

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –  
MESTRADO**

VINÍCIUS FILIPIN

**O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Porto Alegre  
2018

VINÍCIUS FILIPIN

**O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, em nível de Mestrado Acadêmico, na linha de pesquisa *Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais*.

**Orientadora:** Profa. Dra. Maren Guimarães Taborda

Porto Alegre  
2018

Nº 26/2018

**ATA DE DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

Aos vinte e três dias do mês de novembro de 2018, às 17h, na sede da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, realizou-se a defesa da dissertação do mestrado apresentada pelo (a) aluno(a) **Vinicius Filipin**, intitulada: “**O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**”. A banca examinadora foi constituída pelos membros: Dra. Maren Guimarães Taborda, Dra. Betânia de Moraes Alfonsin – FMP, Dr. Alfredo Flores – UFRGS e Dr. Ezequiel Abásolo - UBA-UCA, sob a presidência do primeiro. O (a) senhor (a) presidente, após ter declarado aberta a sessão, deu a palavra ao(a) mestrando(a) para sua exposição inicial e, na sequência, passou à arguição dos examinadores. Terminadas as arguições, que se desenvolveram nos termos regimentais, a banca examinadora, em sessão secreta, julgou o trabalho atribuindo-lhe a seguinte nota 10,0. Fica o mestrando alertado para, no prazo de 30 (trinta) dias, a partir desta data, apresentar as correções finais e as vias definitivas no protocolo. Nada mais havendo a tratar, foram encerrados os trabalhos e lavrada a presente ata que vai assinada pelos membros da banca examinadora.

Comentários e sugestões da banca:

Orientador (a) Dra. Maren Guimarães Taborda \_\_\_\_\_

Dra. Betânia de Moraes Alfonsin – FMP \_\_\_\_\_

Dr. Alfredo Flores – UFRGS \_\_\_\_\_

Dr. Ezequiel Abásolo - UBA-UCA \_\_\_\_\_

Ciente. Vinicius Filipin \_\_\_\_\_

Data da entrega final: 23/12/2018

Secretaria do Mestrado

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Filipin, Vinícius

O princípio da juridicidade no controle da administração pública do estado democrático de direito / Vinícius Filipin. -- Porto Alegre 2018.

200 f.

Orientadora: Maren Guimarães Taborda.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Direito Administrativo. 2. Controle da Administração Pública. 3. Princípio da Legalidade Administrativa. 4. Princípio da Juridicidade Administrativa. I. Guimarães Taborda, Maren, orient. II. Título.

À  
Adriana Peters,  
Betânia de Moraes Alfonsin,  
Daniela de Oliveira Pires,  
Maren Guimarães Taborda e  
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger,  
com as quais vejo que  
uma **professora**  
não foge à luta!

Às minhas alunas e alunos,  
por me **ensinarem** tanto!

Aos meus pais,  
por me deixarem **voar**!

## AGRADECIMENTOS

A alvorada e, sobretudo, o poente desta dissertação desenharam-se sob céus tormentosos. Desde o início deste árduo, mas aprazível processo de escrita, vi-me cercado da mais refinada das doutrinas jurídicas, dos consagrados e brilhantes pensadores do Direito Administrativo (disciplina que há muito me fascina), do Direito Constitucional e da Teoria do Estado. Autores e autoras das mais variadas vertentes, línguas e tempos. De ontem e de hoje. No entanto, mesmo com a segurança teórica (típica de quem é orientado por quem também é referência teórica), não foram raros os momentos em que flagrei-me com o pensamento distante e o olhar disperso sobrevoando por entre as cores desenhadas da janela do meu quarto, da minha sala, do meu escritório, ou mesmo quando parte integrante dos mais distintos cenários das tantas mesas de cafeterias em que esta dissertação esteve. A razão da fuga de minha consciência hoje me é clara: diz da indiscreta incongruência que existe entre a água fria dos rios de tintas vertidos nos livros que então me cercavam, e os violentos e sangrentos verbos de realidade que não se fazem conjugar, muito menos rimar. Se parte emocional integrante de quem submete-se à difícil missão de ser pesquisador, ou se consequência real dos tempos sombrios que (já) vivemos, não sei. Sei que, por diversas vezes, imaginei-me narrador e, às vezes, personagem de uma fábula que não é lida na vida real. Enquanto fabulava a evolução e consagração da República Federativa que se pretende em Estado Democrático de Direito — fundada na dignidade da pessoa humana —, assisti ao dismantelamento dos direitos fundamentais e sociais da sociedade oprimida deste país. Enquanto fabulava a constitucionalização do Direito como movimento de propulsão do respeito e efetivo cumprimento da Constituição Federal de 1988, vi-me, num último domingo de outubro, dentro de uma cabina de votação, portando um de seus exemplares, como manifestação última de quem, ainda esperançoso, buscava impedir sua erosão. Enquanto fabulava o princípio da juridicidade como instrumento adequado ao melhor cumprimento do escopo-mor da Administração Pública — que é, justamente, o de assegurar os direitos e garantias de todos e todas —, vi o discurso de ódio, a raiva, o preconceito, a homofobia, a misoginia, o machismo, o racismo, a disseminação dos pobres, a retirada de direitos e o retrocesso social se pretenderem majoritariamente legítimos. Isto, definitivamente, não afigurou-se um sentimento singelo.

Precisei, então, justificar estas dezenas de páginas, as horas infindas de leituras que foram dedicadas a esta pesquisa e, principalmente, tive de assumir o peso e a responsabilidade de ser o primeiro de uma geração a obter o título acadêmico de Mestre. Para tanto, olho vagoroso ao redor e encontro, junto de mim, o amor e o afeto que, ao me amparar, sem soltar a

minha mão, fazem-me resiliência. Enxergo, assim, a razão de ser de tudo isto. Portanto, preciso, mais do que nunca, agradecer. Sem hierarquias, pois peculiar aos sentimentos, manifesto-me àqueles que me fazem uma pessoa melhor:

Ao **corpo docente da Fundação Escola Superior do Ministério Público**, por todos os ensinamentos que transcendem o saber jurídico. A esta instituição, minha *alma mater*, sou eternamente grato, não apenas por ser ponte para o encontro de grandes amigos, mas principalmente por ser o cenário primeiro da realização do meu maior sonho, que foi (e é, e sempre será), justamente, o de ser professor. Eu jamais poderia imaginar que, sete anos depois do primeiro dia de aula da graduação, aquele guri de cabelos bagunçados e sotaque pesado teria lugar na sala dos professores; ao **Programa de Pós-Graduação**, que agradeço através de suas funcionárias, **Camila Lopes** e **Adelita Silveira**, que sempre solícitas e afetuosas, deram-me a estrutura necessária aos meus estudos.

À minha Mestra, **Profa. Dra. Maren Guimarães Taborda**, a quem muito devo: obrigado por ser minha bússola maior, e por tanto me honrar, não apenas com a orientação, mas principalmente com a amizade; agradeço a confiança, os ensinamentos e os livros emprestados (todo, é claro, no estilo “dois vês”: *vai-e-volta*); sem a sua competência, o seu rigor intelectual e a sua alegria, este trabalho não seria possível, e este pesquisador não estaria tão feliz; minha missão é, um dia, tornar-me um pouco da pessoa que você é. Ao **Pietro Cardia Lorenzoni** e **Gabriela Cristina Back**, queridos e amados amigos, presentes que o Mestrado me trouxe, agradeço por terem tornado este caminho mais leve. À **Profa. Dra. Betânia de Moraes Alfonsin**, agradeço imensamente todas as observações e críticas formuladas na qualificação desta dissertação; o resultado não me teria sido tão satisfatório sem as suas preciosas contribuições. Agradeço, desde já, aos **Profs. Drs.** participantes externos da banca de defesa, pelo aceite em examinar esta dissertação.

Ao **Prof. Dr. Yuri Schneider**, pela amizade que precede à parceria profissional. Minha história é epigrafada pela tua existência; agradeço a confiança diariamente renovada, e por ser o impulso maior à realização dos meus mais genuínos sonhos — os quais, tenho certeza, também são seus. Esta conquista não seria possível sem a sua existência.

Aos meus amigos, devo aquilo que sou. À **Laura Lorenzon Vedolin**, **Fernanda Guimarães Dornelles**, **Adroaldo Neto Müller Lopes** e **Mariana Schwerz**, por serem estes amigos tão amados e tão preciosos em minha vida. À **Bárbara Dezordi Biolchi**, minha amada curinga, por ser parte indissociável da minha vida. À **Tauana Lesses Keist**, amiga de sempre e para sempre, pelo amor que nos constitui nestes quinze anos de amizade. Ao **Arthur César Abreu**, pelos momentos tão agradáveis compartilhados e pela amizade que sempre nos

acompanhará. Ao **Andrei Meurer**, agradeço a convivência diária e o afeto crescente, elementos tão preciosos à consolidação deste momento. À **Aline Maria Guidolin, Daniel Romanenco, Karolina Dias Duarte e Kamille Guidolin**, por serem a mais pura manifestação do amor, agradeço o cuidado, os risos e as presenças constantes de vocês em minha vida; são vocês que fazem meu caminho mais vivo, mais colorido e mais saboroso, temperado com alecrim. À **Daniela de Oliveira Pires**, minha doce e amada colega, professora e amiga, agradeço por ser meu bálsamo de amor e afeto. Ao **Gabriel Silva de Souza**, sobre quem os dicionários jamais hão de cunhar qualquer palavra que diga, verdadeiramente, o tanto que representa em minha vida; agradeço, meu amado amigo, pelos momentos maravilhosos que só a sua presença me traz; você foi, sobretudo neste momentos de intensa produção intelectual, minha poderosa e preciosa fonte de energia; sua existência me faz renovada, diuturnamente, a esperança no amor e na bondade humana; à presença de **Antônio Jeferson Barreto Xavier**, a quem devo muito mais que a amizade, pois o que vivemos é a manifestação mais genuína do amor expandido de irmãos; sem você, sem o seu amor e sua cumplicidade, eu não seria quem sou, e jamais teria vencido; se Porto Alegre já me fazia ensolarado, você trouxe o arco-íris que colore o céu da minha existência; obrigado por estar sempre ao meu lado, por torcer por mim e comigo e por fazer dos meus sonhos os seus; ao **Hudson da Silva Lourenço**, meu bem mais precioso, meu mínimo-existencial, agradeço por me ensinar, todos os dias, o ressignificado do amor; se não esmoreci por ter iniciado o mestrado ao seu lado, mas terminado a milhas e milhas longe de ti, foi porque nosso amor transcende, pois é nele que encontro os melhores e maiores sentidos da minha vida; obrigado pelo cuidado constante, e por me fazer um homem melhor.

À minha família — princípio da minha existência — agradeço o amor e a torcida que, mesmo distante, me tornam mais forte e justificam meus esforços. À **Adriane, Suzana e Fernanda**, minhas amadas irmãs. Ao **Gerson, Alexandre e Eliézer**, meus queridos cunhados. Mas, principalmente, ao **Luan, Júlia, Lorenzo, Pedro Henrique, Davi, Augusto e Arthur**, meus doces sobrinho. Agradeço, sobremaneira, aos meus pais, **Marlene e José Milton Filipin**, por serem a manifestação terrena do amor divino; a vocês, meus primeiros e verdadeiros professores, devo mais do que sou; obrigado por me permitirem a vida e por nunca terem poupado esforços para que eu fosse uma pessoa melhor; que sorte, que benção e que honra poder chamá-los de mãe e de pai.

Como declarou José Saramago, “o espelho e os sonhos são coisas semelhantes: é como a imagem do homem diante de si próprio”. Eis, aqui, o mais genuíno reflexo de minha existência.

**Sólo le pido a Dios**

*Sólo le pido a Dios  
Que el dolor no me sea indiferente  
Que la reseca muerte no me encuentre  
Vacía y sola sin haber hecho lo suficiente*

*Sólo le pido a Dios  
Que lo injusto no me sea indiferente  
Que no me abofeteen la otra mejilla  
Después que una garra me arañó esta suerte*

*Sólo le pido a Dios  
Que la guerra no me sea indiferente  
Es un monstruo grande y pisa fuerte  
Toda la pobre inocencia de la gente*

*Sólo le pido a Dios  
Que el engaño no me sea indiferente  
Si un traidor puede más que unos cuantos  
Que esos cuantos no lo olviden fácilmente*

*Sólo le pido a Dios  
Que el futuro no me sea indiferente  
Desahuciado está el que tiene que marchar  
A vivir una cultura diferente*

(León Gieco)

## RESUMO

A dissertação apresenta como temática principal o princípio da juridicidade administrativa e, como objetivo geral, analisar sua operatividade no controle da Administração Pública do Estado Democrático de Direito. Para tanto, apresenta-se aspectos referentes à constitucionalização e principialização do Direito Administrativo com o propósito de demonstrar que princípios jurídicos são fontes diretas da atuação administrativa. Aprofunda-se a temática a partir da perspectiva de que a legalidade estrita não mais se sustenta no Estado contemporâneo, razão pela qual a Administração Pública submete-se não somente à lei, mas ao Direito como um todo. Assim, analisa-se o sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade, com destaque aos efeitos, limites e possibilidades da ampliação do sentido da legalidade à juridicidade administrativa, sobretudo desde a perspectiva do controle judicial da Administração Pública. O estudo se apoia nos seguintes eixos temáticos: legalidade, juridicidade e controle. A metodologia utilizada tem como base a análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, bem como a realização de entrevistas com magistrados. Como resultado desta pesquisa, constata-se que, a despeito da ausência de uniformidade de critérios justificadores, a juridicidade, enquanto novo paradigma do Direito Administrativo, tem servido de baliza do controle judicial da Administração Pública. Declara-se, finalmente, que a juridicidade não acarreta a extinção da legalidade administrativa, mas antes reflete seu fortalecimento.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Controle Administrativo; Estado Democrático de Direito; Juridicidade Administrativa; Legalidade Administrativa.

## ABSTRACT

The dissertation brings as its main theme the principle of administrative juridicity and as a general objective, it seeks to analyze its operation in the control of the Public Administration of the Democratic State of Law. Therefore, it presents aspects related to the constitutionalization and « principalização » of Administrative Law in order to demonstrate that principles are direct sources of administrative action. The theme is discussed in depth from the perspective that strict legality no longer viable in the contemporary State, reason why the Public Administration abides by not only the law but the legal system as a whole. Thus, it analyzes the sense of the bond between Public Administration and legality, highlighting the effects, limits and possibilities of extending the sense of legality to administrative juridicity, specially from the perspective of judicial control of Public Administration. The study is based on the following theoretical key areas of work: legality, juridicity and control. The methodology is based on a bibliographical, legislative and jurisprudence analysis, as well as interviews with magistrates. As a result of this approach, it is observed that, despite the lack of justifiable criteria uniformity, the juridicity, as a new paradigm of Administrative Law, has served as a landmark of judicial control of Public Administration. Finally, it is stated that juridicity does not entail the extinction of administrative legality, but rather reflects its strengthening.

**Keywords:** Public Administration; Administrative Control; Democratic State of Law; Administrative Juridicity; Administrative Legality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>PRIMEIRA PARTE – AS BASES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>17</b>
<b>2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A PRINCIPALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1 A constitucionalização do Direito.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2 A constitucionalização do Direito Administrativo.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3 A figura dos princípios no ordenamento jurídico .....</b>	<b>29</b>
<b>2.4 A Constituição e as normas principiológicas como fontes do Direito Administrativo .....</b>	<b>43</b>
<b>3 ELEMENTOS DA TEORIA JURÍDICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>63</b>
<b>3.1 A legalidade e o Estado Moderno .....</b>	<b>63</b>
<b>3.2 A legalidade e o Estado de Direito .....</b>	<b>70</b>
<b>3.2.1 Estado Liberal e legalidade .....</b>	<b>76</b>
<b>3.2.2 Estado Social e legalidade .....</b>	<b>81</b>
<b>3.2.3 Estado Democrático e legalidade .....</b>	<b>87</b>
<b>SEGUNDA PARTE - PARA ALÉM DA LEGALIDADE ESTRITA: O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE OU BLOCO DE LEGALIDADE NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>91</b>
<b>4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>92</b>
<b>4.1 Natureza e função do princípio da legalidade administrativa .....</b>	<b>92</b>
<b>4.1.1 Legalidade como conformidade ou reserva de lei .....</b>	<b>99</b>
<b>4.1.2 Legalidade como compatibilidade/preferência/primazia/preeminência de lei .....</b>	<b>104</b>

<b>4.2 Princípio da legalidade administrativa no Direito brasileiro .....</b>	<b>105</b>
<b>4.3 Crise da lei formal .....</b>	<b>112</b>
<b>5 O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>120</b>
<b>5.1 O sentido da vinculação da Administração Pública à legalidade administrativa ....</b>	<b>120</b>
<b>5.2 O sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa</b>	<b>126</b>
<b>5.3 Juridicidade de discricionariedade .....</b>	<b>136</b>
<b>6 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E JURIDICIDADE .....</b>	<b>140</b>
<b>6.1 Controle da Administração Pública e legalidade .....</b>	<b>141</b>
<b>6.2 Juridicidade e controle judicial .....</b>	<b>150</b>
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>175</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>190</b>
<b>APÊNDICE A .....</b>	<b>199</b>
<b>APÊNDICE B.....</b>	<b>200</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado de Direito e, paralelamente, a ascensão do Direito Administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica deu à legalidade uma posição de indubitável proeminência no ordenamento jurídico, conferindo-lhe, de igual modo, valor inquestionável. Logo, falar na legalidade administrativa é falar na pedra angular dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública<sup>1</sup>, certo de que esta encontra naquele princípio seu próprio *modus operandi*. O Estado de Direito e o Direito Administrativo, no entanto, não permaneceram estáveis, tendo experimentado, ao longo da história, várias e profundas evoluções — mudanças estas que não deixaram de influir no princípio da legalidade administrativa. Fala-se, então, na doutrina contemporânea, que novos paradigmas assentam o Direito Administrativo<sup>2</sup>, donde se destacam fenômenos de renovação e ressignificação da noção segundo a qual a Administração Pública está adstrita à lei formal estritamente considerada, esta consagrada, no direito brasileiro, no adágio de Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup>, segundo o qual “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Com o advento do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito, houve profunda alteração das relações entre sociedade e Estado que, por decorrência, transformaram o modo como lei formal influi e condiciona o agir da Administração Pública. Não obstante, foi a partir dos fenômenos da constitucionalização do Direito, em especial do Direito Administrativo, que, através de instrumentos que repercutem sobre os três poderes estatais, impondo-lhes deveres negativos e positivos, passou-se a vincular a Administração Pública, de modo muito intenso, aos limites e fins estabelecidos pela Constituição. Paralelamente, o Estado passou por amplo processo de principalização do Direito, sendo que, hodiernamente, não se pode desconsiderar que os instrumentos jurídico-interpretativos se encontram imbuídos em princípios, cuja definição e alcance os coloca em elevado patamar hermenêutico.

O princípio da legalidade, assim, transmutou-se, e passou a assumir uma feição muito diversa daquela que vinha ostentando. Seu sentido, a partir destes fenômenos, ampliou-se de

---

<sup>1</sup> Utiliza-se, na presente pesquisa, a expressão *Administração Pública*, com as iniciais em maiúsculo, para designar o conjunto de pessoas ou órgãos que exercem a função administrativa do Estado (sentido subjetivo, formal ou funcional). Difere-se desta a *administração pública*, cuja grafia em minúsculo refere-se à atividade estatal que se encontra voltada a administrar a coisa pública.

<sup>2</sup> Quanto às transformações do Direito Administrativo, vide: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

modo a conceber-se como um imperativo que impõe seja a Administração Pública submetida não apenas à lei, mas ao Direito — noção, esta, denominada pela doutrina de “princípio da juridicidade”. Decorre, com efeito, da falência do referencial liberal que via na Administração Pública uma mera executora da lei, bem como das impropriedades e incongruências proporcionadas pelo sentido da vinculação estrita à lei. Cria-se, assim, uma mudança no parâmetro da legalidade, o que não importa em descrédito à legalidade estrita, e sim na concepção de que ela, *per si*, não é suficiente enquanto único elemento que componha a validade e legitimidade da ação da Administração Pública.

No entanto, a primazia da lei e do Direito como vetor da validade e legitimidade da atividade administrativa coloca em cena o problema da sua própria operatividade. Em efeito, não mais sendo a própria lei a legitimadora da atividade da Administração Pública, ou seja, não mais sendo a legalidade estrita suficiente para assegurar a plena legitimidade da Administração, surge a necessidade de se buscar a validade da atuação administrativa desde um ponto que não parta de um critério absoluto, mas da análise concreta mediante a ponderação dos princípios constitucionais envolvidos. Não obstante, a fim de garantir que o sistema jurídico alcance sua própria legitimidade, faz-se necessário que as mesmas normas que atribuem poder se façam seguidas de modos de controle, o que, no contexto atual, tem sido realizado de modo bastante acentuado pelo Poder Judiciário.

