic Brazil**: actors, institutions and processes. Pittsburgh: University Of Pittsburgh Press, 2000. pp. 17-35;

REBOLLO, Luís Martín. **Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonómico**. Ed. Asamblea Regional de Cantabria, 1989;

ROSS, Bertrall L., "Embracing Administrative Constitutionalism". Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2575399](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2575399);

SCHILLER, Reul. "Free Speech and Expertise: Administrative Censorship and the Birth of the Modern First Amendment". Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2483421](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2483421);

SKIDMORE, Thomas E. "A lenta via brasileira para a democratização; 1974-1985" In STEPAN, Alfred (org.). **Democratizando o Brasil**. Trad, Ana Luíza Pinheiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. pp. 25-82;

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014;

TANI, Karen M. "Administrative Equal Protection: Federalism, the Fourteenth Amendment, and the Rights of the Poor" p. 166. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2577530](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2577530);

TUSHNET, Mark. **The Constitution of the United States of America**: a contextual analysis. Oxford: Hart Publishing, 2009.

*Trabalho enviado em 07 de setembro de 2016.*

*Aceito em 16 de outubro de 2016.*