Esta pesquisa pretende, portanto, investigar *como e em que medida* a operatividade do princípio da juridicidade incide no controle da Administração Pública brasileira. O problema de pesquisa matriz encontra expressão na seguinte pergunta: *quais os efeitos que a ampliação do sentido da legalidade ao da juridicidade administrativa opera no âmbito do controle judicial da Administração Pública?*

A escolha do tema não é, pois, uma opção neutra. Parte-se da premissa de que a legalidade estritamente considerada não atende às necessidades da Administração Pública contemporânea. Nesse sentido, a legalidade administrativa passa a ser compreendida como parte de um movimento maior. Assim, a submissão da Administração Pública à lei deve considerar as características que conduzem à ampliação à juridicidade. Esta constitui-se em síntese, sendo o polo de análise com qual se buscará trabalhar todo o tempo. No outro eixo analítico, encontra-se a legitimidade e o preceito democrático enquanto seus justificadores. O método de abordagem, portanto, é o hipotético-dedutivo, o qual permitirá uma análise mais completa, já que não se fundamenta na análise da juridicidade em si, mas relaciona-se, necessariamente, à realidade, a partir de sua incidência no controle da Administração Pública, sendo parte constitutiva do movimento do real. Quanto à organização propriamente dita,

adotou-se, na organização geral, um caminho dedutivo, partindo-se do geral ao particular. Para tanto, dividiu-se em duas partes gerais: da primeira constam as bases constitucionais do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito; da segunda, as análises que conduzem para além da legalidade estrita, ou seja, ao princípio da juridicidade no controle da Administração Pública

A primeira parte é composta de dois capítulos: no primeiro (capítulo 2), analisa-se a constitucionalização e principialização do Direito Administrativo enquanto fenômenos que conduzem à inserção da principiologia como fonte normativa primária da Administração Pública. Estudando-se a teoria dos princípios, verifica-se qual o papel da Constituição e das normas principiológicas e postulatórias como fontes do Direito; no segundo (capítulo 3), cuida-se dos elementos da teoria jurídica do Estado Democrático de Direito, fazendo-se incursão nos contornos que a legalidade administrativa sofreu ao longo da história, desde o Estado Moderno até os Estados de Direito, a fim de justificar as razões pelas quais assentou-se, no Brasil, o sentido da vinculação à lei estrita.

A segunda parte é composta de três capítulos: no primeiro (capítulo 4), analisa-se o princípio constitucional da legalidade administrativa, desde sua natureza e função, com a análise do sentido e alcance da vinculação no Direito brasileiro e, finalmente, com os delineamentos da denominada crise da lei formal; no segundo (capítulo 5), aborda-se o princípio da juridicidade administrativa, fazendo-se um paralelo do sentido da vinculação da Administração Pública à legalidade e à juridicidade para, finalmente, cuidar do tema que concerne à juridicidade e discricionariedade. No terceiro e último capítulo (capítulo 6), realiza-se a análise da operatividade do princípio da juridicidade no controle da Administração Pública, possibilitando, a partir da análise de julgados e da entrevista com magistrados, denotar, de modo mais preciso, a eficácia e a eficiência da vinculação da Administração Pública ao princípio-condutor de toda esta investigação.

## **PRIMEIRA PARTE – AS BASES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Esta primeira parte pretende analisar a constitucionalização e principialização do Direito Administrativo como fenômenos que conduzem à inserção da principiologia como fonte normativa primária da Administração Pública. Para tanto, realiza-se um estudo quanto à teoria dos princípios, verificando-se, afinal, qual o papel da Constituição e das normas principiológicas e postulatórias como fontes do Direito. Depois, analisa-se os elementos da teoria jurídica do Estado Democrático de Direito, a partir das nuances que a legalidade administrativa apresentou, desde o Estado Moderno até o Estado Democrático de Direito, a fim de justificar as razões pelas quais assentou-se, no Brasil, o sentido da vinculação à lei estrita.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A PRINCIPALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A presente pesquisa pretende analisar os fundamentos teóricos do princípio da juridicidade, assim como sua operatividade no controle da Administração Pública. Por tal razão, este capítulo visa à compreensão do lugar que os princípios ocupam no(s) ordenamento(s) jurídico(s), buscando, assim, definir como as normas de natureza principiológicas, sobretudo as constitucionais, constituem-se como fontes do Direito Administrativo.

### 2.1 Constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito, enquanto fenômeno global, assenta raízes no novo Direito Europeu, em especial no constitucionalismo italiano e alemão, que foram profundamente renovados após as experiências traumáticas ocasionadas pelo nazifascismo. Poder-se-ia considerar, ainda, a experiência norte-americana, justamente porque nascedouro do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade. Contudo, conforme Luís Roberto Barroso<sup>4</sup>, a Constituição americana de 1787 sempre caracterizou-se como documento jurídico, possibilitando, desde sua concepção, a aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a interpretação do Direito, em sua integralidade, à luz irradiada da Constituição, sempre foi uma marca da experiência norte-americana, não sendo uma singularidade da contemporaneidade.

Com efeito, o desenvolvimento do Direito Constitucional no período pós-guerra resultou na nova organização política desenhada no Estado Democrático de Direito, aproximando democracia e constitucionalismo, principalmente depois que práticas autoritárias encontraram legitimidade no próprio ordenamento constitucional. A transformação do estado legislativo para o estado constitucional, conforme aponta Ferrajoli<sup>5</sup>, consagra-se, portanto, nas Constituições europeias do fim da primeira metade do século XX, como na italiana de 1947, na alemã de 1949, na portuguesa de 1976 e na espanhola de 1978, redundando no novo modo de se pensar o Direito.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, 2005, p. 14.

<sup>5</sup> Ferrajoli, a propósito, identifica a crise do marco positivista marcada pelo colapso da amplitude e da capacidade formadoras da lei e, igualmente, pela quebra da unidade e da coerência das suas fontes. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 18.

García de Enterría<sup>6</sup> pressupõe três motivos que determinaram a virada do constitucionalismo europeu no período pós-guerra. O primeiro é a ascensão, após períodos totalitários, do princípio democrático como único na organização política. O segundo é a consagração da jurisdição constitucional. E o terceiro, finalmente, é a criação de um sistema típico de direitos fundamentais que sejam postos frente às maiorias (eventuais e transitórias), sendo tudo assegurado pela própria justiça constitucional. Assim, mais que adequar na legislação infraconstitucional aos ditames constitucionais, há de se perceber a própria tendência da constitucionalização do ordenamento, marcado por um processo dinâmico de transformação de um Direito agora talhado pelas normas constitucionais. Antes, porém, a tradição constitucionalista revela que, ainda no decorrer do século XIX, obstou-se a evolução do próprio Direito Constitucional pelas reiteradas quebras de regimes assistidas na Europa e na América Latina, todas seguidas de novos textos constitucionais. Conforme Patrícia Baptista<sup>7</sup>, a acentuada instabilidade institucional, somada a certa desatenção com o tema dos direitos fundamentais, acabou por comprometer o progresso de uma ciência jurídica constitucional. Os constitucionalistas, naquele contexto, encontravam-se, sob forte influência da Ciência Política, mais preocupados com a consolidação do Estado de Direito.

Com o declínio do positivismo jurídico e do normativismo, a doutrina constitucionalista buscou condicionar o direito positivo ao direito natural ou aos princípios jurídicos supraconstitucionais. Segundo Almiro do Couto e Silva<sup>8</sup>, os valores, neste momento, não seriam encontrados no sistema jurídico mesmo, e sim fora dele ou sobre ele. Esta posição, contudo, não encontrou fundamentação teórica que a mantivesse. Partiu-se, daí, ao entendimento pelo qual os valores estão dentro do próprio ordenamento. Vale dizer, estariam nos princípios contidos, explícita ou implicitamente, na Constituição. Foi à luz desse pensamento que os princípios constitucionais já então identificados viram-se revigorados e ampliados em seus multifacetados aspectos. Os princípios, conforme o autor, adquiriram, no que denomina de direito público moderno, especial vigor, sobremaneira “na configuração da coerência e da consistência do sistema”. Logo, “as outras normas são sempre a eles necessariamente reconduzidas e são eles que orientam sua interpretação”. A constitucionalização do Direito traduz-se, com efeito, no centralismo da Constituição nos ordenamentos jurídicos.

---

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 293-294.

<sup>7</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36-37.

<sup>8</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. In: **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 258.

A constitucionalização do Direito como um todo depende, conforme Riccardo Guastini<sup>9</sup>, da realização de uma série de condições. Seriam elas, por exemplo, uma Constituição rígida, com garantia jurisdicional da Constituição (vale dizer, com sistema de controle de constitucionalidade), com força vinculante (afinal, a Carta é tida como norma jurídica, e não como declaração programática). Ademais, deve haver a “sobreinterpretação da Constituição”, com o que os princípios constitucionais permitam solucionar todas as controvérsias que possam existir, assim como a aplicação direta das normas constitucionais. Por fim, exemplifica o autor com a condição de interpretação da legislação ordinária a partir da Constituição, e sua influência sobre as relações políticas. Guastini<sup>10</sup> sustenta, ainda, que um ordenamento jurídico constitucionalizado é caracterizado por uma Constituição extremamente “invasora e intrometida”, apta a condicionar tanto legislação quanto jurisprudência e doutrina, para além da ação dos atores políticos e das relações sociais.

Assim, as primeiras condições de rigidez e garantia jurisdicional da Constituição são imprescindíveis à caracterização de um ordenamento jurídico constitucionalizado, ao passo que as demais guardam relação apenas com o grau de constitucionalização — se maior ou menor. Reside exatamente aqui a necessária discussão acerca da rigidez constitucional e, por conseguinte, as garantias exigidas por uma Constituição. Nesse sentido, Guastini<sup>11</sup> pontua que a rigidez constitucional, ao pressupor a existência de uma Constituição escrita, dispõe que uma alteração só poderá ocorrer através de um processo mais complexo em relação àquele exigido para alteração das leis ordinárias. Tal pensamento é confrontado na doutrina de Paulo Bonavides<sup>12</sup>, para quem “a flexibilidade constitucional se faz possível tanto nas Constituições costumeiras como nas Constituições escritas”. Seria um erro dispor que “toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida”.

Não se ignorar, contudo, que o processo de constitucionalização do Direito avança gradualmente. Na doutrina brasileira, Luís Roberto Barroso<sup>13</sup> aponta que o aludido processo decorre de, pelo menos, sete fatores. O primeiro guarda relação com o reconhecimento da força normativa da Constituição. O segundo, com a centralidade jurídica dos direitos e garantias fundamentais, que representam valores morais que devem ser respeitados, protegidos e fomentados pelo Estado, porquanto a aplicabilidade direta de que tratam as Constituições. O

---

<sup>9</sup> GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, 2005, p. 49.

<sup>10</sup> Ibid., p. 49.

<sup>11</sup> Ibid., p. 49.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83.

<sup>13</sup> BARROSO, 2005, p. 2-20.

terceiro fator diz do reconhecimento dos princípios como espécie de norma jurídica, avantajados, não apenas pela eficácia integrativa, mas também interpretativa e derogatória. Como quarto fator, pontua a expansão da jurisdição constitucional. O quinto, a reaproximação do Direito com a ética, ao passo que o sexto é a aproximação entre Constituição e democracia. Por fim, como sétimo elemento, Barroso destaca o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

São multifacetadas as noções extraídas da expressão “constitucionalização” do Direito. Inicialmente, pode referir-se, conforme Guastini<sup>14</sup>, ao introito da primeira Constituição escrita de um dado ordenamento. Tal noção, porém, mostra-se pouco interessante à maioria dos ordenamentos jurídicos atuais. Poderia, então, ser identificado como o fato de uma Constituição formal incorporar no seu texto diversos temas que sejam afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito, o que acontece “ao extremo”, conforme Barroso<sup>15</sup>, na Constituição Federal brasileira de 1988, alcançando o próprio Direito Administrativo. Não obstante, Riccardo Guastini<sup>16</sup> sugere como sendo o sentido mais acertado aquele que entende o constitucionalismo como um “processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual, o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ por normas constitucionais”. A ideia de constitucionalismo, portanto, associa-se, na lição de Luís Roberto Barroso<sup>17</sup>, a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Todas as normas infraconstitucionais acabam, assim, condicionadas em validade e sentido pelos valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição.

No Brasil, parte da doutrina aponta a redemocratização com o advento da Constituição de 1988 como efetivo início do processo de constitucionalização do Direito. Antes disso, diz Gustavo Binbenbojm<sup>18</sup>, não havia sentido em se falar na constitucionalização, pois “vicejava entre nós, de forma mais ou menos velada, a percepção de que as constituições ‘não eram pra valer’; de que não passavam de retórica pomposa”, restando a realidade empírica basicamente à margem da “incidência das ordens constitucionais”. A constitucionalização material do Direito, na qual se insere a do Direito Administrativo, acentua-se mediante instrumentos que repercutem sobre os três poderes estatais, impondo-lhes deveres negativos e positivos, a fim de

---

<sup>14</sup> GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoria constitucional**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma do México, 2001, p. 4.

<sup>15</sup> BARROSO, 2005, p. 12.

<sup>16</sup> GUASTINI, op cit., p. 4.

<sup>17</sup> BARROSO, op. cit., p. 12-13.

<sup>18</sup> BINENBOJM, 2006, p. 66.

que estejam sempre vinculados aos limites e fins estabelecidos pela Constituição. Nesse sentido, conforme Barroso<sup>19</sup>, a constitucionalização é fruto da jurisdição constitucional, a qual, no ordenamento brasileiro, é exercida, de modo difuso, pelos juízes e tribunais, e, de modo concentrado, sempre que o paradigma for a Constituição, pelo seu guardião, ou seja, pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a concretude da supremacia, formal ou axiológica, da Constituição Federal, passa por pelo menos quatro técnicas e possibilidades de interpretação: (a) a possibilidade de reputar-se não recepcionada e, portanto, revogada uma norma infraconstitucional anterior à Constituição Federal, ou à Emenda Constitucional, quando incompatível; (b) a declaração de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional promulgada após o advento da Constituição Federal, quando incompatível; (c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com determinação de atuação ao legislador; e (d) a interpretação conforme a Constituição. Não obstante, em qualquer das hipóteses, tem-se sempre a Carta Magna como parâmetro.

## 2.2 A Constitucionalização do Direito Administrativo

A constitucionalização do Direito Administrativo, enquanto vertente da constitucionalização do Direito, molda-se, conforme Odete Medauar<sup>20</sup>, em evolução às expressões clássicas formuladas pela doutrina administrativista estrangeira. Fala-se, por exemplo, nas *têtes de chapitre*, de Pellegrino Rossi, para quem no Direito Constitucional é que se encontram os “títulos dos capítulos” do Direito Administrativo<sup>21</sup>. Também, em Georges Vedel<sup>22</sup>, cuja doutrina aponta o reforço das bases constitucionais do Direito Administrativo, do que Bernard Stirn<sup>23</sup> denomina de “fontes constitucionais”. Se sobreleva compreender o processo de constitucionalização do Direito Administrativo como uma releitura e redefinição dos institutos e conceitos daquilo que Gustavo Binbenbojm<sup>24</sup> chama de “velha dogmática da disciplina”, o entendendo, pois, sob a égide de um sistema principiológico constitucional, a fim de suscitar novos paradigmas que se caracterizem não somente por apresentarem, em si mesmos, um arcabouço teórico fortificado, mas também, e principalmente, por estarem

---

<sup>19</sup> BARROSO, 2005, p. 22.

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 193.

<sup>21</sup> Conceito sobre o qual o argentino Manuel Maria Diez desenvolve a ideia de que o Direito Constitucional é a espinha dorsal do Direito Administrativo. Cf. DIEZ, Manuel Maria. **Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974, p. 323.

<sup>22</sup> VEDEL, Georges. **Les bases constitutionnelles du droit administratif**: études et documents du Conseil d'État. Paris: EDCE, 1954.

<sup>23</sup> STIRN, Bernard. **Les sources constitutionnelles du Droit Administratif**: introduction au Droit Public. 5. ed. Paris: LGDJ, 2006.

<sup>24</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60.

comprometidos com o sistema democrático, com a eficiência impulsora do desenvolvimento, e com o primado e promoção dos direitos fundamentais.

Reforça-se, portanto, as bases constitucionais do Direito Administrativo de tal modo a sujeitá-lo, sobremaneira, aos direitos fundamentais definidos e previstos constitucionalmente. Por essa razão, Harmut Meurer<sup>25</sup> entende a constituição como formadora do fundamento e do critério de que se dispõe à ordenação jurídica como um todo, informando também a Administração e, por conseguinte, o Direito Administrativo. Ao mesmo tempo, conclui Baptista<sup>26</sup>, o Direito Administrativo encontrou, influenciado pelas mesmas circunstâncias políticas, condições favoráveis no sentido de afirmar-se como disciplina jurídica autônoma. Na França, em especial, considerada o berço do Direito Administrativo, a separação de poderes e a jurisprudência administrativa produzida no Conselho de Estado “representaram fatores fundamentais para seu desenvolvimento científico”. Este quadro, com a “circunstancial superioridade científica do Direito Administrativo no âmbito do Direito Público”, para além da sua pretensão de neutralidade diante das vicissitudes políticas, fez com que doutrinadores sustentassem a total autonomia da matéria, não apenas para com o Direito Privado, mas também aos demais ramos do Direito Público, dentre os quais o Direito Constitucional.

Nos termos da interpretação de Otto Mayer<sup>27</sup>, em seu conhecido adágio “o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”, necessário compreender, para Hartmut Maurer<sup>28</sup>, o contexto do momento histórico em que foi proclamada. Nesse sentido, Mayer faz alusão aos acontecimentos do fim do século XIX, ou seja, do Estado liberal de direito, representando, assim, não apenas a substituição da monarquia pela democracia parlamentar, mas verdadeiro exemplo do condicionamento constitucional do Direito Administrativo. Não obstante, para Odete Medauar<sup>29</sup>, a justificativa buscada nos aspectos políticos e jurídicos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, que despreza, simultaneamente, os aspectos jurídicos deste e os aspectos políticos daquele, não oferece elementos aptos a justificar a frase de Otto Mayer. Doutrina diversa aponta, inclusive, que o Direito Administrativo não se mostra indiferente às mudanças do Direito Constitucional, mas integra e expressa os valores postos na Constituição. A propósito, contrapõe-se Gomes

---

<sup>25</sup> MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2001, p. 23.

<sup>26</sup> BAPTISTA, 2003, p. 36-37.

<sup>27</sup> MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

<sup>28</sup> MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo alemán**. Mexico: UNAM, 2012, p. 15.

<sup>29</sup> MEDAUAR, 2017, p. 198-199.

Canotilho<sup>30</sup>, ao afirmar que “o Direito Constitucional passa: o Direito Administrativo passa também”. Assim, mostra-se difícil dar ao Direito que cuida da atividade da Administração Pública um caráter pretensamente não político. De qualquer forma que se venha entender o termo “política”, em todas a atividade administrativa está enquadrada.

Por fim, Medauar<sup>31</sup> justifica na neutralidade da Administração e do Direito que a norteia como explicação à “maior continuidade da história do Direito Administrativo”, quando comparada com a evolução do Direito Constitucional, e, também a “adaptabilidade da administração a qualquer regime político”. Esta ideia está vinculada à noção clássica da Administração Pública como mera executora da lei e das opções políticas — concepção que, conforme a autora, não mais prevalece ou, pelo menos, está sendo posta em discussão. Logo, pontua, “destoa da própria configuração essencial da Administração na condição de espécie de atuação estatal” a proposta indiferença para com a política ou valores, mormente porque a mesma atuação está “vinculada à realização de valores que informam a vida do Estado e da coletividade”. Reconhece-se à Constituição, portanto, no modelo de Estado Democrático de Direito, status de norma jurídica, de modo que seus valores e princípios irradiam-se ao ordenamento, vinculando todos os poderes. A constitucionalização do Direito, na lição de Virgílio Afonso da Silva<sup>32</sup>, ocorre exatamente no sentido da “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”. Assim, as Constituições modernas transmudam a ordem jurídica, fazendo do Estado, de mero garantidor das liberdades individuais e da propriedade, em verdadeiro guardião da ordem social, ampliando os serviços públicos e o Direito Administrativo.

O Direito Constitucional, conforme Caio Tácito<sup>33</sup>, se imbrica com o Direito Administrativo, e ambos “se completam na prestação efetiva do estado de direito”. Logo, o papel do Estado, anteriormente resumido aos deveres negativos (de não fazer e não perturbar) à garantia do livre exercício dos direitos individuais, começa a representar deveres positivos (obrigações de fazer), correspondendo às pretensões dos cidadãos. Não há, portanto, consoante doutrina de Georges Vedel<sup>34</sup>, oposição do Direito Administrativo, como um direito imutável,

<sup>30</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Direito Constitucional passa: o Direito Administrativo passa também. In: **Studia Juridica**: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Ad Honorem, 1), v. 61, 2001, p. 705.

<sup>31</sup> MEDAUAR, 2017, p. 197-198.

<sup>32</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

<sup>33</sup> TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 166, out./dez., 1986, p. 41-43.

<sup>34</sup> VEDEL, Georges. Discontinuité du Droit Constitutionnel et Continuité du Droit Administratif: Le Rôle du Juge. In: **Mélanges Offerts à Marcel Waline**: Le Juge et le Droit Public. Paris: LGDJ, 1974, Tomo 2, p. 779.

em relação ao pretensamente mutável Direito Constitucional, pois “a antítese se coloca entre um direito que se desenvolve de modo contínuo, sem cortes brutais, e um direito que atua por mudanças bruscas e espetaculares”. Há, sim, para Vedel, um contraste entre ambos, mas não em termos de mutação ou imobilização, mas na ideia da descontinuidade e continuidade, exemplificado pelo autor na evolução do direito administrativo “à inglesa”, “enquanto o direito constitucional que lhe enquadra e condiciona evoluiu em um estilo tão tumultuado”.

Este pensamento, porém, é apontado por Medauar<sup>35</sup> como contraditório ao aspecto de mudança do próprio entendimento de Vedel acerca da certa mobilidade do Direito Administrativo, ainda que em descompasso com transformações do Direito Constitucional. A disparidade também é vista nas lições de Bachelet<sup>36</sup>, que observa que “ao lado de elementos de permanência e estabilidade de tais instituições quando há mudanças constitucionais e sócio-políticas, há elementos de variação conectados a estas”. Para o publicista italiano, lentos, mas constantes processos de sedimentação dos novos institutos que, a despeito de se mostrarem, inicialmente, como inovações parciais que “não atingiam a lógica do sistema originário, acabaram por multiplicar-se, modificando em profundidade o quadro da Administração”. Essa renovada concepção, arremata, vem a coincidir com um “período de mais rápidas mudanças sociais e político-constitucionais”, qual seja, o pós-segunda guerra. Antes, “ocorria a continuidade da Administração, mesmo com mudanças constitucionais e de regime”.

Consideradas, pois, as interações entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, urge definir o modo pelo qual tal encontro se dá. Não obstante, a doutrina não é uníssona quanto ao tema. Como visto, não se sustenta a primeira formulação no sentido de que a relação havida entre as disciplinas é caracterizada pela acessoriedade, assim como um direito processual guarda com o direito substantivo, porquanto a tese da autonomia do direito de ação torna absolutamente inócua a ideia de subordinação do direito processual ao direito substantivo. Por outro lado, está já evidenciado que o Direito Administrativo desenvolveu-se em sistemática própria, sendo inaceitável, conforme Medauar<sup>37</sup>, qualquer tentativa de classificá-lo como mera condição processual do Direito Constitucional.

A doutrina do Santi Romano<sup>38</sup> dispõe de outra formulação para justificar a relação havida entre Direito Constitucional e Direito Administrativo. Para o autor, o primeiro não é um simples ramo do então chamado Direito Público, mas o próprio tronco do qual outras ciências

---

<sup>35</sup> MEDAUAR, 2017, p. 200.

<sup>36</sup> BACHELET, Vittorio. **Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione**. Scritti in onore di Onore di Costantino Mortati. Roma: Università di Roma, 1977, p. 3-6.

<sup>37</sup> MEDAUAR, op. cit. p. 197-205.

<sup>38</sup> ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1951, p. 34.

procedem. Logo, ainda que estivesse estabelecida uma separação científica entre ambos, consentia-se que o Direito Administrativo deveria buscar seus princípios gerais no próprio Direito Constitucional. Por outro lado, Maurice Duverger<sup>39</sup>, já na segunda metade do século XX, entendeu como inválida cientificamente qualquer tentativa de distinguir-se o Direito Administrativo e o Constitucional, compreendendo que as divisões trabalhadas pelas doutrinas no âmbito do Direito Público teriam caráter meramente formal, com finalidade pura e simplesmente pedagógica, como fizera seu contemporâneo Georges Vedel<sup>40</sup> — que, como já visto, pontou acerca das bases constitucionais do Direito Administrativo. Para Vedel, a tradição do Direito Constitucional francês, alicerçado na supremacia da lei e do Parlamento, torna a ideia de Direito Administrativo elemento indissociável da Constituição, pois “a Administração e o Direito Administrativo não podem, seja de um ponto de vista pedagógico, seja de um ponto de vista teórico, definir-se de modo autônomo”. Para o autor, “é partindo da Constituição que se pode estabelecer a sua definição”.

Já na doutrina alemã, Jürgen Habermas<sup>41</sup> defende, na seara das relações travadas entre Direito Administrativo e Constitucional, a influência dos direitos fundamentais desenvolvidos pela jurisdição constitucional como princípios da ordem jurídica geral, como o princípio da proporcionalidade. Tais conteúdos, denominados por Habermas como essenciais, ou “limites imanes dos direitos fundamentais”, denota sua operatividade como parâmetros de atuação do Estado-administrador, num espaço não alcançado pela lei formal. Através da realização pela jurisdição constitucional, prossegue, tais princípios levam à superação da insuficiência do sentido clássico da separação de poderes, servindo de balizas controláveis e aferíveis da atuação administrativa. É, novamente, o efeito irradiador dos direitos fundamentais para todas as esferas jurídicas, pelo que o Direito Constitucional passa a assumir o papel de limitador substantivo, e não puramente formal, do Direito Administrativo. Há, portanto, uma relação de necessidade mútua entre Direito Constitucional e Direito Administrativo. Consoante lição de Caio Tácito<sup>42</sup>, os dois ramos estão associados tanto na “defesa da comunidade ameaça ou lesada em valores relevantes”. Logo, Direito Constitucional e Direito Administrativo, por estarem imbricados, estabelecem uma relação de completude mútua, a fim de garantir a efetiva prestação do Estado de Direito. Dessa forma, “assim como o direito administrativo encontra suas bases no altiplano

---

<sup>39</sup> DUVERGER, Maurice. **Droit public**. Paris: Presses universitaires de France, 1957, p. 14.

<sup>40</sup> VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. 12. ed. Paris: PUF, 1992, p. 25.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 308-309.

<sup>42</sup> TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr. 2003, p. 58.

das constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras cartas de princípio, sem o socorro do direito administrativo”.

Jorge Miranda<sup>43</sup>, aliás, conclui que os avanços e retrocessos do Direito Administrativo e do Constitucional acabam sempre absorvidos “através da prática, da jurisprudência e da construção dogmática dos juristas” de tal modo que “a unidade dinâmica do ordenamento jurídico tem acabado, de um jeito ou de outro, por prevalecer”. Ademais, das linhas evolutivas do Direito Administrativo (português, sobremaneira), não se pode concluir, em termos absolutos, “nem no sentido da precedência necessária das normas constitucionais nem no da produção autônoma das grandes transformações jurídico-administrativas”. Para Miranda<sup>44</sup>, há, sucessivamente, inúmeras normas constitucionais que não são efetivadas tanto na organização quanto na disciplina da atividade administrativa, ao mesmo tempo que se assiste inovações, mutações e aquisições, na seara do Direito Administrativo, sem que haja base constitucional imediata, fato que, para o jurista português, comprova que o Direito Administrativo não se reconduz a mero Direito Constitucional concretizado, não sendo algo que permanece, “enquanto as Constituições vão constantemente variando”<sup>45</sup>.

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>46</sup> entende que o constitucionalismo nasce com o Direito Administrativo, sendo que este nunca se afastou do Direito Constitucional, tanto no sistema europeu-continental como no sistema da *common law*. No Brasil, em específico, poder-se-ia dizer que a constitucionalização do Direito Administrativo sempre existiu e, em especial, depois da Constituição Federal de 1934. Nesta, dispõe-se, por exemplo, sobre normas atinentes aos servidores públicos, assim como sobre a responsabilidade civil do Estado, a desapropriação, os remédios constitucionais como o mandado de segurança e a ação popular, para além da atribuição de atividades à competência exclusiva da União, previsão de lei sobre concessão de serviços públicos, etc. Di Pietro<sup>47</sup> reconhece, porém, que a constitucionalização do Direito Administrativo acentuou-se consideravelmente na Constituição de 1988 e, em especial, após as alterações introduzidas mediante as Emendas Constitucionais.

Destaca-se do texto constitucional a introdução de capítulo específico sobre a Administração Pública, com a previsão legal de princípios a serem obedecidos pela

---

<sup>43</sup> MIRANDA, Jorge. A Administração Pública nas Constituições Portuguesas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, 1991, p. 34.

<sup>44</sup> Ibid., p. 34.

<sup>45</sup> Ibid., p. 34.

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ano 2, n. 2, jan./jun., 2012, p. 88.

<sup>47</sup> DI PIETRO, 2012, p. 84-85.

Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a ampliação das normas sobre servidores públicos, dispondo sobre seus vencimentos, proventos e pensões. Igualmente, a introdução de normas sobre o regime próprio de previdência social dos servidores públicos, bem como a determinação do processo de licitação pública para obras, serviços, compras e alienações a serem contratadas administrativamente, também são exemplos deste fenômeno de constitucionalização. Depois, prossegue Di Pietro<sup>48</sup>, tem-se a ampliação da função social da propriedade à área urbana, ampliando as hipóteses de desapropriação (inclusive sem indenização), assim como a extensão de responsabilidade civil às entidades privadas que prestem serviço público. Por fim, destaca-se a previsão de órgãos reguladores, do contrato de gestão, das normas sobre gestão associada de serviços públicos, além da definição dos bens da União e dos Estados, das normas de proteção do patrimônio cultural e, finalmente, da ampliação das medidas judiciais de controle da Administração Pública, mormente a partir das ações coletivas, da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo.

A expansão da atividade administrativa, em especial no aspecto econômico e social, trouxe, ao âmbito dos ordenamentos jurídicos, através das Constituições contemporâneas, a proeminente inserção de temas inerentes ao Direito Administrativo. Por consequência, emerge a indissociável vinculação, tanto do legislador quanto do administrador, às regras e aos princípios positivados constitucionalmente. Portanto, a constitucionalização do Direito Administrativo (em concomitância à sua chamada principialização, conforme se verá) não apenas possibilita a maior ingerência do Poder Judiciário no controle da atuação administrativa (inclusive, e talvez principalmente, em matérias que cuidam da discricionariedade administrativa), mas também alcança ao administrador margem favorável de liberdade hermenêutica para interpretar e aplicar a lei, tomando-o da axiologia constitucional enunciada principiologicamente, seja nos princípios que regem a Administração Pública, seja nos objetivos fundamentais da República Federativa, seja no princípio democrático, seja nos direitos e garantias fundamentais, imergindo-o nesta relação entre Administração Pública e Constituição.

### **2.3 A figura dos princípios no ordenamento jurídico**

---

<sup>48</sup> DI PIETRO, 2012, p. 85-86.

Não é singela a tarefa de alcançar uma definição una do que seja um princípio jurídico, pois toda e qualquer compreensão acerca das normas principiológicas implica que seja considerada de modo precário ou transitório. Com efeito, definições compartimentadas e estanques sobre princípios jurídicos — e, em especial, sobre as peculiaridades de cada um deles — não coadunam com a própria noção que ostentam. De qualquer forma, afigura-se pertinente a análise sobre o lugar que este tipo de norma ocupa (ou deveria ocupar) no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que, posteriormente, reste aclarada a relevância dos princípios de Direito Administrativo. Tem-se, assim, o reconhecimento de diversas nuances sobre o conceito próprio que assumem, o que proclama delimitação na presente pesquisa, para que não se comprometa a própria hermenêutica sobre os princípios aqui implicados (legalidade, juridicidade, etc.).

Os valores superiores dos ordenamentos jurídicos e políticos do Ocidente tornaram-se marcas do constitucionalismo assistido a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. A clássica concepção das Constituições passava, conforme Canotilho e Vital Moreira<sup>49</sup>, por três marcas fundamentais: (1) as Constituições limitavam-se às concepções formalistas e organizatórias do Estado, sendo (2) encaradas tão somente, ou principalmente, como limitadoras da atividade estatal, e (3) só interessavam de modo direto aos cidadãos quando da defesa das esferas de liberdade que opunham ao Estado. No entanto, segundo Baptista<sup>50</sup>, “o constitucionalismo que emergiu do Segundo Pós-Guerra tem nas preocupações axiológicas de seus teóricos uma de suas características mais marcantes”. Chega-se, assim, conforme Barroso<sup>51</sup>, ao constitucionalismo democrático, cujo fundamento e objetivo é, justamente, a dignidade da pessoa humana como grande consenso ético do mundo ocidental, “materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições”.

Por certo, a experiência traumática das Revoluções e, sobretudo, das Guerras Mundiais concorreram de modo acentuado ao alcance dos princípios. Assim, paralelamente ao advento do novo constitucionalismo, viu-se inaugurada nova fase jurisprudencial, que da “jurisprudência dos conceitos” e “jurisprudência dos valores” passou à “jurisprudência dos princípios”<sup>52</sup>. Na lição de Josef Esser<sup>53</sup>, foram necessárias as comoções do Segundo Pós-Guerra

<sup>49</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 38-39.

<sup>50</sup> BAPTISTA, 2003, p. 82.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Juris Plenum: Direito Administrativo**, Caxias do Sul, v. 4, n. 14, jun. 2017, p. 145.

<sup>52</sup> BAPTISTA, 2003, p. 84.

<sup>53</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 6-7. No original: “¿Han sido realmente necesarias las conmociones de la última guerra y posguerra, para que la jurisprudencia se diera cuenta de que los “meros conceptos jurídicos” y el “sistema”

para que a jurisprudência percebesse que os “meros conceitos jurídicos e o sistema positivo” não estavam em condições de fornecerem nenhum critério de valor aplicável às situações não conhecidas ou não reconhecidas até então. Nesse sentido, a armadura lógica da lei só conduziria até certo ponto, implicando, pois, os princípios enquanto subordinadores da ponderação dos interesses postos. Os princípios, portanto, passam a ocupar posição central na ordem constitucional que se inaugura a partir da segunda metade do século XX, incorporando ao Direito, conforme Baptista<sup>54</sup>, substratos ético-morais, ou seja, elementos jusnaturalistas, sem que, no entanto, fique comprometida sua a própria unidade sistemática positivista.

Entretanto, intentou-se atribuir aos princípios uma concepção positivista, pois, em razão da margem de indeterminação e abstração que supostamente os caracterizam, sempre seria necessário um ato posterior que os detalhassem. Foi o que sustentou o italiano Giorgio Dell Vecchio<sup>55</sup>, ainda na década de 30 do último século, para quem dos princípios gerais de direito não se poderia extrair *a priori*, e de modo dedutivo, todas as normas particulares do próprio ordenamento, já que este também seria dotado de elementos empíricos e contingentes. Da mesma forma, prossegue, não se poderia retirar de meras normas o conhecimento necessário àqueles princípios genéricos. Assim, princípios deveriam ser incorporados ao direito positivo ou, na ausência deste, ao caso concreto<sup>56</sup>. Por isso, Pérez Luño<sup>57</sup> entende que “a concepção positivista dos princípios supõe, definitivamente, duplicar o papel da lei como fonte do direito, que o seria de forma direta e expressa e de forma indireta e tácita através dos princípios gerais do direito”, estes compreendidos como “meras generalizações da própria lei”. Tal concepção,

---

*positivo no están en situación de suministrar ningún criterio de valor aplicable a tareas no conocidas, o no reconocidas hasta ahora? Ningún jurisconsulto experimentado ha dejado de ver nunca que la "armadura lógica de la ley sólo conduce hasta el punto... en que surgen las cuestiones de valor decisivas", para las cuales "la ponderación de los intereses no es ninguna varilla mágica", si faltan los principios a que esta ponderación debe subordinarse. La culpa de tal superstición, la tienen las escuelas. La jurisprudencia práctica, la continental incluso, y dentro de ésta la alemana, ha explorado estos problemas del valor, a pesar de toda su "fidelidad a la ley". Su conocimiento le ha permitido sentar principios, sostenidos a despecho de la presión política, que en substancia, si no en la forma, significaban un ius exterior a la lex".*

<sup>54</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 85.

<sup>55</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1933, p. 21. No original: “Así como de los principios generales no pueden obtenerse *a priori*, por simple deducción, todas las normas particulares del ordenamiento jurídico, que contienen también elementos empíricos y contingentes; así tampoco puede inferirse de las simples normas particulares el conocimiento apropiado de aquellos principios, que en su generalidad superan virtualmente toda aplicación particular”.

<sup>56</sup> Em verdade, Giorgio Del Vecchio é expoente na defesa da incorporação dos princípios gerais do Direito ao Direito Natural, entendendo-os como importantes mecanismos de interpretação e integração do Direito. Nesse sentido: DEL VECCHIO, Giorgio. Mutabilità ed eternità del diritto. In: **Studi sul diritto**, vol II. Milano: Giuffrè, 1958.

<sup>57</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los principios generales del derecho: ¿um mito jurídico? **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid, Ministério de la Presidencia, n. 98, 1997, p. 20. No original: “La concepción positivista de los principios supone, en definitiva, duplicar el papel de la ley como fuente del derecho, que lo sería de forma directa y expresa y de forma indirecta y tácita a través de los principios generales del derecho entendidos como meras generalizaciones de la propia ley”.

no entanto, não se sustenta, pois olvida que a eficácia imediata dos princípios implica que não sejam os mesmos concebidos tão somente pelo aspecto abstrato e indeterminado. Ou seja, a espera pelo ato posterior que detalhe e insira o princípio no ordenamento jurídico não coaduna com a concepção mesma acerca dos princípios enquanto normas jurídicas.

Com efeito, a construção histórica da ciência jurídica permitiu a concepção dos princípios sob os mais variados prismas. Tratou-se, por exemplo, da distinção entre princípios gerais do Direito e princípios jurídicos. Aqueles são entendidos por Del Vecchio<sup>58</sup> como de caráter geral e de inspiração jusnaturalistas. Já os princípios jurídicos seriam elementos que organizam e sistematizam o conhecimento do Direito, propostos pela dogmática. Ou, conforme Roque Antônio Carrazza<sup>59</sup>, princípio jurídico diz de um enunciado lógico, tanto implícito quanto explícito e, pelo alto grau de generalidade, “ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

Identificando as noções que permearam, inicialmente, a dogmática dos princípios, Pérez Luño<sup>60</sup> assevera terem sido duas as principais compreensões: a) princípios jurídicos, aqui abrangidos os que decorrem do estudo sistemático do direito positivo e, portanto, da ciência jurídica; e b) princípios gerais, os quais, num sentido ontológico, são percebidos pela abstração e generalização a partir das normas positivas, ou que decorrem de máximas, aforismos e brocardos próprios do direito natural incorporados ao sistema jurídico. No entanto, adverte o autor que a dualidade conceitual implicou, em verdade, confusões sobre a própria incorporação dos princípios em uma dada disciplina, para além de fragilidades na estruturação e juridicidade. Assim, viu-se criado o paradoxo que, de um lado, estabeleceu uma visão cientificista dos princípios (fruto da produção inspirada nos valores formalistas e positivistas) e, de outro, denotou uma axiologia fundada em aforismos e brocardos próprios do jusnaturalismo, os quais, no entanto, nem sempre são postos de modo sistemático<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> DEL VECCHIO, 1933, p. 7.

<sup>59</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 174.

<sup>60</sup> PÉREZ LUÑO, 1997, p. 17.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 18. No original: “*La pluralidad significativa que asumen los principios generales del derecho responde, en gran medida, a la tradicional controversia que se ha suscitado sobre su alcance entre las distintas escuelas y concepciones jurídicas, que han tendido a poner el acento sobre alguna de sus acepciones. El positivismo jurídico, en su versión normativista, ha tendido a enfatizar la identificación de los principios generales con las reglas inducidas del propio sistema normativo; mientras que algunas de sus orientaciones dogmáticas y la jurisprudencia de conceptos conciben a los principios como aquellas categorías formales que resumen la quintaesencia de los conceptos jurídicos fundamentales. Para la Escuela histórica los principios jurídicos representaron preferentemente las fuentes tradicionales generadoras del derecho. En tanto que las diversas posturas iusnaturalistas han coincidido en potenciar la concepción axiológica de los principios*”.

É com o fim da Segunda Guerra Mundial que a figura dos princípios passou a ocupar lugares distintos nos ordenamentos jurídicos. Em verdade, conforme sinaliza Barroso<sup>62</sup>, foi a redefinição do posicionamento das Constituições e influência que o Direito Constitucional passou a ter sobre as instituições que ocasionou, a partir da segunda metade do século XX, a reconstitucionalização da Europa Ocidental. Influida, assim, a retomada das ideias de constitucionalismo e democracia, culminando na nova forma de organização política, hoje reconhecida como o Estado Democrático de Direito<sup>63</sup>. Historicamente, segundo Perelman<sup>64</sup>, interfere também neste cenário de acolhida dos princípios, sobretudo pelos tribunais europeus, o processo de Nuremberg<sup>65</sup>. A partir deste, constatou-se que os crimes abomináveis praticados pelos dirigentes de Hitler não podiam evadir-se da justiça, “mesmo na ausência de disposições legais expressas, a menos que fossem tais as regras do direito internacional público”. Portanto, fazia-se necessário o respeito ao princípio do *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei anterior que o defina), bem como “afirmar a existência de um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas, concernente ao respeito da dignidade da pessoa humana”.

Assiste-se, consoante Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos<sup>66</sup>, à decadência do positivismo, o que fica emblematicamente associado à derrota do fascismo, na Itália, e do nazismo, na Alemanha — movimentos políticos e militares que “ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”. É que, de fato, os principais acusados do Tribunal de Nuremberg acabaram por invocar o cumprimento da lei e a obediência das ordens que eram emanadas pelas autoridades competentes. Com o fim da guerra, a noção de um ordenamento jurídico indolente aos valores éticos, a noção da lei enquanto estrutura meramente formal, “uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. Com isso, os princípios jurídicos, ao assumirem aura de

---

<sup>62</sup> BARROSO, 2005, p. 3.

<sup>63</sup> Os elementos jurídicos do Estado Democrático de Direito será objeto de análise no capítulo seguinte.

<sup>64</sup> PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínea Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 102.

<sup>65</sup> Com o Segundo Pós-Guerra, criou-se o Tribunal de Nuremberg, na Alemanha, a fim de julgar os crimes cometidos pelos nazistas. O Tribunal, de 1945 a 1949, julgou 199 homens, dentre os quais 21 eram líderes nazistas. Dentre as acusações, acentuou-se a de crimes contra o direito internacional. Segundo Flávia Piovesan: “O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional. Testemunha-se, desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí, não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica. São lançados, assim, os mais decisivos passos para a internacionalização dos direitos humanos”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 184.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun., 2003, p. 146-147.

texto, passam a integrar o sistema jurídico como normas jurídicas<sup>67</sup>. Portanto, os ordenamentos de Estado Democrático de Direito, conforme a doutrina pós-positivista, são compostos de normas que são regras e princípios, compreensão esta que passa a modificar, de modo profundo, a identificação e o modo de aplicação das normas jurídicas, inclusive as de Direito Administrativo. Não obstante, permanece a indefinição unitária sobre o que seja um princípio jurídico, tornando-se necessária, assim, a leitura de modo a tão somente compreender as nuances produzidas pela doutrina.

Precedentemente, em 1956, Josef Esser<sup>68</sup> havia elaborado sua definição de princípio (*Grundsatz*). Para o jurista alemão, os princípios seriam o ponto de partida à razão jurídica, atuando não apenas como meros instrumentos do pensamento heurístico, mas como expressão primária da decisão valorativa positiva, ou seja, da decisão que confere legitimidade à regra que deve ser aplicada. Nesse sentido, os princípios são fundamentos e critérios que, em si, justificam uma dada ordem. Não são, portanto, definíveis em abstrato, razão pela qual nenhum princípio atua como criador de norma, pois, pela força constitutiva que ostentam, o valor construtivo apenas se dá quando em união com o “conjunto do ordenamento reconhecido”. Apenas a partir disso é que os princípios incumbir-se-iam de uma função bem definida<sup>69</sup>. A distinção entre princípios e regras, neste norte, seria de caráter qualitativo, pela qual os primeiros formariam o “ponto de arranque” do desenvolvimento jurisprudencial aberto, o que implicaria, por conseguinte, estarem apoiados num método de formação de normas firmado pela tradição.

Outra definição clássica é encontrada na doutrina de Karl Larenz<sup>70</sup>, para quem os princípios jurídicos são critérios e fundamentos à concretização de uma norma. Ou seja, os princípios jurídicos são “pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia de Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar fundamentos justificativos delas”. Para Larenz<sup>71</sup>, os princípios, em não sendo regras, não são aplicáveis, mas funcionam como “pensamentos

---

<sup>67</sup> Por óbvio, conforme leciona Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”. A distinção entre texto e norma está melhor posta no item a seguir. Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 30.

<sup>68</sup> ESSER, 1961, p. 88-252.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 88. No original: “Si, como consecuencia de todo lo dicho hasta ahora, la cualidad jurídica de un principio no es definible in abstracto, sin conocer el método de descubrimiento del derecho empleado en una constitución dada, podemos sin embargo sentar dos afirmaciones: a) Ningún principio actúa por sí solo como creador de normas, sino que únicamente posee fuerza constitutiva o valor constructivo en unión con el conjunto del ordenamiento reconocido, dentro del cual le incumbe una función bien definida”.

<sup>70</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 316.

<sup>71</sup> LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Barcelona: Civitas, 1993, p. 34.

diretores de uma regulação jurídica existente ou possível”. Logo, “podem transformar-se em regras”.

Igualmente, para Canaris<sup>72</sup>, os princípios jurídicos distinguem-se das regras tanto pelo caráter axiológico quanto pela forma de interação com outras normas. Para o jurista, os princípios correspondem uma consequência jurídica ocasionada a determinados valores contemplados no sistema jurídico — sistema, este, alicerçado numa ordem de valores que o Direito busca proteger. Assim, os princípios, por guardarem conteúdo axiológico puro, são distintos das regras, pois dependem exatamente destas para serem concretizados. Princípios são normas que dão fundamento ao ordenamento jurídico. Canaris define este sistema “como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à caracterização de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”.

As teorias descritas culminam, em momento histórico menos distante, nas formulações teóricas fortes do professor norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy, as quais inauguram, em verdade, a compreensão de que o sistema jurídico de um Estado que se pretenda constitucional, democrático e de Direito deve ser composto de um modelo de regras e princípios. Não obstante, conforme Bonavides<sup>73</sup>, atualmente é possível constatar que a doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, não mais se preocupa em propor que princípios jurídicos e normas jurídicas são espécies do gênero norma. Para o autor, detêm-se tais doutrinas em, justamente, definir os critérios de distinção entre regras e princípios, ao que refere pioneiras as formulações de Boulanger<sup>74</sup> e Crisafulli<sup>75</sup>, e importantes as de Dworkin<sup>76</sup> e Alexy<sup>77</sup>. Com efeito, as doutrinas de Dworkin e Alexy propõem uma separação qualitativa entre regras e princípios. Ou seja, o modelo descritivo do que sucede na aplicação das espécies normativas, para esta corrente fundamental, impõe a existência de uma distinção forte (daí porque anteriormente chamadas de “formulações teóricas fortes”) e de natureza entre regras e princípios.

<sup>72</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 76.

<sup>73</sup> BONAVIDES, 2011, p. 264-277.

<sup>74</sup> BOULANGER, Jean. *Principes Généraux Du Droit et Droit Positif*, In: **Droit Privé Français au Milieu du no Siecle** (Etudes Offertes a Georges Ripert). Paris : LGDJ, 1950.

<sup>75</sup> CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

Dworkin<sup>78</sup>, inspirado em Roscoe Pound, apresenta sua doutrina como marco da crítica ao positivismo e, em especial, à teoria positivista de Herbert Hart, seu antecessor em Oxford<sup>79</sup>. Para Dworkin, vislumbrar o Direito como um sistema integrado apenas por regras, como propunha Hart, encontra limitação quando não possibilita compreender o processo argumentativo trazido pelos denominados “casos difíceis” (*hard cases*) — casos em que, aos juízes, por não conseguirem identificar qualquer regra aplicável, resta, à solução do caso, a discricionariedade, o que equivaleria a criar Direito novo. Mas, conforme Dworkin<sup>80</sup>, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”. Para tanto, prossegue, “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.

O doutrinador, então, estabelece a distinção qualitativa e lógica (*logical distinction*) entre regras e princípios a partir da orientação fornecida por cada uma destas normas jurídicas às decisões judiciais. Regras, no modelo dworkiano original, são aplicadas de forma completa e absoluta, no modo tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*). Vale dizer, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”<sup>81</sup>. No caso de uma regra válida, sua aplicação se dará de modo absoluto, ou seja, no tudo ou nada. Tem-se, por exemplo, a regra do artigo 121 do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940) que, ao estabelecer o crime de homicídio, dispõe que “matar alguém” implica na pena de “reclusão, de seis a vinte anos”. Em ocorrendo o fato de, por exemplo, “A” matar “B”, tem-se a conclusão de que “A” sofrerá a pena de reclusão, de seis a vinte anos. A adequação do fato à regra implica no mecanismo da subsunção, pelo qual, a partir da inferência lógico-dedutiva, aplica-se uma regra jurídica. Esta aplicação, no caso hipotético, dar-se-á em seu tudo (*all fashion*).

No entanto, remanesce a possibilidade de aplicação de uma regra, mesmo válida, no seu nada (*nothing fashion*), o que, para Dworkin<sup>82</sup>, quando outra regra igualmente válida, ao ser apresentada em exceção, é aplicada no seu tudo. Ainda com o exemplo do artigo 121 do Código Penal brasileiro, pode-se apresentar, como exceção, a regra do artigo 23 do mesmo código, pela qual “não há crime quando o agente pratica o fato”, dentre outros, “em legítima

<sup>78</sup> Sua primeira publicação neste sentido data de 1976, no artigo “O modelo de regras” (*The model of rules*), depois incluído na obra “Levando os direitos a sério” (*Taking Rights Seriously*), de 1977.

<sup>79</sup> Nesse sentido: HART, Herbert. **The concept of law**. Oxford University Press, 1961, traduzido para o português como “O conceito de direito”.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 73.

<sup>81</sup> DWORKIN, 2002, p. 39.

<sup>82</sup> Id., p. 27-39.

defesa” (inciso II). Neste caso, a aplicação, no todo, da regra do artigo 23, II, será apresentada como exceção à regra do artigo 121, que restará aplicada no seu nada. É que, conforme o autor, “a regra pode ter exceções, mas se as tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções”, sendo possível, assim, que todas as exceções sejam enumeradas e “quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”. Contudo, acatar a exceção não implica falar na invalidade da norma afastada, situação diversa de quando a regra, por si só, é inválida, quando então, não se aplicará ao caso, restando incapaz de garantir qualquer decisão judicial. É que, com efeito, “a decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”.

Já os princípios jurídicos são compreendidos por Dworkin<sup>83</sup> como sendo normas que apresentam uma dimensão de peso, ou seja, é equivalente a um padrão que implica ser observado, “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Nesse sentido, princípio diferencia-se da política, sendo esta o tipo de “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Em havendo colisão entre dois princípios, prevalece aquele que tiver um peso relativamente maior em relação ao outro, o que igualmente impõe não seja o de menor grau eliminado do ordenamento jurídico e, sim, apenas afastado no caso concreto. Portanto, os princípios, para Dworkin<sup>84</sup>, não fornecem as condições necessárias à aplicação, mas induzem a argumentação numa ou noutra direção. Funcionam, portanto, como *standards*, ou seja, modos abertos, passíveis de argumentação, que contêm os fundamentos que necessitam ser conjugados com os demais fundamentos, a fim de justificar uma decisão em determinado sentido. A aplicação dos princípios, assim, torna-se um problema de peso, e não de validade. Igualmente, o princípio que não tiver prevalência não deixará de existir no ordenamento jurídico, pois tão somente não apresentará o peso decisivo necessário naquele caso concreto, o que poderá ocorrer noutra situação, quando, então, prevalecerá sobre outro que, igualmente, não deixará de valer.

A leitura atual das formulações dworkianas sobre regras e princípios enquanto normas do ordenamento jurídico torna imprescindível, segundo Luís Afonso Heck<sup>85</sup>, a sua

---

<sup>83</sup> DWORKIN, 2002, p. 36.

<sup>84</sup> Ibid., p. 42.

<sup>85</sup> HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

complementação a partir da teoria desenvolvida por Robert Alexy. Para o professor alemão<sup>86</sup>, a distinção entre regras e princípios, assim como propõe Dworkin, ocorre qualitativamente, e não em razão de grau. Assim, a tese do professor norte-americano no sentido de que os conflitos entre regras apresentam-se estruturalmente distintos das colisões entre princípios, pois estes possuem dimensão de peso, conforme Alexy, representa importante ponto de partida a fim de estabelecer os reais critérios de distinção entre tais normas.

No entanto, Alexy<sup>87</sup> pontua que as formulações de Dworkin, muito embora sejam relevantes e pioneiras na rediscussão sobre os princípios enquanto fontes primárias do direito, não alcançam elementos necessários do núcleo de diferenciação entre regras e princípios, sendo um modelo “muito simples”. Com efeito, a teoria dos princípios de Alexy surge da discussão sobre como as normas jurídicas são aplicadas e sobre como deverão ser justificadas as decisões judiciais, o que se coloca em maior centralidade quando o aplicador do Direito (*Rechtsanwendende*) vê-se diante um caso de colisão de direitos fundamentais. A base da teoria dos princípios é, portanto, a distinção teórico-normativa de regras e princípios. Conforme Alexy<sup>88</sup>, “regras são normas, que definitivamente pedem algo”. São, assim, mandamentos definitivos que se aplicam pela subsunção. Princípios, prossegue, “são, pelo contrário, mandamentos de otimização” e, como tal, “pedem que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas”.

A distinção proposta por Alexy mostra-se necessária num sistema jurídico de constitucionalismo democrático. Isto porque os sistemas jurídicos compostos apenas por regras trazem problemas que, para Anizio Pires Gavião Filho<sup>89</sup>, relacionam vinculação e abertura. Se as regras determinarem a solução de um caso, o sistema jurídico implica alto grau de vinculação. No entanto, se, por outro lado, o sistema jurídico não dispuser de regra que possibilite a solução de um caso, o juiz estará livre para fazer uso de critérios extrajurídicos. Nesse caso, determinação e vinculação é, conforme Alexy, questão de tudo ou nada. Mas, como

---

<sup>86</sup> Nesse sentido, Alexy assinala que a tese que sustenta “que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa” é a correta, pois “há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios, critério este que “declara a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios”. Tais critérios são os trabalhados por ele em sua obra principal. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

<sup>87</sup> ALEXY, 2015, p. 104.

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais In: HECK, Luis Afonso. **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2015, p. 11.

<sup>89</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

visto, Alexy<sup>90</sup> diferencia regras e princípios a partir da ideia de que estes são mandamentos de otimização e, por isso, podem “ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

As regras, por outro lado, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Assim, se uma regra vale, deve ser feito exatamente o que ela exige, “nem mais, nem menos”, como dispõe o autor. Vê-se, por exemplo, a regra contida no artigo 40, §1º, II, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que forem abrangidos pelo regime de previdência de que trata o artigo serão aposentados, compulsoriamente, aos 75 anos de idade, na forma de lei complementar<sup>91</sup>. Nesse sentido, diante da hipótese de um servidor titular de cargo efetivo da União que esteja em exercício e venha a completar 75 anos, a conclusão que daí se impõe é a de que deve este servidor ser aposentado compulsoriamente. Portanto, a regra contém “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, sendo posições jurídicas definitivas. Daí porque, justifica Alexy<sup>92</sup>, “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa”.

Por outro lado, os princípios configuram posições jurídicas *prima facie*, oferecendo tão somente razões *prima facie*<sup>93</sup>, ao passo que as regras, caso não haja o estabelecimento de exceção, são razões definitivas. Regras e princípios são razões para ações ou razões para normas. As regras e princípios devem ser considerados como razões para normas, servindo tanto “para normas universais (gerais/abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser)”. Dentro deste critério, poder-se-ia aferir que os princípios são razões tão somente para regras. Contudo, o professor alemão entende não ser correto este critério, pois, se o fosse, “princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas”. Ainda que se possa considerar que os princípios são razões para regras e que estas, por sua vez, são razões para decisões concretas — as chamadas “normas individuais” —, sua análise mais acurada implica concluir pela sua incorreção. Com efeito, “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razão para decisões concretas”. Assim, se princípios

---

<sup>90</sup> ALEXY, 2015, p. 90.

<sup>91</sup> Que, no caso específico, vem a ser a Lei Complementar n. 152, de 03 de dezembro de 2015.

<sup>92</sup> ALEXY, 2015, p. 91.

<sup>93</sup> Não se desconhece o refinamento proposto por Alexy ao considerar que regras também possuem um caráter *prima facie*. No entanto, há de se atentar que os dois tipos de normas apresentam caráter *prima facie* distinto. Nesse sentido: *Ibid.*, p. 104-106.

também podem servir de razões para decisões, impõem-se considerá-los no sentido de possibilitar a formulação de juízos concretos de dever-ser a partir dos próprios princípios.

Não obstante, caracterizar os princípios jurídicos como razões também para regras é ponto máximo da teoria de Alexy, pois “reflete o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever-ser”. Logo, se uma regra constituiu-se em razão a um juízo concreto (quando válida e sem exceção), tem-se que ela é uma razão definitiva — afinal, “se o juízo concreto do dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um direito definitivo”. Da mesma forma, princípios sempre serão, de modo isolado, razões *prima facie*. Mas se decisões sobre direitos não prescindem a identificação de direitos definitivos, “o caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência”. Esta definição de preferência sempre será, para o autor, a definição de uma regra. Assim, arremata Alexy<sup>94</sup>, “sempre que um princípio for, em uma análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”. O caminho que parte da identificação de um princípio como um dever *prima facie*, com abertura semântica e estrutural, até um dever real e definitivo, conforme a teoria alexyana, é realizado pela ponderação.

Vê-se, portanto, que a distinção entre princípios e regras implica não apenas o reconhecimento de uma distinção qualitativa entre as normas jurídicas, mas, senão principalmente, a atribuição de normatividade àqueles, o que, conforme Barroso<sup>95</sup>, “são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo”. Tal fato traz em si a noção de que os princípios, e notadamente os princípios constitucionais, “são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”. É, portanto, um caminho ascendente, a partir do qual “os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico”. Extrai-se daqui a compreensão recorrente entre os constitucionalistas contemporâneos, inclusive Barroso, no sentido de que os princípios “irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito”.

Igualmente, Ana Paula de Barcellos<sup>96</sup>, a fim de operacionalizar a distinção entre regras e princípios, destaca duas diferenças suplementares. A primeira diz respeito à relativa

---

<sup>94</sup> ALEXY, 2015, p. 110.

<sup>95</sup> BARROSO, 2018, p. 241.

<sup>96</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53.

indeterminação dos efeitos, sendo que “os efeitos que um princípio pretende produzir irradiam-se a partir de um núcleo básico determinado, semelhante, nesse particular, às regras”. No entanto, ocorre que, a partir deste núcleo, os princípios implicam efeitos indeterminados, tanto em razão das variáveis que se apresentam a partir das “concepções políticas, ideológicas, religiosas, filosóficas, etc.”, bem como por conta da “infinitude de situações não previstas, e a rigor indetermináveis, às quais seu efeito básico poderá se aplicar”. A segunda diferença apontada por Barcellos<sup>97</sup> é no sentido de que, muitas vezes, muito embora o “efeito pretendido por uma norma seja determinado [...] os meios para atingir tal efeito são múltiplos”. É o que a autora identifica em se tratando das ditas normas programáticas, que, em sua estrutura, “nada mais são do que espécies de princípios”.

A doutrina, no entanto, não possui um acordo quanto à segunda diferença elaborada por Barcellos, de modo que outros posicionamentos são suscitados para afastar, total ou parcialmente, a conclusão no sentido de que existem vários meios para atingir o fim pretendido por uma norma e que isto é, de plano, uma característica dos princípios. É o que entende, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva<sup>98</sup>, para quem este fato “não é, todavia, uma característica dos princípios, mas de qualquer norma que não imponha uma omissão, mas uma ação, uma prestação ou o alcance de uma finalidade”. Vale dizer, a multiplicidade de meios de se que dispõe a fim de atingir os efeitos pretendidos pela norma, tal e qual defende Barcellos, seria tão somente uma característica parcial dos princípios, sendo “somente aplicável ao âmbito positivo deles, não estando presente no seu aspecto meramente negativo”, a exemplo dos chamados direitos de defesa, como a liberdade de manifestação do pensamento. Portanto, em não sendo uma característica imprescindível dos princípios, Virgílio arremata no sentido de que “ela não pode ser usada como critério para distingui-los das regras”.

O *discrímen* entre as espécies normativas é afirmado de modo diverso por Humberto Ávila<sup>99</sup>, que concentra a diferença entre regras e princípios apenas no tocante ao grau de abstração. É a consequência proposta pela norma que definirá sua identificação, de forma que quando o conteúdo descreve uma conduta devida, está-se diante de uma regra; quando indica valores a serem efetivados, é um princípio. Portanto, para Ávila<sup>100</sup>, a “diferença existente reside não na condicionalidade propriamente dita, mas na ligação da previsão normativa com a

<sup>97</sup> BARCELLOS, 2002, p. 54.

<sup>98</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003, p. 623-625.

<sup>99</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. I, nº 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47756>>. Acesso em: 10/10/2017.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 20-21.

concretização de fins ou de condutas”. Regras consistem em normas de conduta — a partir das quais “há previsão direta da conduta devida, sem ligação direta com fins” —, ao passo que princípios são normas finalísticas ou de tarefas — quando a conduta devida “é aquela adequada à realização dos fins”.

Ávila deixa saber que inexistente correspondência biunívoca entre dispositivo (texto) e norma, de forma que nem todo dispositivo legal corresponde necessariamente a uma norma jurídica. Isto porque, conforme o autor, dispositivos legais ou constitucionais são os objetos de interpretação, e normas jurídicas são o resultado desta mesma interpretação. Com isso, pode-se afirmar a existência de pelo menos quatro conceitos decorrentes desta premissa. O primeiro, quando “há norma mas não há dispositivo”. O segundo, “quando há dispositivo mas não há norma”. O terceiro, quando “há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma”. O quarto, quando “há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma”. É precisamente a quarta decorrência que se afigura importante nesta pesquisa, pois, em certa medida, e como será devidamente trabalhado oportunamente, o princípio da juridicidade não é previsto expressamente na Constituição Federal, e em nenhum diploma legal. No entanto, como se verá, a condição principiológica à juridicidade não pode ser negada, pois resultado da combinação de vários dispositivos encontrados na Constituição da República e nos demais diplomas.

Prosseguindo, Ávila<sup>101</sup> define que os princípios são normas “imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade”. Neste sentido, ao estabelecerem o fim a ser alcançado, devem ser aplicados de forma a demandarem uma avaliação sobre o “estado de coisas a ser promovido” e os efeitos que decorrem da conduta necessária à promoção deste mesmo estado de coisas. Afirma-se, assim, que os princípios são formados por dois núcleos distintos, mas complementares, em que o primeiro é criador de um dever imediato de promover um estado ideal de coisas, e o segundo é criador de um dever mediato de adotar-se a conduta necessária ao atingimento daquele estado. Regras, por outro lado, são “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”. Aqui, conforme Ávila, são aplicadas a partir da avaliação “entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” — aplicação que deve estar “centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes”.

---

<sup>101</sup> ÁVILA, 2018, p. 70.

No entanto, a doutrina de Humberto Ávila<sup>102</sup> diferencia-se por identificar que de um mesmo dispositivo é possível admitir a existência conjunta das espécies normativas, cada qual dotada de características estruturais diversas. Uma norma pode ser vista como regra, princípio ou postulado, sendo o caráter predominante o que o caracterizará sua própria natureza. Não obstante, sua classificação apresenta-se como aprimoramento da tese segundo a qual as espécies normativas se apresentam como “alternativas exclusivas”, sendo ou regras ou princípios. Fala-se, assim, numa classificação que contempla “alternativas inclusivas”, de forma que se torna necessário admitir que os dispositivos podem gerar, ao mesmo tempo, mais de uma espécie normativa, ou seja, um ou mais de um dispositivo é capaz de experimentar uma dimensão que seja, simultaneamente, comportamental, finalística e/ou metódica, do que se estaria diante de, respectivamente, uma regra, um princípio e/ou um postulado<sup>103</sup>.

Postulados normativos são metanormas que se situam num plano distinto do das demais normas para cuja aplicação acabam por estruturar. São, portanto, postulados normativos aplicativos, pois estruturantes formais da aplicação de princípios. Para Ávila<sup>104</sup>, postulados não podem ser confundidos com princípios porque “não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim”. O conceito desta terceira espécie normativa é que se atribui, por exemplo, à proporcionalidade e razoabilidade<sup>105</sup>, usualmente classificados como princípios<sup>106</sup>, ou até como regras — o que, para o autor, não se sustenta, justamente porque postulados normativos são transcendentais, ou seja, estão “antes” no sentido de mostrarem-se como condição de possibilidade de conhecimento para aplicação perante o ordenamento jurídico, situação distinta da que se implicaria se estivessem “acima”, numa perspectiva ontológica, tal e qual ocorre com princípios fundamentais enquanto fontes superiores do ordenamento todo.

Apresentadas as premissas que sustentam as categorias das normas jurídicas, haverá de se aferir, ao cabo, sob o manto de qual espécie normativa é possível encobrir a legalidade

---

<sup>102</sup> ÁVILA, 2018, p. 70.

<sup>103</sup> Ávila exemplifica sua classificação no seguinte sentido: “Examine-se o dispositivo constitucional segundo o qual é exigida lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributos. É plausível examiná-la como regra, como princípio e como postulado. Como “regra”, porque condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmine com a aprovação de uma fonte normativa específica – lei. Como “princípio”, porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica. E como “postulado”, porque vincula a interpretação e a aplicação à lei e ao Direito, pré-excluindo a utilização de parâmetros alheios ao ordenamento jurídico” ÁVILA, 2018, p. 60-61.

<sup>104</sup> Ibid., p. 88-89.

<sup>105</sup> Os postulados da razoabilidade e proporcionalidade serão analisados oportunamente na segunda parte, quando serão apresentados os mecanismos que servem de parâmetro ao controle da Administração Pública.

<sup>106</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002.

administrativa e, com mais precisão, a juridicidade, a fim de se compreender seus reais limites e suas precisas possibilidades hermenêuticas enquanto fontes de aplicação e controle da Administração Pública. Não obstante, para que se possa responder a esta indagação — que constituiu, a propósito, um dos objetivos específicos da pesquisa — faz-se necessário abordar as diferentes formas pelas quais as normas jurídicas implicam o Direito Administrativo, arrematando-se esta parte primeira com o lugar ocupado pela legalidade administrativa no Estado Democrático de Direito.

#### **2.4 A Constituição e as normas principiológicas como fontes do Direito Administrativo**

Como visto, os princípios jurídicos, na linha corrente da história jurídica ocidental, assumiram aura de texto e passaram a integrar o sistema jurídico dos ordenamentos de Estado Democrático de Direito como normas jurídicas. Tal compreensão passou a modificar sobremaneira a identificação e o modo de aplicação das normas jurídicas, influenciando de modo direto no Direito Administrativo, principalmente a partir dos fenômenos de constitucionalização. Cino Vitta<sup>107</sup>, aliás, entende que a teoria da norma no Direito Público é em grande medida realizada pelo Direito Constitucional. Para Otto Mayer<sup>108</sup>, “o direito constitucional contém a regulação básica do vínculo existente, no administrativo, entre o poder público e o súdito”, do que derivam outras normas jurídicas que, justamente, determinam esta relação, as quais o autor alemão chama de “regras do Direito Administrativo”.

Reconhece-se a normatividade da Constituição, muito embora, conforme Canotilho<sup>109</sup>, a “complexa articulação da ‘textura aberta’ da constituição com a positividade constitucional” não torne singela a tarefa de reconhecer tal força normativa. Contudo, prossegue, considerando-se que o Direito Constitucional passa a ser direito positivo, ou seja, se a Constituição Federal “vale como lei”, a conclusão que se impõe é de que “as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade”. A Constituição é, para Konrad Hesse<sup>110</sup>, “uma ordem fundamental jurídica da coletividade”, razão pela qual possui força jurídica suficiente a ordenar e motivar a vida estatal e social. Enquanto corpo normativo fundante de um Estado, a Constituição “configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio”.

<sup>107</sup> VITTA, Cino. **Diritto Amministrativo**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962, p. 30.

<sup>108</sup> MAYER, 1949, p. 161.

<sup>109</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1176.

<sup>110</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991, p. 94.

Nas lições de Almiro do Couto e Silva<sup>111</sup>, os princípios estruturantes do Estado (como a República, a Federação e o Estado Democrático de Direito), donde se extraem os princípios implícitos, com destaque ao princípio da segurança jurídica, e os princípios expressamente atribuídos à Administração Pública (como a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade<sup>112</sup>), bem como os declarados como direitos e garantias fundamentais, fizeram a Administração Pública “largamente aberta à fiscalização e ao controle dos particulares, dilatando, por consequência, a participação dos indivíduos na realização dos fins de interesse público”. Portanto, torna-se necessário compreender *como e em que medida* os princípios jurídicos podem ser estabelecidos enquanto fontes do Direito Administrativo que sirvam à formulação, aplicação e controle das atividades implicadas. Há de se falar das fontes em si, consideradas por Giovanni Miele<sup>113</sup> como cada processo de criação do direito objetivo que seja reconhecido idôneo pelo ordenamento jurídico. São, de um lado, fontes do Direito apenas os processos designados do ordenamento jurídico e, doutro, possuem sua validade limitada ao mesmo ordenamento jurídico do qual deriva sua qualidade.

Não obstante, as noções implicadas pelo vocábulo “fontes do direito” revelam-se multifacetadas. Conforme Francesco Alessio<sup>114</sup>, as fontes podem ser compreendidas sob a ótica de pelo menos três sentidos. Primeiro, em sentido material, quando se revela o conjunto de elementos que determinaram o ordenamento jurídico (aqui, fala-se na consciência jurídica como exemplo de fonte material). Segundo, em sentido subjetivo, quando se refere à vontade que estabelece, no plano da existência e eficácia, a própria noção das normas jurídicas (conceito do qual seria possível extrair a noção de que apenas o Estado é fonte jurídica). Terceiro, e com melhor adequação, no sentido formal, pelo qual as fontes do Direito representam o *animus*, manifestado externamente, tanto em relação a fatos quanto a partir de textos que possuem o escopo de construir norma jurídica.

Para Norberto Bobbio<sup>115</sup>, são fontes do direito “aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”. Neste conceito, torna-se importante sua análise porque, segundo o autor, é

<sup>111</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 258-259.

<sup>112</sup> Refere-se, aqui, produção doutrinária de Almiro do Couto e Silva que, em verdade, origina-se de 1997 e, portanto, anterior à Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que incluiu expressamente o princípio da eficiência no *caput* do art. 37.

<sup>113</sup> MIELE, Giovanni. **Principi di Diritto Amministrativo**. Padova: CEDAM, 1960, p. 187. No original: “*Per fonte di diritto s'intende ogni processo di creazione del diritto obiettivo a cui l'ordinamento giuridico riconosca tale idoneità: da un lato, perciò, sono fonti di diritto solo i processi designati dall'ordinamento giuridico, dall'altro la loro validità è limitata all'ordinamento giuridico da cui desumono questa loro qualità*”.

<sup>114</sup> D'ALESSIO, Alessandro. **Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1943, p. 54-56.

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 161.

do o problema das fontes do Direito que depende o estabelecimento da pertinência das normas num dado ordenamento jurídico. Elas pertencem ou não pertencem ao sistema jurídico “conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção das suas normas”. Conclui-se, pois, que a análise quanto às fontes do Direito é uma análise da validade das normas jurídicas, de modo que somente se reputa válida aquela norma que foi produzida por fonte autorizada. A análise das fontes, ainda que constitua recorte de estudo da Teoria Geral do Direito, é importante também na seara do Direito Administrativo e servirá de peculiar elemento a esta pesquisa. Isto porque, conforme se verá, suas fontes possuem nuances que, num sentido mais amplo, ampliará o horizonte de análise do primeiro problema científico ora suscitado, qual seja, o que questiona se o princípio da juridicidade administrativa pode servir de baliza ao controle da Administração Pública. Implica-se perquirir, aprioristicamente, se os princípios e postulados jurídicos constituem-se fontes do Direito Administrativo — e, se sim, como e em que medida seus processos de criação, aplicação e controle encontram a validade limitada e/ou permitida pela principiologia no sentido mais hodierno.

Modo geral, as fontes do Direito classificam-se de diversas maneiras. Dentre as várias, Thiago Marrara<sup>116</sup> destaca cinco modos classificatórios. Primeiro, quanto ao procedimento de sua expedição, emergem as fontes legislativas (a exemplo da lei ordinária), as fontes jurisprudenciais (a exemplo da súmula vinculante) e as fontes administrativas (a exemplo das portarias). Depois, quanto à forma de manifestação na realidade, as fontes do direito polarizam-se entre as escritas (a exemplo das leis) e as não escritas (a exemplo do costume). Quanto ao seu uso no caso concreto, prossegue, as fontes podem ser de aplicação obrigatória (a exemplo da Constituição) ou de uso opcional (a exemplo da doutrina). Ainda, destacam-se as fontes classificadas a partir do poder que emana os mandamentos nelas contidos, em que se destacam as fontes de normas vinculantes (a exemplo da Constituição) e as de normas indicativas (a exemplo da jurisprudência administrativa). Por fim, Marrara aponta a classificação quanto à hierarquia das fontes, pela qual pode ser primárias (a exemplo da Constituição), secundárias (a exemplo das resoluções) e subsidiárias (a exemplo da doutrina). Não obstante, os conceitos que envolvem as fontes do Direito estão tradicionalmente diferenciados em dois tipos: as formais e as materiais. Por formais entendem-se, na lição de Agustín Gordillo<sup>117</sup>, as fontes que constituem

---

<sup>116</sup> MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2014, p. 28-29.

<sup>117</sup> GORDILLO, Agustín Alberto. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: teoría general del derecho administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 129.

o direito aplicável de modo direto, ao passo que por materiais entendem-se as que promovem ou dão origem, num sentido social-político, as primeiras. Nesse sentido, as fontes formais seriam a Constituição, as leis, os regulamentos e a jurisprudência. Já as fontes materiais teriam como exemplo os fatos sociais, as doutrinas e os costumes. Entretanto, Gordillo refere não haver univocidade na doutrina sobre quais sejam os tipos de fontes e, especificamente, quais influem na produção das normas de Direito Administrativo, principalmente quando diante daquelas que, na classificação apresentada, enquadram-se como fontes materiais. Percebe-se, porém, que a doutrina administrativista, nacional e estrangeira, não apresenta maiores desacordos quando cuida de referir as fontes formais do Direito Administrativo, em especial, a Constituição, a lei, o regulamento e demais atos normativos, para além, em certa medida, a jurisprudência<sup>118</sup>.

A Constituição é, conforme Ruy Cirne Lima<sup>119</sup>, “a fonte mais importante do Direito Administrativo”, sendo hoje suficiente considerar o Capítulo VII, do Título III, da Constituição Federal de 1988 “para constatar a preocupação do legislador constituinte com as disposições gerais que devem reger a Administração Pública”. A propósito, a origem desta consideração, pelo menos em solo nacional, remonta ao Império, quando já em 1862 afirmava Visconde do Uruguay<sup>120</sup> que a Constituição é fonte porque “constitui a nossa organização constitucional e política, da qual parte a organização administrativa”. Além disso, porque “contém algumas bases especiais dessa organização administrativa”. Conforme Visconde do Uruguay, o Direito Administrativo “é limitado pelo Direito constitucional ou político”. Para Otto Mayer<sup>121</sup>, no topo de todas as fontes do Direito se encontra a lei constitucional, ou seja, “a lei emitida segundo as prescrições da Constituição”. Esta assume caráter de fonte do Direito Administrativo quando se trata da “relação que se produz, na administração, entre o poder público e o súdito e contém regras de direito que determinam essa relação”. Aliás, para o autor, “desde o dia em que a Constituição é estabelecida, a atividade administrativa deve estar vinculada por leis”. Na mesma linha, Hartmut Maurer<sup>122</sup> argumenta que a Constituição, “promulgada de modo especial pelo

---

<sup>118</sup> Neste item, a pesquisa estará concentrada em aferir se os princípios jurídicos e os princípios gerais de direito são fontes do Direito Administrativo. Não se desconhece, porém, a complexidade que envolve a temática, o que será abordado oportunamente, quando da segunda parte desta dissertação, em que a legalidade será compreendida como elemento da interpretação sistemática do Direito Administrativo.

<sup>119</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

<sup>120</sup> SOUZA, Paulino José Soares de, Visconde do Uruguay. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Typ. Nacional, 1862, p. 41-42.

<sup>121</sup> MAYER, 1949, p. 161-162. No original: “*A la cabeza de todas las fuentes del derecho, se encuentra actualmente la ley constitucional, es decir, la ley emitida según las prescripciones de la Constitución. Ella es una fuente del derecho administrativo cuando atañe a la relación que se produce, en la administración, entre el poder público y el súbdito y contiene reglas de derecho que determinan esa relación [...] Desde el día em que la Constitución se establece, la actividad administrativa debe estar vinculada por leyes*”.

<sup>122</sup> MAURER, 2001, p. 23.

possuidor do poder dador de constituição”, está na ponta das normas jurídicas escritas. Por tal razão, ela “forma o fundamento e o critério para a ordenação jurídica total”, informando também a Administração Pública e o Direito Administrativo. A Constituição, para Otero<sup>123</sup>, enquanto síntese axiológica-teleológica da ideia de Direito vigente, ou seja, como fonte superior do ordenamento jurídico, “funciona como pedra angular do sistema jurídico”<sup>124</sup>.

A doutrina administrativista brasileira<sup>125</sup> é uníssona em afirmar a Constituição Federal como fonte, sendo, para Edmir Netto de Araújo<sup>126</sup>, o lugar de “estrutura superior do ordenamento jurídico de determinado Estado independente e soberano”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>127</sup>, ao corroborar a tese no sentido de que a Constituição “constitui fonte primária do Direito Administrativo”, lembra que o caso brasileiro impõe falar-se, em verdade, de Constituições, pois, “adotando o Estado Brasileiro a forma federativa, existem, além da Constituição da República, as Constituições dos Estados-membros e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios”. Para Binenbojm<sup>128</sup>, a Constituição Federal de 1988, “riquíssima em regras e princípios de Direito Administrativo”, mesmo diante de inúmeras fontes, “tem o destacado papel de cerne do sistema, servindo de base para a sistematização do mosaico de normas da disciplina”

A Constituição, com efeito, é fonte do Direito Administrativo, e não exatamente pelas características a ela inerentes e que a fazem, conforme Cirne Lima<sup>129</sup>, “a mais poderosa e eficaz

<sup>123</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Editora Almedina, 2003, p. 333.

<sup>124</sup> Não se desconhece, por óbvio, que Otero sustenta que a complexidade do sistema jurídico deriva, também, da “problematicidade da ordem axiológica compromissória da Constituição, expressando uma pluralidade de princípios concorrentes e conflitantes cuja revelação interpretativa se mostra árdua e controversa, além de que a estruturação hierárquica dos valores e princípios constitucionais, permitindo conferir uma centralidade absoluta ao princípio da dignidade da pessoa humana, remete para uma dimensão suprapositiva e supraconstitucional o referencial último de validade da Constituição formal e de todo o sistema jurídico nos domínios materialmente comprometidos com a justiça” (2003, p. 206-337). Portanto, torna-se cogente compreender e explicar o Direito numa dimensão sistemática. A criação, interpretação e controle sistemático do Direito Administrativo será objeto de estudo no trecho inaugural da segunda parte desta pesquisa.

<sup>125</sup> Impõe-se dizer, desde já, que a presente pesquisa terá como referencial teórico doutrinas que, casualmente, encontram-se publicadas sob a forma de “cursos” ou “manuais”. Isto, no entanto, não exclui o caráter científico e não sinóptico que deve possuir uma pesquisa acadêmica deste nível. Ocorre que, como se percebe, o Direito Administrativo brasileiro foi construído, em certa medida, pela doutrina encontrada neste tipo de obra, ainda que, em seu conteúdo, não revele sistematizações ou sinopses.

<sup>126</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

<sup>127</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 72.

<sup>128</sup> BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 163.

<sup>129</sup> Conforme Cirne Lima, “a Constituição certamente interessa ao Direito Administrativo pelas linhas de estrutura que traça aos órgãos políticos e a algumas organizações administrativas. Mas não é tudo; outras prescrições constitucionais interessam, também, ao Direito Administrativo, como as que respeito aos direitos individuais. Reciprocamente, a Constituição é, sem dúvida, o padrão de algumas leis e a origem de alguns direitos; mas não o é de todas as leis, nem de todos os direitos. A Constituição, assim entendida, identificar-se-ia com o

de todas as leis”, mas porque é, justa e precisamente, uma lei. Assim, como assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>130</sup>, a “norma jurídica é a fonte por excelência do Direito Administrativo, constituindo o direito positivo da Disciplina, que abrange toda uma vasta gama hierárquica de normas, desde a Constituição Federal às mais simples ordens de serviço”<sup>131</sup>.

Emerge, portanto, a legislação infraconstitucional como outra fonte imprescindível do Direito Administrativo. Hely Lopes Meirelles<sup>132</sup>, a propósito, assevera ser compreensível que a lei seja fonte primária, pois estes atos, “impondo o seu poder normativo aos indivíduos e ao próprio Estado, estabelecem relações de administração de interesse direto e imediato do Direito Administrativo”. O Estado Democrático de Direito, preconizado no *caput* do artigo inaugural da Constituição da República de 1988, demanda, invariavelmente, seja a lei a principal fonte do Direito Administrativo brasileiro. Para além da Constituição Federal, das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios, as demais fontes legislativas como leis ordinárias, complementares e delegadas — federais e nacionais<sup>133</sup> — compõem a categoria de fontes legislativas do Direito Administrativo, sendo, acordo com Marrara<sup>134</sup>, “diplomas emanados do Poder Legislativo, caracterizados pela sua forma escrita, seu uso obrigatório, seu conteúdo vinculante e sua natureza primária em relação a outras fontes”. No regime democrático, aponta o autor, são as leis que proclamam, “em nome do povo, em que medida o Estado existe e atua”<sup>135</sup>.

---

direito natural, fundamento do direito positivo; seria, talvez a Constituição em sentido lógico-jurídico. Mas, em realidade, a Constituição não é só a estruturação política, nem é, também, toda a ordem jurídica” CIRNE LIMA, 2007, p. 74.

<sup>130</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 64.

<sup>131</sup> No mesmo sentido, assevera Irene Nohara: “A fonte primária do Direito Administrativo é norma jurídica, seja ela regra ou princípio, contida na Constituição, em leis ou em atos normativos primários editados pelo Poder Executivo”. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 13.

<sup>132</sup> O autor, em verdade, ao enumerar as fontes do Direito Administrativo, refere serem quatro: a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes. No tocante à lei, a entende em sentido amplo, “abrangendo esta expressão desde a Constituição até os regulamentos executivos”. Não obstante, pontua, nas últimas edições de seu clássico, que “diante da evolução do Direito Administrativo, em razão dos princípios da legalidade constitucional (CF, art. 5º, II) e da legalidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), na realidade, as únicas fontes primárias do Direito Administrativo são a Constituição e a lei em sentido estrito. Os demais atos normativos expedidos pelo Poder Público constituem fontes secundárias”. Nesse sentido: MEIRELLES, 2016, p. 49.

<sup>133</sup> Adota-se, na presente pesquisa, a distinção proposta por Geraldo Ataliba no tocante às leis nacionais e federais: “Há leis federais (ou da União), estaduais (ou dos Estados) e municipais (ou dos Municípios) dirigidas às pessoas na qualidade de administrados da União, dos Estados e dos Municípios e emanados dos legislativos dessas entidades políticas, respectivamente. E há leis nacionais, leis brasileiras, voltadas para todos os brasileiros, indistintamente, abstração feita da circunstância de serem eles súditos desta ou daquela pessoa política”. Nesse sentido: ATALIBA, Geraldo. **Leis Nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro**: estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Rao. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p. 129-162.

<sup>134</sup> MARRARA, 2014, p. 29.

<sup>135</sup> Exatamente por se tratar do fio condutor desta pesquisa, a análise da lei como fonte do Direito Administrativo será oportunamente minudenciada.

A doutrina aponta que os atos normativos emanados pela Administração Pública são, igualmente, fontes do Direito Administrativo — atos que, conforme Di Pietro<sup>136</sup>, podem ser expedidos pelo chefe do Poder Executivo, pelos órgãos da Administração Pública direta e pelas entidades que integram a Administração Pública indireta. Para a professora, “todos esses atos normativos podem ser enquadrados na categoria de regulamento, em sentido amplo, embora o poder regulamentar, por excelência, incumba ao Chefe do Poder Executivo” municipal, distrital, estadual ou federal, conforme preconiza o art. 84, IV, da Constituição da República de 1988. Não obstante, a externalização e formalização destes tipos de regulamentos se dá mediante decreto. Como propugna Caio Tácito<sup>137</sup>, “o poder normativo não se exaure no ato emanado do Poder Legislativo”, pois “as fontes do direito se distribuem, hierarquicamente, em categorias sucessivas, de que também participa o Executivo”.

A própria doutrina é também fonte do Direito Administrativo, sendo classificada, na lição de Gordillo<sup>138</sup>, como fonte material. Ainda que não tenha propriamente força formal, a doutrina possui o poder de influir na tomada de decisão administrativa e judicial, além de inspirar o legislador, sendo muitas vezes utilizada como fundamento da decisão a ser tomada. Segundo o autor, trata-se de meio através do qual se ascende ao conhecimento ou às distintas formas de interpretação das outras fontes, conferindo ao criador, intérprete e aplicador a capacidade de ver informado e interpretado o Direito Administrativo desde uma pauta orientadora, ainda que por contraste. Da mesma forma, Moreira Neto<sup>139</sup> entende que a partir das elaborações doutrinárias que “se desenvolve a matriz principiológica da Ciência do Direito, partindo da reflexão científica ordenada e sistemática dos juristas sobre seus fenômenos normativos e sobre as suas relações com os fatos normalizados”. De fato, é com as consubstanciações da doutrina que os princípios científicos do Direito Administrativo são revelados e sistematizados, consideração que ganha especialíssimo relevo nesta pesquisa porquanto pretenda abordar, justamente, a operatividade de um princípio que, verdadeiramente, foi construído pela doutrina administrativista nacional e estrangeira. Portanto, de peculiar interesse considerar que a doutrina exerce função científica na seara do Direito Administrativo e, ao construir e constituir a dogmática jurídica, contribui, a partir de critérios técnicos e teóricos, à elaboração adequada das leis, à tomada racional de decisões judiciais a fim de

---

<sup>136</sup> DI PIETRO, 2017, p. 59.

<sup>137</sup> TÁCITO, Caio. Lei e regulamento. In: **Temas de Direito Público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 477.

<sup>138</sup> GORDILLO, 2013, p. 50-51.

<sup>139</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 67.

formular uma jurisprudência coerente, para além de estruturar, harmonicamente, a própria atividade interna da Administração Pública.

A jurisprudência é também fonte do Direito Administrativo. Na França, a jurisprudência surgida no seio dos órgãos do contencioso administrativo — sobretudo do Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) — foi, durante muito tempo, a principal fonte do Direito Administrativo. Por tal razão, é correto dizer que a origem do Direito Administrativo francês é pretoriana. Contudo, a jurisprudência do Conselho de Estado francês não ocupa o mesmo lugar de importância de outrora, o que decorre, de acordo com Jacqueline Morand-Deviller<sup>140</sup>, em razão da “concorrência com outras jurisdições supremas” e principalmente “pelo fato de tais fontes terem se tornado cada vez mais normativas”. Ainda assim, há de se considerar que o papel ocupado pela jurisprudência, seja na origem do contencioso administrativo francês, seja na origem do próprio Direito Administrativo, foi, principalmente, o de integrar e criar o Direito, em medida muito mais expressiva que a própria interpretação da legislação.

Por outro lado, conforme Gordillo<sup>141</sup>, a jurisprudência não é o conjunto normativo e principiológico imperativo contidos nas decisões dos órgãos jurisdicionais, mas sim as “interpretações reiteradamente concordantes da ordem jurídica positiva feitas por órgãos jurisdicionais”. Assim, Maren Guimarães Taborda<sup>142</sup> adverte que “a formulação de conceitos gerais por via de jurisprudência é difícil, em razão do sistema de controle jurisdicional da Administração adotado no Brasil desde a primeira Constituição republicana”, a partir do qual o Poder Judiciário tem conhecido qualquer ação, “independentemente de estas se terem originado, ou não, em atos da Administração Pública”. Vale dizer, é através do Poder Judiciário que os atos administrativos são controlados, inclusive preventivamente, o que, aliado ao fato de não haver, no Brasil, “justiça administrativa especializada, integrante do Poder Judiciário Geral, como na Alemanha, ou independente, como na França”, e havendo até mesmo comando constitucional no sentido de obrigar os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a manterem, de forma integrada, sistema de controle interno, consoante art. 74 da Constituição Federal de 1988, “a jurisprudência em matéria administrativa é difusa e, não raro, ambígua”.

A despeito disso, não se pode negar a influência que a jurisprudência exerce na construção do Direito, principalmente do Direito Administrativo que, como assinala Hely

---

<sup>140</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar., 2012, p. 53-54.

<sup>141</sup> GORDILLO, 2013, p. 46.

<sup>142</sup> TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Publicidade e a Participação na Administração Pública. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. 6, nov. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/51622/31928>>.

Lopes Meirelles<sup>143</sup>, “se ressentido de sistematização doutrinária e de codificação legal”. Nesse sentido, prossegue Hely, “a jurisprudência tem um caráter mais prático, mais objetivo, que a doutrina e a lei, mas nem por isso se aparte de princípios teóricos que, por sua persistência nos julgados, acabam por penetrar a integrar a própria Ciência Jurídica”. Trata-se, então, de um resultado da função jurisdicional, através da qual o Poder Judiciário, ao julgar casos concretos, tende, consoante Moreira Neto<sup>144</sup>, “a ser uma fonte dinâmica e cambiante no tempo e no espaço, assumindo características próprias, conforme o país, a região e a época”.

Se a jurisprudência é fonte do Direito Administrativo, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro adota, pelo menos desde a promulgação da primeira Constituição da República, em 1889, o sistema de jurisdição unitária<sup>145</sup>, onde existe apenas uma

<sup>143</sup> MEIRELLES, 2016, p. 49.

<sup>144</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 68.

<sup>145</sup> Lembre-se que a Constituição do Império, de 1824, estipulou a criação do Conselho de Estado, nos artigos 137 a 144, nos seguintes termos: “Art. 137. Haverá um Conselho de Estado, composto de Conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador. Art. 138. O seu número não excederá a dez. Art. 139. Não são compreendidos neste número os Ministros de Estado, nem estes serão reputados Conselheiros de Estado, sem especial nomeação do Imperador para este Cargo. Art. 140. Para ser Conselheiro de Estado requerem-se as mesmas qualidades que devem concorrer para ser Senador. Art. 141. Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador de: manter a Religião Católica Apostólica Romana; observar a Constituição e às Leis; ser fiéis ao Imperador; aconselhá-lo segundo suas consciências, atendendo somente ao bem da Nação. Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da pública Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, indicadas no art. 101, à exceção da VI. Art. 143. São responsáveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos que derem opostos às Leis e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos; Art. 144. O Príncipe Imperial, logo que tiver dezoito anos completos, será de Direito do Conselho de Estado: os demais Príncipes da Casa Imperial, para entrarem no Conselho de Estado ficam dependentes da nomeação do Imperador. Estes e o Príncipe Imperial não entram no número marcado no Art. 138”. Conforme Medauar: “Diferentemente do que ocorreu na Itália, França e Alemanha, a sistematização do direito administrativo no Brasil não se vinculou à instituição de justiça administrativa independente. O Conselho de Estado, criado pela Constituição de 1824, extinto pelo Ato Adicional de 1834, reinstituído por Lei de 23 de novembro de 1841 e abolido tacitamente pelo Decreto n.1, de 15 de novembro de 1889, configurou órgão de assessoramento do Imperador para assuntos graves e medidas gerais [...] o Conselho de Estado não firmou tradição de atuação jurisdicional, mesmo contida”. Nesse sentido: MEDAUAR, 2017, p. 58. Contudo, na lição de Themístocles Brandão Cavalcânti, o Conselho de Estado foi criado em 1822 pelo príncipe regente, “com o nome de Conselho dos Procuradores das Províncias”, sendo “extinto pela Constituinte de 1823 e no mesmo ano restabelecido com a denominação de conselho de Estado”. Nesse sentido: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O nosso conselho de Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 24, p. 1-10, abr. 1951, p. 2. Ainda, de se observar que a Constituição de 1843 da República Rio-Grandense também previu a criação de um Conselho de Estado, nos termos dos artigos 119 a 129, assim dispostos: “Do Conselho de Estado. Art. 119 — Haverá um Conselho de Estado composto de sete membros. Passadas as duas primeiras legislaturas, a Assembleia Geral poderá alterar este número, como julgar mais conveniente. Art. 120 — Não são compreendidos neste número os Ministros de Estado, os quais só por especial nomeação serão reputados Conselheiros de Estado. Art. 121 — Para ser Conselheiro de Estado requerem-se as mesmas qualidades precisas para ser Senador. Art. 122 — As nomeações dos Conselheiros de Estado e as substituições das suas vacâncias serão feitas por eleição indireta do povo; mas em uma só lista tríplice, sobre a qual o Presidente da República escolherá o terço na totalidade da lista; Art. 123 — Os Conselheiros de Estado durarão no exercício de suas funções somente por espaço de quatro anos, mas findo este tempo, poderão ser novamente eleitos. Art. 124 — Os Conselheiros de Estado, antes de tomarem posse prestarão juramento nas mãos do Presidente da República de manter a Religião Católica, Apostólica, Romana, observar a Constituição e as Leis e aconselhá-lo segundo suas consciências, atendendo

ordem responsável por julgar todas as causas — administrativas ou não —, mesmo com especialidades quanto às Fazendas Públicas<sup>146</sup>. Desse modo, há de se analisar os efeitos da possível observância obrigatória das determinações emendas do Poder Judiciário, principalmente quando considerada a independência e harmonia entre os Poderes.

Nesse sentido, Moreira Neto<sup>147</sup> assinala que até a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, em 2004 (conhecida como a Emenda da Reforma do Judiciário), as decisões reiteradas dos Tribunais, ou seja, suas jurisprudências, não vinculavam. Em verdade, até 1993, a Constituição Federal nada previu neste sentido. Foi apenas com a Emenda Constitucional n. 3, em 1993, que inseriu-se no texto constitucional o §2º do art. 102, pelo qual a não vinculação das decisões judiciais ficou excepcionada quanto às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conferindo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo — redação alterada, então, em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, quando tais decisões passaram a produzir efeito vinculante, não apenas ao Poder Judiciário, como para a Administração Pública direta e indireta.

Igualmente, foi com a reforma do Judiciário que se introduziu o art. 103-A, pelo qual ao Supremo Tribunal Federal, observado o processo decisório interno, foi dada a prerrogativa de aprovar súmulas vinculantes, tanto para o Poder Judiciário, quanto para a Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas federativas. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 45 tornou a súmula vinculante como ferramenta de diálogo e promoção da celeridade processual, alicerçada num conjunto de critérios que, dispostos no artigo 103-A da Constituição Federal, consubstanciam-se na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, de

---

*somente ao bem da nação. Art. 125 — Compete a este Conselho aconselhar ao Presidente da República em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração, principalmente quando se trata de dar ou negar sanção às Leis e decretos da Assembleia Geral e bem assim sobre a declaração de guerra, ajustes de paz, negociações com as nações estrangeiras, suspensão dos magistrados ou empregados públicos, nomeação ou remoção dos comandantes da força de terra e mar, embaixadores e mais agentes diplomáticos e comerciais, proposição, anistia, perdão, saída das forças nacionais para fora do Estado ou entrada de estrangeiras para dentro dele, finalmente sobre decretos, instruções e regulamentos que o Governo houver de expedir. Art. 126 — Os Conselheiros de Estado são responsáveis pelos conselhos que derem oposto às Leis e aos interesses do Estado, manifestamente dolosos. Art. 127 — Os Conselheiros de Estado não poderão ser acusados durante o exercício de suas funções, senão perante a Câmara dos Deputados e somente pelos delitos especificados no Art. 22. Art. 128 — O Poder Executivo formará um regulamento para a polícia, e governo econômico do Conselho de Estado; devendo submetê-lo à aprovação da Assembleia. Art. 129 — O Conselho de Estado terá um registro de suas deliberações, e remeterá anualmente ao Senado uma cópia literal dele; os negócios secretos são os únicos excetuados desta comunicação, enquanto o segredo for julgado necessário”*

<sup>146</sup> Refere-se, por exemplo, às Varas da Fazenda Pública, os Juizados Especiais da Fazenda Pública e as câmaras e turmas especializadas, cujos magistrados são competentes para processar e julgar as demandas em que figurem, num dos polos, entes federativos e/ou entidades de sua administração descentralizada.

<sup>147</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 71.

ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar a referida súmula vinculante — vinculante, pois, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Com efeito, o termo “vinculante” denota a extensão do efeito a todos (Judiciário e Administração Pública), que restam compelidos a atuarem nos estreitos limites da respectiva súmula<sup>148</sup>. Neste particular, de acordo com Di Pietro<sup>149</sup>, diante da hipótese de alguma decisão administrativa ou judicial que contrarie uma súmula vinculante, cabe reclamação administrativa ao Supremo Tribunal Federal que, se a julgar procedente, “anulará

<sup>148</sup> Em matéria atinente ao Direito Administrativo, destacam-se inúmeras súmulas vinculantes importantes e já incorporadas na formulação, atuação e controle da Administração Pública, a saber: Súmula Vinculante n. 3: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”; Súmula Vinculante n. 4: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Súmula Vinculante 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”; Súmula Vinculante 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”; Súmula Vinculante 15: “O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo”; Súmula Vinculante 16: “Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público”; Súmula Vinculante 20: “A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos”; Súmula Vinculante 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”; Súmula Vinculante 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”; Súmula Vinculante 34: “A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valor correspondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005)”; Súmula Vinculante 37: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”; Súmula Vinculante 42: “É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”; Súmula Vinculante 43: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinada ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”; Súmula Vinculante 44: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”; Súmula Vinculante 51: “O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais”; Súmula Vinculante 55: “O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos”.

<sup>149</sup> DI PIETRO, 2017, p. 73.

o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.<sup>150</sup>

Se a doutrina é, em certa medida, pacífica em compreender a Constituição, as leis infraconstitucionais, os regulamentos, a própria doutrina e a jurisprudência como fontes do Direito Administrativo, situação diversa é a que ocorre em se tratando do costume. Sustenta-se uma possível incompatibilidade do costume como fonte em razão, primeiro, do princípio da legalidade e, depois, porque se trata de fonte não-escrita e, igualmente, não positivada. É que o costume, segundo Marrara<sup>151</sup>, seria não apenas demarcada pelo elemento objetivo de tratar-se de “uma prática reiterada ao longo de um período razoavelmente longo” (*longa consuetudo*), mas, também, pelo elemento objetivo de que tenha reconhecido seu caráter normativo, ou seja, “o convencimento, pela doutrina e pelos Tribunais, da necessidade da prática (*opinio iures* ou *opinio necessitatis*), designante do elemento subjetivo, bem como a possibilidade de formulação da prática reiterada como norma jurídica (elemento formal)”.

Conforme Cirne Lima<sup>152</sup>, busca-se, no direito brasileiro, limitar ou eliminar o costume como fonte primário do Direito desde, pelo menos, a Lei da Boa Razão, de 1769. Esta lei só admitia o costume *praeter legem*, ou seja, vedava que os costumes fossem evocados em sentido contrário à lei. Nesse sentido, “impunha-se-lhe o respeito à lei escrita, como ao súdito o respeito ao monarca, que era, de resto, lei animada sobre a terra”. Diante deste contexto, para o autor, não se pode fugir da noção de que “a lei e o costume, ou são equivalentes, ou se excluem”. Compreendendo costume como expressão da ideia de estabilidade e segurança jurídica, Cirne Lima conclui no sentido de que, em razão do elevado número de “jurisconsultos insipientes, que povoam as diferentes órbitas da Administração Pública brasileira, que costumam interpretar mal a lei escrita”, não se pode olvidar de que o direito costumeiro, “sobretudo aquele que por

<sup>150</sup> No entanto, observa-se que não somente as Súmulas Vinculantes influem no Direito Administrativo, de modo que súmulas não-vinculantes também incorporam-se à *práxis* e controle da Administração Pública, a exemplo: Súmula n. 15: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”; Súmula n. 18: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”; Súmula n. 47: “Reitor de universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura”; Súmula n. 346: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”; Súmula n. 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”; Súmula n. 683: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. MARRARA, 2014, p. 41.

<sup>152</sup> CIRNE LIMA, 2007, p. 80. O autor ainda refere que “durante o Império, a ocupação de terras devolutas, com o efeito de adquirir-lhes o ocupante a propriedade pela morada habitual e cultura efetiva, foi introduzida pelo costume, em oposição às leis sobre sesmarias [...] Cerca de dois meses depois da promulgação do Código do Comércio, a Lei de Terras, de 1850., dava testemunho da existência do costume, revogava-o e, dispondo *ex novo* sobre a matéria, lhe regulava, entretanto, ao costume anterior, as consequências já consumadas”.

muitos e muitos anos é obedecido, constitui fonte primária do Direito Administrativo Brasileiro”.

O costume, ou seja, o direito consuetudinário criado, não por ato de uma autoridade, mas pelo fato do uso, é apontado por Otto Mayer<sup>153</sup> como fonte do Direito Administrativo alemão. São duas as classes do direito consuetudinário público. Pela primeira, denominada de direito consuetudinário histórico, admitia-se de modo muito amplo a utilização do costume a fim de regular, no antigo regime, os direitos recíprocos do príncipe com os dos súditos. Resguardo o regime de polícia, todo o resto restringia-se à esfera do direito civil, restando apenas às relações de fisco e as de caráter pecuniário das coletividades inferiores a regulação pelo direito consuetudinário. A segunda classe é representada pelo costume como observância e tem como principal característica o poder de se converter em fonte do direito público, pois tem por objeto relações jurídicas de natureza especial. A observância é definida por Mayer<sup>154</sup> como “um costume que se formou numa coletividade de direito para regular as relações jurídicas de seus membros” — relações, essas, de direito público quando a coletividade se torna uma obrigação comum de seus membros em decorrência do poder público, ou seja, numa carga pública a ser suportada por todos. A regulamentação destas relações internas pode se dar por um estatuto (quando os membros interessados formam, conjuntamente, uma associação ou corporação), por contrato (desde que se trate de pessoas juridicamente iguais) ou, ainda, podem se dar pelo uso, hipótese em que a autoridade deverá manter estas ordem de coisas, que passa a ser juridicamente obrigatória.

Ainda assim, Mayer<sup>155</sup> não concorda que a formação de um direito consuetudinário possa abranger o Direito Administrativo. Com efeito, as condições de formação do costume são, de fato, “completamente distintas na administração das que imperam na justiça”. A justiça, assevera, não pode atuar senão em virtude de regras de direito. Na hipótese da falta do direito

---

<sup>153</sup> MAYER, 1949, p. 177-180.

<sup>154</sup> Ibid., p. 178-179. No original: “*La segunda clase está representada por la costumbre que se designa con el nombre de observancia. Ella tiene la particularidad de poder convertirse en fuente del derecho público, aun en el actual estado de cosas [...] La “observancia” se define como una costumbre que se ha formado en una colectividad de derecho para regular las relaciones jurídicas de sus miembros. Estas relaciones son relaciones de derecho público cuando la colectividad consiste en una obligación común de sus miembros respecto del poder público, en una carga pública a soportar por ellos en común*”.

<sup>155</sup> Ibid., p. 175-176. No original: “*Las condiciones de formación son, en efecto, para el derecho consuetudinario, completamente distintas en la administración de las que imperan en la justicia. La justicia se instituye para conservar el orden jurídico, aplicarlo y mantenerlo en el caso individual. Según su misma naturaleza, la justicia no puede entrar en acción sino en virtud de reglas de derecho. A falta de un derecho positivo, ella está obligada a tomar lo que lo reemplaza en el hecho, lo que hasta entonces ha sido admitido como derecho en los usos de los individuos y de las autoridades encargadas de mantenerlo. Por lo tanto, la misión del juez lo remite necesariamente a la costumbre en el caso en que la legislación falte o sea incompleta. Y esta remisión implica el reconocimiento del uso por el poder público, reconocimiento que la da el carácter de derecho consuetudinario. Para la administración es diferente*”.

positivo, está ela obrigada a ver-se substituída pelo costume, bastando ao juiz recorrer ao direito consuetudinário no caso de a legislação faltar ou ser incompleta. Para administração, no entanto, a situação é demasiadamente diferente, pois, conforme o autor, a ordem jurídica administrativa “se manifesta em maior grau possível, mas quando não existe regra de Direito, o mesmo se administra, e isto é admissível”. Assim, a “administração, por oposição à justiça, não está obrigada por objeto a buscar um direito para preencher as lacunas da legislação positiva” — antes o contrário, pois, “quando não há direito positivo, é que se quis que não houvesse” e, em princípio, as coisas devem assim permanecer.

O costume surge como fonte do Direito, conforme Gordillo<sup>156</sup>, quando há convencimento popular, abonado por uma prática ou conformidade usuais, no sentido de que uma regra de conduta humana é uma norma jurídica. Contudo, para o professor argentino, que o costume somente pode ser admitido como fonte do Direito Administrativo desde que uma lei expressamente o autorize, porquanto as constituições geralmente proíbem que ninguém seja obrigado a fazer o que a lei não manda, nem privado do que ela não proíbe (o que, no caso brasileiro, se encontra no art. 5º, II). Para Hartmut Maurer<sup>157</sup>, o direito costumeiro, diferentemente das normas escritas, não tem seu nascedouro por ato único de criação de leis através de um órgão estatal, “mas sucessivamente pela conduta e convicção jurídica dos próprios afetados”. Exige-se, assim, o consuetudo, ou seja, uso prolongado e uniforme, e a “convicção dos participantes que esse uso é juridicamente indicado”. Contudo, Maurer posiciona-se no sentido de que o direito costumeiro supre lacunas, na hipótese de falta ou incompletude de lei escrita, mas “pode impor-se não só *praeter legem*, mas também *contra legem*, ainda que isso, praticamente, mal se torne atual”. No mesmo sentido, Otero<sup>158</sup> considera que o costume, por não estar subordinado às tentativas positivistas de legalização, demonstra possível a existência de fontes que não sejam formais ou intencionais, exatamente por mostrar-se de peculiar força normativa dos fatos reiterados com a convicção de tornar-se obrigatório quando da formulação de novas normas. Para o autor português, as origens de costume são várias, “podendo diferenciar-se entre o costume interno e o costume internacional, registrando-se que ambos podem assumir uma eficácia territorial geral ou, pelo contrário, local ou regional”.

A doutrina brasileira, igualmente, não é uníssona em admitir, ou não, o direito consuetudinário como fonte do Direito Administrativo. Moreira Neto<sup>159</sup> reconhece dois

---

<sup>156</sup> GORDILLO, 2013, p. 49.

<sup>157</sup> MAURER, 2001, p. 38.

<sup>158</sup> OTERO, 2003, p. 394-395.

<sup>159</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 72.

elementos como componentes do costume: seu uso corrente a convicção generalizada quanto à necessidade de sua cogência, a partir dos quais seria possível admiti-lo, desde que se desenvolva *secundum legem*, e nunca *contra legem*. Para o autor, mesmo que se reconheça a energia criativa do direito consuetudinário, principalmente se amparado pela doutrina, não se pode reconhecer sua autonomia enquanto fonte do Direito Administrativo brasileiro sem que se tenha lei própria que o acolha de modo expresso (ou, ao menos, que confira margem de autonomia normativa ao ente ou órgão competente, como acontece no Direito Tributário<sup>160</sup> e no Direito Comercial<sup>161</sup>).

Araújo<sup>162</sup> admite o costume tão somente se *secundum legem*, conforme o art. 230 do Código Civil, “sendo por isso relativo seu valor como fonte direta, funcionando mais como subsídio à elaboração das normas jurídicas”, e Marrara<sup>163</sup> aduz que “o costume não é fonte de normas novas, que buscam a suprir lacunas (tarefa de integração do Direito), mas sim fonte de normas detalhadas (tarefa de especificação do Direito)”. Ademais, mesmo diante do fato de que o Direito Administrativo brasileiro reconheça, de modo acentuado, os princípios como moralidade, proteção da confiança, boa-fé e, conseqüentemente a proibição do *venire contra factum proprium*, estes princípios, para Marrara, “não são capazes de alterar a natureza indicativa do costume administrativo e transformá-lo em fonte autônoma e de normas vinculantes para a Administração Pública”. Com efeito, Bobbio<sup>164</sup> entende que positivismo jurídico, ao elaborar sua complexa doutrina quanto às relações entre a lei e o costume, exclui o costume *contra legem* ou o costume ab-rogativo e admite “somente o costume *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*, das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário”.

Assim como o costume, a doutrina também não apresenta um único sentido quando diante da indagação se os princípios gerais são fontes do Direito Administrativo. Como visto, a construção histórica da ciência jurídica permitiu a concepção dos princípios sob os mais variados prismas. Tratou-se, pois, da distinção entre princípios gerais do Direito e princípios jurídicos, sendo aqueles entendidos por Del Vecchio<sup>165</sup> como de caráter geral e de inspiração jusnaturalistas. Os princípios jurídicos seriam elementos que organizam e sistematizam o

<sup>160</sup> Nesse sentido, vide o art. 100, III, do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1996), pelo qual: “Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”.

<sup>161</sup> Como era tradicionalmente previsto no Código Comercial de 1850: “Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”

<sup>162</sup> ARAÚJO, 2014, p. 67.

<sup>163</sup> MARRARA, 2014, p. 41.

<sup>164</sup> BOBBIO, 1995, p. 132.

<sup>165</sup> DEL VECCHIO, 1933, p. 7.

conhecimento do Direito, propostos pela dogmática. Para Moreira Neto<sup>166</sup>, os princípios gerais do Direito são tidos como aqueles que “contêm as proposições básicas que se aplicam à integralidade do sistema jurídico”, irradiando-se daí a todos os ramos e institutos, “com exceção daqueles de conteúdo preponderantemente político-constitucional, que caracterizam os princípios fundamentais”, estes identificados pelo autor como o da segurança jurídica, o republicano, o democrático, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana e o da participação. Com efeito, os princípios gerais do Direito são apontados por Jacqueline Morand-Deville<sup>167</sup> como uma das criações mais notáveis do Conselho de Estado francês, com o que se pode concluir, mesmo que antecipadamente, serem estes princípios de grande importância na formação do próprio Direito Administrativo. Neste mesmo sentido, Hartmut Maurer<sup>168</sup>, para quem os princípios gerais do Direito Administrativo (não-escritos), desenvolvidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não apenas determinaram, no passado, quando escassas as regulações legais, como ainda continuam a determiná-lo.

Ao conferir unidade explicativa e operatividade decisória ao ordenamento jurídico que permeia o Direito Administrativo, os princípios gerais desenvolvem, na lição de Paulo Otero<sup>169</sup>, pelo menos cinco funções, quais sejam: (1) conferir unidade ao ordenamento jurídico-administrativo, “impedindo, deste modo, o caos ou a sensação de se estar diante de um simples aglomerado de normas”, construindo a ciência do Direito Administrativo; (2) limitar a discricionariedade mediante critérios de orientação neles contidos, “servindo mesmo de pauta diretiva face ao legislador que deve procurador consagrá-los nas normas vai criando, sem prejuízo da liberdade conformadora deste em derogá-los; (3) servir de fundamento habilitador que sirva à elaboração de normas pela Administração Pública, “exercendo ainda aqui uma função heterolimitativa, servindo de padrão de conformidade e de controlo judicial do conteúdo de tais normas administrativas”; (4) funcionar como critério de interpretação das normas jurídico-positivas, “envolvendo a tentativa de se encontrar sempre um sentido da lei que seja mais conforme a tais princípios”, a exceção, é claro, se o contrário for resultado da própria lei interpretada; e (5) desempenhar uma “função integradora das lacunas do ordenamento jurídico-administrativo”.

---

<sup>166</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 84.

<sup>167</sup> MORAND-DEVILLER, 2012, p. 54.

<sup>168</sup> MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. Barueri: Manole, 2006, p. 78.

<sup>169</sup> OTERO, 2003, p. 393-394.

Adolf Merkl<sup>170</sup> também admite um plano doutrinário calcado na principiologia a fim de criar-se um Direito Administrativo geral a partir de princípios supostamente comuns à comunidade. Neste sentido, assevera o princípio da legalidade como “princípio fundamental de que a execução não pode ser exercitada se não estiver apoiada nas leis”, regendo implicitamente, ainda que a Constituição não o declare de modo expresso. Da mesma forma, García de Enterría<sup>171</sup>, para quem “os princípios gerais de direito constituem – em sentido ontológico – a causa e a base do ordenamento porque são os suportes centrais de todo o sistema ao qual prestam seu sentido”. Entende o autor, ainda, que as normas cujo sentido seja indeterminado podem servir de fundamento à aplicação, desde que se resolvam de modo que mais se aproximem aos ditames dos princípios. Da mesma forma, devem ser afastadas as interpretações que levem a um resultado contraditório, direta ou indiretamente, aos princípios.

O papel dos princípios enquanto fontes do Direito Administrativo brasileiro acentuou-se, segundo Di Pietro<sup>172</sup>, com as alterações na legislação, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988. Houve, neste contexto, com a constitucionalização do Direito Administrativo, conforme visto, a “consagração de valores e princípios essenciais ao Estado de Direito Democrático”, momento em que os princípios dotaram-se de maior imperatividade, tornando possível a distinção realizada pelo Direito francês que identifica dois tipos de princípios, sendo uns aqueles que possuem valor inferior à lei, mas são superiores aos decretos e, portanto, a estes se impõem, e outros aqueles que possuem valor constitucional.

Os princípios constitucionais tiveram, no campo do Direito Administrativo, ampliadíssima atuação, pois, conforme Almiro do Couto e Silva<sup>173</sup>, princípios como o republicano, federativo e o Estado Democrático de Direito, todos estruturantes do Estado, são os que informam os princípios implícitos, dentre os quais destaca-se o da segurança jurídica, e os princípios expressamente atribuídos à Administração Pública, para além daqueles declarados como direitos e garantias fundamentais. Desta forma, os princípios jurídicos apresentam ampla operatividade como mecanismos de controle da Administração Pública, superiores, inclusive, que os reiterados intentos de derrogação dos espaços discricionários do administrador —

<sup>170</sup> MERKL, Adolf. **Teoría general del Derecho Administrativo**. México: Editora Nacional, 1975, p. 14.

<sup>171</sup> ENTERRÍA, 2006, p. 103-104.

<sup>172</sup> Di Pietro sustenta que “No Direito Administrativo brasileiro, o papel dos princípios como fonte do Direito Administrativo passou por uma evolução muito semelhante à ocorrida na França, ainda que por caminhos diversos. Lá, foi o papel da jurisprudência administrativa que levou a distinguir os princípios com força constitucional, superiores à lei, e os princípios sem força constitucional, inferiores à lei, mas superiores aos regulamentos. Aqui, foram as alterações no direito positivo, principalmente a partir da Constituição de 1988”. Nesse sentido: DI PIETRO, 2017, p. 74.

<sup>173</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 258-259.

ocorridos, principalmente, com a regulação por vezes excessiva e tendenciosamente exaustiva de seus comportamentos.

Por óbvio, a conformação jurídico-política típica de um Estado de Direito impescinde segundo Medauar<sup>174</sup>, da consideração do poder discricionário alheio ao Direito, ou seja, “subtraído a toda disciplina legal”. Em verdade, o poder discricionário, que corresponde às matérias de reserva legal relativa (diferentemente do poder vinculado, o qual emerge quando das matérias de reserva legal absoluta), representa uma condição de liberdade que, no entanto, não é ilimitada. Conforme Medauar, “trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar”, sendo, portanto, uma “liberdade-vínculo”, que só será exercida a partir da atribuição legal, seja ela implícita ou explícita, “desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades”. Ocorre, desse modo, que o poder discricionário<sup>175</sup> fica sujeito “não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo”, donde se pode extrair, com a clareza necessária, a figura que os princípios ocupam no desenho jurídico-político da Administração Pública brasileira. Os princípios, nas palavras de Juan Alfonso de Santamaría Pastor<sup>176</sup>, mostram-se, num “oceano normativo inabarcável e disparatado”, os únicos pontos de referência sólidos que possibilitam ao jurista *razonar* com sensatez e justiça e encontrar soluções que sejam progressivas e racionais “em meio a uma tempestade de disposições apenas preocupadas com o impacto político a curto prazo”. Assim, conclui, a função dos princípios não diminuirá no futuro imediato, mas antes será potencializada.

No Brasil, a jurisprudência quanto à força vinculativa dos princípios jurídicos no controle externo dos atos da Administração Pública é bastante extensa. Casos há em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis ou interpretações e/ou a não recepção de leis porque violaram aos princípios regentes da Administração Pública, e não apenas os explicitados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), como também os princípios implícitos (como o princípio

---

<sup>174</sup> MEDAUAR, 2018, p. 105.

<sup>175</sup> Não obstante, a fim de melhor responder ao problema de pesquisa que conduz este trabalho, é necessário analisar, para além de distinguir, o poder discricionário dos conceitos jurídicos indeterminados que permeiam, por vezes, a atuação do administrador, e a possibilidade, ou não, do controle judicial destes atos. Isto será objeto de estudo da parte seguinte, quando do capítulo que versará sobre o princípio da juridicidade no controle da Administração Pública.

<sup>176</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso de. **Principios de Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 165. O autor conceitua princípios gerais de direito como “*aquellas reglas que la communis opinio de los actores de un sistema jurídico, en cada momento histórico, considera efectivamente que son Principios generales del Derecho. Esta categoría puede abarcar, por lo tanto, todo tipo de reglas, desde las ideas más abstractas y nobles (por ejemplo, la libertad, el respeto a la dignidad de la persona) hasta aforismos de apariencia más pedestre*”.

da proporcionalidade, da razoabilidade, da finalidade, da motivação e da proteção substancial da confiança)<sup>177</sup>. Decisão que isso bem ilustra pode ser encontrada no Recurso Extraordinário n. 837311/PI, na qual se firmou o entendimento no sentido de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Alegou-se, neste caso, que entender de modo diverso seria permitir judicialmente que a Administração Pública pudesse tornar-se indiferente para com o candidato, deixando escoar o prazo de validade do concurso com vagas abertas e sem preenchimento. Nas palavras do Ministro Relator, Luiz Fux, “essa orientação, além de burlar a Constituição da república, em especial o art. 37, inciso II e IV, nega vigência aos princípios da impessoalidade, eficiência, moralidade e da proteção da confiança”.

Da mesma forma, a força normativa proposta a partir dos princípios jurídicos implica reflexos no próprio direito positivo, o que fica constatado na Lei Nacional 8.429/92 que, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, preconiza, em seu art. 11, constituir-se atos de improbidade administrativa, dentre outros, o atentado contra os princípios da Administração Pública, nela destacando-se “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”<sup>178</sup>. Com efeito, o papel e a

---

<sup>177</sup> Adiante-se que a presente pesquisa adota a perspectiva de Luís Pietro Sanchís, para quem os princípios jurídicos podem ser classificados, atualmente, em três grandes tipos. Nas palavras do autor: “(a) (a) principios explícitos o expresamente reconocidos en alguna disposición normativa; (b) principios implícitos obtenidos por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas; (c) principios estrasistemáticos o totalmente inexpresos, formados a partir de la Constitución material o de alguna filosofía moral o política que se supone inspirada en el ordenamiento en su conjunto, pero que no ese puede decir razonablemente que constituyan el significado de una disposición”. Nesse sentido: SANCHÍS, Luís Pietro. **Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 137-138.

<sup>178</sup> Dispõe a Lei n. 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa: *Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública, Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; IX - deixar de cumprir a exigência*

importância dos princípios jurídicos no ordenamento de uma República<sup>179</sup> que se constitui em Estado Democrático de Direito, sobretudo a partir da indagação quanto ao sentido que a legalidade administrativa ostenta, no atual estágio deste modelo, no controle da Administração Pública, ficam melhor compreendidos desde um paralelo histórico que culmina com o advento do próprio ideal democrático. É o que se verá a seguir.

---

*de requisitos de acessibilidade previstos na legislação; X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congêneres, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”*

<sup>179</sup> Nas palavras de Geraldo Ataliba: “República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente. São, assim, características da república a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. A eletividade é instrumento da representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância no poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular”. Nesse sentido: ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

### 3 ELEMENTOS DA TEORIA JURÍDICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Administrativo, como concebido hodiernamente, apenas logrou adquirir autonomia científica quando emergira o Estado de Direito, o que se ocorreu no período pós-Revolução Francesa. Isto não representa, contudo, que antes disso não tenha havido instituições administrativas organizadas, a partir de regras ou princípios gerais, a fim de disciplinar as atividades então tidas por estatais. Em verdade, conforme José Posada de Herrera<sup>180</sup>, “a administração é de todos os tempos e de todas as sociedades”, estando apenas diferenciadas porque “há sempre um princípio que domina”, a partir do qual forma-se a base das administrações e, por assim dizer do Direito Administrativo.

Na realidade contemporânea, é a relação entre Estado e sociedade que, diante da institucionalização jurídico-política, emergem os espaços clamados ao desenvolvimento da vida humana. Desta relação é que, atualmente, pode-se afirmar a égide do Estado de Direito. Desde o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), pelo qual “para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, considera-se essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito”, chegando à Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo inaugural, dispõe que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado democrático de direito”. Urge, portanto, tratar dos elementos da teoria jurídica do Estado Democrático de Direito, donde há de se extrair que as ordens do Estado são reconhecidas como legítimas e vinculatórias porque proclamadas pelo manto da lei. Assim, dentro dos limites propostos nesta pesquisa<sup>181</sup>, abordar-se-á a evolução do Estado, a consolidação do Direito Administrativo e do Estado Democrático de Direito.

#### 3.1 A legalidade e o Estado Moderno

---

<sup>180</sup> POSADA DE HERRERA, José de. *Lecciones de administracion*. Madrid: Establecimiento Tipografico, 1843. No original: “*Señores: la administración es de todos los tiempos y de todas las sociedades; pero en todas las administraciones según su diversa clase hay siempre un principio que domina, y forma por decirlo así la base de todas ellas y la base también del Derecho administrativo*”.

<sup>181</sup> Como refere Zagrebelsky, “*la expresión ‘Estado de derecho’ es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea*”, razão pela qual delimita-se sua análise, nesta pesquisa, em razão do princípio da legalidade, ou seja, a partir dos modelos de Estado usualmente tratados (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito), não sendo caso de um apanhado exaustivo. Nesse sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 21.

A trajetória evolutiva do Estado<sup>182</sup> e daquilo que hoje se caracteriza como Direito Administrativo e Direito Público não é, sob qualquer aspecto, linear. Nesse sentido, como salienta Diogo Freitas do Amaral<sup>183</sup>, a estrutura da Administração Pública e o conteúdo da atividade administrativa são apresentados pela doutrina maneiras diversas, desde um ponto de vista estrutural — pelo qual, simplificada, a evolução histórica teria se dado “do pequeno para o grande, do mínimo para o máximo, de uma Administração rudimentar para uma Administração tentacular”, ou seja, numa linearidade constante e quantitativa, “do menos para o mais, sempre a crescer”. Igualmente, apresenta-se uma evolução funcional, pela qual ocorreu “do liberal para o social, do abstencionismo para o intervencionismo econômico, do Estado-autoridade para o Estado-proteção”. Contudo, há de se perceber que, de fato, a evolução histórica é marcada de avanços e retrocessos, “e em qualquer caso não começou no século XIX”.

Conforme a tradição ocidental, não havia limites à atuação estatal no período que antecede ao advento do Estado de Direito. Na era feudal, a relação entre indivíduo e “Estado” era demasiadamente distinta. Na lição de Jorge Reis Novais<sup>184</sup>, “a ideia de um poder público do Estado desvanece-se em favor de um sistema político fundado numa rede de vínculos entre suseranos e vassalos”, em que se instituiu o *dominium* enquanto simples superioridade territorial implicada pelo príncipe. Assim, no que Novais chama de “vasta cadeia de dependências recíprocas”, cada qual era titular de *jura quaesita*, ou seja, direitos adquiridos (ou, em verdade, privilégios recíprocos). A partir deste cenário, a Idade Média é marcada pela ausência dos elementos que caracterizam o Estado de Direito, não havendo maior identificação de um rol independente de direitos fundamentais, inclusive porque a limitação pelo principado não era essencialmente jurídica, mas antes ético-religiosa ou social.

Na lição de Otto Mayer<sup>185</sup>, as prerrogativas do príncipe eram limitadas pelos direitos individuais dos sujeitos, chamados de *droits acquis, jura quaesita*, os quais se opõem àqueles

<sup>182</sup> Adota-se, na presente pesquisa, o termo *Estado* no sentido de organização política de uma sociedade. Na lição de Carl Schmitt, “*Estado es un determinado status de un pueblo, y, por cierto, el status de la unidad política*”. Nesse sentido: SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial Textos, 2009, p. 205.

<sup>183</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 52.

<sup>184</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 34.

<sup>185</sup> MAYER, Otto. **Le Droit Administratif Allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, p. 32-33. No original: “*Les prérogatives du prince trouvent une autre limite dans les droits individuels des sujets. Les droits dont il s'agit sont ceux qu'on appelle droits acquis, jura quaesita. Ils s'opposent à ce qui appartient à l'individu originellement comme conséquence de la liberté générale. Ils se distinguent aussi des simples possibilités d'acquérir, que le droit commun lui ouvre; il faut qu'un fait juridique déterminé ait produit son effet caractéristique en sa faveur: le jus est le droit fondé sur un titre spécial [...] A l'époque des droits de supériorité du prince, les droits acquis ont une signification tout autrement importante; c'est une barrière véritable qui s'oppose à la puissance publique, quelle que soit la forme sous laquelle elle puisse paraître, législation, justice ou administration [...] A l'encontre des restrictions des prérogatives que nous venons*

que pertencem ao indivíduo como consequência da liberdade geral. Não são, portanto, os direitos originários do indivíduo, mas sim direitos individuais que eram fundados em título especial produzido por fato jurídico. Nesta época, os direitos de superioridade dos príncipes ditavam as relações jurídicas e constituíam-se, com efeito, em obstáculos ao poder público, seja este nas suas mais variadas formas de identificação (legislação, justiça ou administração). Consequência disto é que, mesmo no exercício de suas prerrogativas, o príncipe não deveria privar ninguém de seu direito adquirido (*droits acquis*). Se faz surgir daí o direito especial de superioridade, em relação às aludidas restrições das prerrogativas. Mayer<sup>186</sup>, no entanto, salienta que “os direitos adquiridos dos indivíduos são uma barreira às prerrogativas apenas no curso normal dos acontecimentos”, pois, a título excepcional, quando implicado o interesse público — a razão de Estado (*raison d'État*) — havia a possibilidade de o príncipe superar os privilégios garantidos pelos *jura quaesita*.

Ou seja, para garantir o objetivo do Estado, diante de uma colisão, a propriedade poderia ser removida ou um privilégio cancelado. A este poder supremo, enquanto prerrogativa especial do príncipe, denomina-se *jus eminens*, direito supremo do poder público, *potestas*, *imperium* ou *dominium eminens*. Essa, para Maren Taborda<sup>187</sup>, é a marca da Alemanha do Primeiro Império (romano-germânico), em que “as relações jurídicas entre o poder público e os súditos repousavam sobre os direitos de superioridade dos príncipes, cuja base era a superioridade territorial (*Landeshoheit*)”, o que implicava em *iura majestatis* (direitos de majestade), e depois em *ius polittiae* (direito de polícia) e *ius sequelae* (direito de impor contribuições). Nesse sentido, pela existência, inclusive, de uma jurisdição que “tutelava os privilégios de todos contra todos” é que Novais<sup>188</sup> compreende possível se falar, em relação à Idade Média, num Estado de justiça (*Justizstaat*).

---

*d'énumérer s'élève maintenant un droit de supériorité spécial, qui, appelé à battre en brèche ces restrictions même, forme la clef de voûte de tout le système. Les droits acquis des individus ne sont une barrière pour les prérogatives que dans le courant ordinaire des choses”.*

<sup>186</sup> MAYER, 1903, p. 36. No original: “*Par exception, ils ne lient pas l'intérêt public - la raison d'État - l faut, pour cela, qu'il y ait collision, c'est-à-dire qu'il soit nécessaire, pour atteindre le but de l'État, de passer outre à un droit acquis. Alors, la propriété peut être enlevée, le privilège annulé, la convention méconnue. Ce pouvoir extraordinaire prend de nouveau la forme d'une prérogative spéciale du prince, qui vient compléter toutes les autres; elle est appelée jus eminens, droit suprême de la puissance publique, potestas, imperium ou dominium eminens, plénitude de puissance”.*

<sup>187</sup> TABORDA, Maren Guimarães. A Publicização da noção de pessoa jurídica como fator de construção da dogmática do Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 19, 2001, p. 274.

<sup>188</sup> NOVAIS, 2006, p. 35. O autor ainda salienta que esta noção “não invalida, porém, que se dê o justificado relevo a elementos que, presentes neste período, encontrarão o necessário desenvolvimento justamente no Estado de Direito. Entre estes elementos cabe destacar as chamadas cartas de franquia ou os forais ibéricos, que constituíam verdadeiras convenções ou pactos entre os suseranos e a aristocracia feudal, traduzindo-se numa limitação efectiva do Príncipe e na aquisição pelos indivíduos de direitos específicos; tal fato tem autorizado a ver nestes documentos os primórdios das modernas declarações de direitos e as raízes da

O Estado absoluto releva, contudo, outra fase, que se opõe a esta na qual o Estado é bem patrimonial do príncipe. Ainda segundo Novais<sup>189</sup>, os parlamentos e tribunais imperiais francês e alemão, que cuidavam de interesses tanto públicos quanto privados, acabaram perdendo “progressivamente as faculdades de tutelas os direitos dos particulares contra o soberano que, por sua vez, invocando cada vez mais frequentemente um direito de autodefesa contra os súditos”. Se no primeiro momento se utilizava do conceito de soberania a fim de acobertar a assunção dos poderes absolutos em razão do monarca, a nova fase assistida recorria à ideia de polícia (*jus polittiae*), definida como o direito do príncipe de intervir em todo e qualquer domínio, sob o pretexto de interesse do bem público, “em nome da *raison d’État*”.

Conforme Otto Mayer<sup>190</sup>, o poder público, que se tornou ilimitado, passou a ser exercido pelo próprio príncipe e, abaixo dele, em seu nome e em nome do Estado, ao mesmo tempo, por funcionários de todos os tipos. O príncipe possuía a tarefa de perseguir sozinho o objetivo do Estado, sempre que a natureza humana lhe permitisse. Era, neste sentido, primeiro servidor do Estado, incumbido, por ele próprio, de buscar o bem-estar geral, podendo, em nome da *jus polittiae*, intervir em todos os domínios e em todos os assuntos — sejam mais ou menos importantes, a depender da grandeza que ele próprio estabelece. O poder do monarca, portanto, não tinha limites impostos pela ordem legal, sendo obrigatório tudo o que ele quisesse. As prerrogativas e o que então se compreendia pela *iura quesitae* passaram a não existir ou, pelo menos, a serem elementos tão somente formais, pois não haviam barreiras. Para Mayer<sup>191</sup>, a “responsabilidade diante de Deus e a própria consciência, por um lado, e a consideração prudente do que é útil e realizável, de outro, é tudo o que o príncipe respeita”. Em verdade, “talvez a força do costume também desempenhe um papel importante, ainda que não se goste de o confessar”. O direito, no entanto, “não serve para nada”. A vontade do rei tinha força de lei, como expressa a máxima do Digesto (*quod principi placuit legis vigorem habet*).

Este período é reconhecido pela doutrina como o Estado de Polícia (*Polizeistaat*), quando adotada a Monarquia absoluta. Com o cenário de decadência do sistema feudal, a

---

concepção moderna dos direitos fundamentais, tanto mais quanto autoridade débil, vendo-se obrigada a respeitá-los aqueles direitos, tendia a justificá-los filosoficamente considerando-os como direitos naturais”

<sup>189</sup> NOVAIS, 2006, p. 35.

<sup>190</sup> MAYER, 1903, p. 44. No original: “*C'est au prince qu'appartient en propre la tâche immense de poursuivre le but de l'état. Si la nature humaine le permettait, seul il ferait tout [...] Ainsi, il reste tout au moins le prince qu'aucun objet de l'administration publique n'est exclu de son activité immédiate. Des affaires plus importantes lui sont réservées; il s'empare des moins importantes à mesure qu'elles frappent son attention*”.

<sup>191</sup> Ibid., p. 44. No original: “*La responsabilité devant Dieu et devant sa conscience d'une part, la considération prudente de ce qui est utile et faisable d'autre part, voilà tout ce que le prince respecte: peut-être aussi, la force de ce qui est en usage joue un rôle important, quoiqu'on n'aime pas à l'avouer. Le droit n'a rien à y voir*”. Ibid.

autoridade monárquica centraliza-se, promove uma unificação territorial e se hegemoniza<sup>192</sup>. Conforme Carl Schmitt<sup>193</sup>, em seu momento de existência política mais intenso, a Monarquia foi absoluta, significando não estar o monarca obrigado à lei — *princeps legibus solutus* —, em estampada renúncia à legitimidade. Não obstante, a Monarquia do século XIX buscou sustentar-se, teoricamente e idealmente, no princípio da legitimidade, numa base essencialmente normativa. No entanto, perdeu seu caráter representativo, pois, conforme o autor, “legitimidade e representação são dois conceitos completamente diferentes”, não sendo aquela, por si só, base à autoridade, nem a *potestas*, nem à representação.

O Estado de Polícia estava afirmado no “Estado acima do Direito”<sup>194</sup>. Na lição de Merkl<sup>195</sup>, o direito público desta época limita-se a um único preceito jurídico, o qual define um direito ilimitado para administrar, lastreado nos princípios segundo os quais a vontade do rei é a lei suprema (*regis voluntas suprema lex*), ou seja, o que agrada ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*) e, também, na formulação anglo-saxã, o rei não pode errar (*the king can do no wrong*, também encontrada no francês *le roi ne peut mal faire*), expressão que representa a tese da teoria da irresponsabilidade do Estado. O indivíduo, neste cenário, é apenas objeto do poder estatal, não havendo, portanto, força jurídica suficiente a conter a atividade do soberano. Consta-se a inexistência de legalização da atividade do poder público, sendo a administração antes um método ao livre arbítrio do monarca.

Pelo contrário, pois, de acordo com Enterría<sup>196</sup>, incumbia-se ao rei “afastar o Direito Positivo das propriedades e das instâncias privilegiadas”, no exato sentido de que “podia em

---

<sup>192</sup> Passagem que ilustra a concentração política no monarca pode ser encontrada na resposta de Luís XIV ao Parlamento de Paris, em 1766, vinte e três anos antes da deflagração da Revolução Francesa: “É exclusivamente na minha pessoa que reside o poder soberano ... é só de mim que os meus tribunais recebem a sua existência e a sua autoridade, que eles não exercem senão em meu nome, permanece sempre em mim, e o seu uso não pode nunca ser voltado contra mim; é a mim unicamente que pertence o poder legislativo sem dependência e sem partilha... a ordem pública inteira emana de mim, e os direitos e interesses da Nação, de que se ousa fazer um corpo separado do Monarca, estão necessariamente unidos com os meus e repousam unicamente nas minhas mãos”. Nesse sentido: FREITAS, Gustavo de. **900 textos e documentos de história**. Lisboa: Plátano, 1976, v. 3, p. 22.

<sup>193</sup> SCHMITT, 1996, p. 211. No original: “*En la época de su existencia política más intensa, la Monarquía se llamó absoluta; esto significaba legibus solutas: precisamente la renuncia a la legitimidad. El intento del siglo xix, de restaurar la Monarquía a base de la legitimidad, era sólo un intento de estabilizar jurídicamente un status quo. Faltando la fuerza política para formas vivas de la representación, trató de asegurarse normativamente, y transportó a la vida política conceptos que, en esencia, son de Derecho privado (posesión, propiedad, familia, derecho hereditario). Lo que aún vivía históricamente del principio formal de la Monarquía, no estaba en la legitimidad. El ejemplo de la Monarquía políticamente más fuerte, el reino de Prusia, es para esto bastante claro: una Monarquía que no es sino «legítima», está ya, por eso, política e históricamente muerta*”.

<sup>194</sup> NOVAIS, 2006, p. 39.

<sup>195</sup> MERKL, 1980, p. 93.

<sup>196</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 3. ed. Madrid: Civitas, Ediciones, 2009, p. 97.

cada momento exigir e impor uma modificação jurídica”. Logo, o conteúdo do Direito desta época foi, justamente, o de “afastar o Direito comum, justificar as exorbitâncias, as derrogações às Leis estabelecidas, tudo sobre a base de uma superioridade substantiva do Rei, como comissionado de Deus para o governo humano”. Não existiam normas jurídicas oponíveis ao monarca, pois este não encontrava limitação (interna ou externa) e, logo, era insuscetível de qualquer controle. Ocorria, para Carlos Ari Sundfeld<sup>197</sup>, como se quem detinha o poder de impor, julgar e administrar “não poderia ser pessoalmente sujeito a ele”, na ideia de que “ninguém pode estar obrigado a obedecer a si próprio”.

Tal forma de organização do poder público somente começou a mudar, conforme Taborda<sup>198</sup>, “a partir do momento em que a independência dos tribunais foi reconhecida”. O príncipe, de acordo com Mayer<sup>199</sup>, exercia durante muito tempo o supremo poder judicial em seu território, julgando-se ou julgando seus conselheiros, supervisionando os tribunais do país e, muitas vezes, evocando as causas que o interessavam a governar diretamente. Ou seja, era algo constante no regime do Estado de Polícia que o príncipe pudesse assim interferir na administração da justiça (justiça que era confiada aos tribunais civil e criminal), podendo por fim a um julgamento civil ou criminal por um ato de soberania. Ele, então, ditava a si mesmo o que seria o certo no caso especial, ou então ordenava que o tribunal fizesse um julgamento num determinado sentido. Mas, após um uso abusivo desse meio, no estado preponderante (na Prússia, sobretudo), uma reversão ocorreu na direção oposta, em que se passou a reconhecer que o interesse superior do bem público, que autorizou intervenção incansável do príncipe, defendeu precisamente para este ramo especial uma intervenção semelhante, pelo menos no que diz respeito ao caso individual. Neste sentido, determinado ato de soberania foi, invariavelmente, doravante considerado inadmissível.

Assim, a justiça civil e criminal obteve situação particular e muito distinta daquela feita à administração. Autoridades judiciais tornaram-se, na organização do Estado, independentes, sendo o centro de seu próprio poder. Nas palavras de Taborda<sup>200</sup>, tais mudanças ocorreram “a partir da nova noção de lei como ordem geral que se endereça aos súditos e que é

<sup>197</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 34.

<sup>198</sup> TABORDA, 2001, p. 274.

<sup>199</sup> MAYER, 1903, p. 45-46. No original: “*On reconnut que l'intérêt supérieur du bien public, qui pouvait exiger dans toutes les autres branches l'intervention infatigable du prince en personne, défendait justement pour cette branche spéciale une semblable intervention, au moins en ce qui concerne le cas individuels. Un acte de souveraineté dans l'une ou l'autre forme fut considéré dorénavant comme inadmissible. Le roi ne s'y croit plus autorisé. Ainsi, la justice civile et criminelle obtiens une situation particulière et toute différente de celle faite à l'administration; les autorités judiciaires deviennent, dans l'organisation de l'état, le centre d'un pouvoir propre et indépendant; elle deviennent assez fortes pour réaliser dans une certaine mesure, même vis-à-vis du pouvoir public ailleurs illimité, le droit et ce qu'il commande*”.

<sup>200</sup> TABORDA, op. cit., p. 274.

publicada”. Logo, quando o príncipe editava uma regra de direito civil ou penal, na forma de lei, “a mesma restava inviolável, e sua aplicação só dependia de um juiz, que era forçado a aplicá-la”, não se reconhecendo ao príncipe nem mais sequer “o poder de dispensá-la”.

As leis de polícia, salienta Taborda<sup>201</sup>, estavam submetidas a outro regime: “ao ordenarem casos individuais, vinculavam os funcionários e não o príncipe e, assim, as *leis da justiça* obrigavam o governo, e as leis de polícia, não”. Ou seja, as leis da justiça eram o *direito*, e as de polícia, não. Para a professora, o resultado é que, no Estado de Polícia, havia um direito civil, um direito penal e um direito de procedimento, “mas nenhum *direito público*, porque, para a Administração, em relação aos súditos, não havia dever”. No momento em que tanto direito civil quanto as suas jurisdições passaram a se ocupar da relação entre os súditos e o Estado e os súditos, emergira a necessidade de submeter aquele ao próprio direito civil. Com isso, diante do conflito entre a noção de Estado onipotente, que “havia derrubado as barreiras dos *iura quesitae*”, com a ideia do Direito, pela qual “relações entre o Estado e os súditos deviam dar-se sob a forma do direito e suas regras”, surge (ou ressurge) doutrina do Fisco, “que acabou por cindir a personalidade jurídica do Estado”.

O conflito é, para Novais<sup>202</sup>, a contradição que existia entre a necessidade de se garantir o princípio supremo do Estado de Polícia (ideia, pois, da “omnipotência do Estado na prossecução do bem público, e conseqüentemente, da insindicabilidade dos seus atos”) e a de “proteger os particulares eventualmente lesados pela atividade de polícia”. Assim, considerando estar o Estado propriamente dito como à margem do direito — fora, portanto, do controle judicial —, deflagrou-se a construção pela qual “o Estado se desdobrava numa outra pessoa moral de direito privado, capaz de entrar em comércio jurídico com os particulares, de se obrigar contratual e extracontratualmente, de ter capacidade judiciária ativa e passiva”. Se está diante, pois, do Fisco. Para Mayer<sup>203</sup>, “como nada pode ser feito contra o próprio Estado e como o Fisco não pode fazer mais do que pagar, toda garantia de liberdade civil sob o regime de polícia pode ser resumida nos seguintes termos: *submete-te e apresenta a nota*”.

A doutrina do Fisco permitiu, de acordo com Taborda<sup>204</sup>, que fosse possível a atribuição de efeitos civis imediatos aos atos do poder público: “o Estado desapropria, o Fisco paga a indenização; o Estado nomeia um funcionário, submete-o a uma disciplina especial, o

---

<sup>201</sup> TABORDA, 2001, p. 275.

<sup>202</sup> NOVAIS, 2006, p. 38.

<sup>203</sup> MAYER, 1903, p. 61. No original: “*Comme il n'y a rien à faire contre l'État lui-même et que le fisc ne peut pas faire plus que de payer, toute garantie de la liberté civile sous le régime de la police, se résume dans ces mots: Soumets-toi et présent la note*”.

<sup>204</sup> TABORDA, op. cit., p. 275.

Fisco celebra com ele um contrato de direito civil, para lhe pagar salários”. Se buscou combater, assim, o poder absoluto do príncipe, sendo pelo Fisco que o patrimônio público deixa de pertencer ao príncipe ou ao Estado, mas ao Fisco, cuja personalidade de direito privado difere-se dos demais referidos (pessoas jurídicas de direito público), submetendo-se, logo, ao direito privado e, conseqüentemente, aos tribunais<sup>205</sup>.

Esta evolução faz representar que o Estado absolutista não contempla a ideia de que a política deveria ser encarada como a atividade do príncipe que fosse, na lição Cabral de Moncada<sup>206</sup>, “sujeita a um enquadramento legislativo votado por uma assembleia representativa e de acordo com um posicionamento legitimatório específico”. Em verdade, a ausência da limitação legal à atividade do monarca decorre, conforme o autor, da ideia de que a própria lei carecia de definição. Assim, “a multiplicidade de termos usados para referir a norma jurídica correspondia à ausência de uma força jurídica que lhe pudesse imputar, pois que toda ela decorria da vontade do Rei”. Reconhecendo-se ao soberano o poder ilimitado em relação aos fins possíveis e os meios disponíveis de serem empregados, a consequência foi que pouco se pôde desenvolver considerações científicas sobre este poder. É possível uma construção pré-histórica, para com o liberalismo, acerca do princípio da legalidade administrativa, ainda que nos termos e limites acima expostos. Contudo, como preconiza Otero<sup>207</sup>, “o certo é que o princípio da legalidade é um produto direto da filosofia inspiradora do movimento liberal”, conforme será visto na sequência.

### 3.2 A legalidade e o Estado de Direito

A vida política ocidental tem na Revolução Francesa, ocorrida no fim do século XVIII, o marco daquelas que foram as mudanças mais profundas nas relações entre Estado e seus cidadãos. Momento da implantação do liberalismo, que se irradiará como modelo da sociedade, é a partir deste período histórico que se afirmará a internacionalização dos direitos fundamentais e do princípio de legalidade enquanto garantia da liberdade e do patrimônio, a fim de resguardar

---

<sup>205</sup> É a denominada teoria da bifurcação da personalidade do Estado. Neste sentido, leciona a autora: “A essa bifurcação da personalidade jurídica do Estado correspondeu uma bifurcação de regimes jurídicos: de um lado, o *jus politiae* (direito de polícia) que, partindo da ideia de poder sobre a vida religiosa e espiritual do povo, concentrou em mãos do príncipe poderes de interferir na vida privada dos cidadãos, sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivos; de outro lado, o *jus civile* (direito civil), que regia as relações do Fisco com os súditos e que ficava fora do alcance do príncipe, gerando direitos subjetivos que podiam ser assegurados por meio de controle judicial”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

<sup>206</sup> CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 32.

<sup>207</sup> OTERO, 2003, p. 46.

o indivíduo do absolutismo dos atos de Governo<sup>208</sup>. É, ao mesmo tempo, a anunciação do Estado de Direito e a ascensão do Direito Administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica.

O Estado de Direito define o sistema político que predomina no pensamento jurídico do Ocidente, sendo sua construção dogmática e teorização condição *sine qua non* da conformação do Estado, poder político, governo, Administração Pública, dentre tantos outros. Assim, na linha temporal evolutiva a que se propõe este capítulo, há de se falar, nos limites estabelecidos, do Estado de Direito como propulsor das normas que, no âmbito público, passaram a ter a função de limitar e controlar o poder do Estado, a fim de garantir aos cidadãos que excessos e desvios não sejam praticados no exercício do poder político. Com efeito, conforme Jorge Miranda<sup>209</sup>, “Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade [...] se eleva a critério de ação dos governantes”. Falar em Estado é falar, invariavelmente, da ordem jurídica. Max Weber<sup>210</sup> afirma que a legitimidade do Estado moderno é, justamente, dada a partir do reconhecimento de que as ordens são vinculatórias pois legais, ou seja, emanadas de acordo com as normas gerais e promulgadas. O Direito, por isso, forma e informa o poder político, e este conforma aquele, implicando o poder do Estado.

Conforme Fernando Andrade de Oliveira<sup>211</sup>, é no Estado de Direito que os atos do poder público, sem exceção, ficam submetidos ao tratamento jurídico, desde a formação até a eficácia. São, portanto, aperfeiçoados e produzem seus efeitos desde que integrados com elementos definidos nas normas constitucionais e legais, na medida por elas prescritas. Por tal razão é que os atos do poder público se tornam, a partir do advento do Estado de Direito, passíveis de serem eliminados se apoiados em razões eminentemente de Direito. Por consequência, o Estado de Direito revela-se a defesa do indivíduo contra o Poder Público, que através da separação de poderes protege os cidadãos dos excessos. Foi para deter o poder do monarca, através do Poder Executivo, que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>212</sup>,

<sup>208</sup> TÁCITO, Caio. Princípio de legalidade e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, 2005, p. 16.

<sup>209</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 86.

<sup>210</sup> WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 29. No original: “[...] domina la idea de que los miembros de la asociación, en tanto que obedecen al soberano, no lo hacen por atención a su persona, sino que obedecen a aquel orden impersonal; y que sólo están obligados a la obediencia dentro de la competencia limitada, racional y objetiva, a él otorgada por dicho orden”.

<sup>211</sup> OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação de Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 120, 1975, p. 44.

<sup>212</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Lei e regulamento: a chamada “reserva de lei”. **Revista trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 49/50, 2005, p. 6.

“se concebeu este mecanismo preconizado por Montesquieu e difundido em quase todo o mundo civilizado”.

O Estado de Direito consagra-se com o constitucionalismo liberal do século XIX, sendo fruto do constrangimento individual e ausência de previsibilidade e segurança provocados pela postura discricionária e ilimitada do príncipe, o que provocou a reação da classe burguesa ascendente em desfavor do Estado de Polícia. Para Novais<sup>213</sup>, mesmo beneficiando-se de uma política econômica de cunho mercantilista, a burguesia se encontrava afastada dos lugares de governo, razão pela qual tentou “erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou, pelo menos, de domesticar uma Administração” potencialmente discriminatória que, conseqüentemente, não correspondia aos anseios pela calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades que buscava o “emergente poder burguês”. Converte-se, assim, num “programa revolucionário de racionalização integral do estado segundo os interesses da sociedade”. Esta racionalização promove, pois, a racionalização das funções do Estado e, sobretudo, do controle da Administração, a partir do que um Estado só será racionalizado quando sua atuação for previsível. É justamente desta exigência de previsibilidade que se impõe a limitação da Administração através de regras gerais e abstratas, retirando o espectro de autonomia dos cidadãos da voluntariedade de ingerências unilaterais do monarca, e conferindo-lhes proteção e salvaguarda através de decisões racionais, o que se fazia representar no “órgão da vontade geral”.

Tem início o processo que identifica o problema da limitação do Estado como sendo de ordem jurídica, emergindo então a teoria da personalização jurídica do Estado, momento-chave da construção do Estado de Direito, expressão esta que “sai da ‘pré-história’ e entra oficialmente na ‘história’”, na Alemanha, no decorrer do século XIX, “tornando-se objeto de uma elaboração que exercerá uma fonte (mesmo que tardia) influência na cultura jurídica tanto italiana como francesa”<sup>214</sup>. Trata-se da teoria do *Rechtsstaat*, a qual, conforme Taborda<sup>215</sup>, guarda semelhanças com o Estado Constitucional de tipo francês (*État constitutionnel*) e com o *rule of law* do Direito britânico, “na perspectivação teórico-formal”<sup>216</sup>. Conforme a autora, no Estado Constitucional francês, “a tônica foi colocada nos mecanismos políticos, como controle parlamentar e garantias constitucionais”. Já no *rule of law* britânico, há um só direito

---

<sup>213</sup> NOVAIS, 2006, p. 41-43.

<sup>214</sup> COSTA, 2006, p. 116-117.

<sup>215</sup> TABORDA, 2001, p. 276.

<sup>216</sup> Não se desconhece que Estado de Direito não é sinônimo exato de *rule of law*, o que, no entanto, está além da delimitação temática ora proposta. Sobre o tema, por todos: TAMANAHA, Brian, **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge University Press, 2004.

e uma única ordem de tribunais para aplicá-lo, ficando a Administração submetida ao Direito (*law*) na exata medida que também ficam os particulares, sendo o controle do tipo judicial.

De outro lado, a formulação alemã do *Rechtsstaat*, que, diante das dificuldades encontradas no sentido de “moldar constitucionalmente o Estado em função da garantia dos direitos fundamentais”, restou por perspectivar o Estado de Direito desde uma dimensão teórico-formal, apoiando-se no princípio da legalidade da Administração e na justiça administrativa, reduzindo-se, assim, ao Estado de legalidade, “compatível até mesmo com formas autoritárias de governo”. Para Ferreira Filho<sup>217</sup>, a expressão Estado de Direito é cunhada na Alemanha com o signo do *Rechtsstaat*, tendo como central a ideia de que existe um direito descoberto pelos seres humanos (e não criado), o qual é “superior aos governantes, que não o podem validamente alterar”. Sua consagração teórica tem origem, conforme Novais<sup>218</sup>, “numa Alemanha onde ao longo de todo o século XIX a burguesia não conseguira impor as soluções liberais”, sendo próprio de uma conformação racional lastreada em direitos dos indivíduos e voltados ao seu pleno desenvolvimento.

Por outro lado, a identificação do *Rechtsstaat* como fórmula inaugural do Estado de Direito não é unanimidade na doutrina. Otto Mayer<sup>219</sup>, em direta oposição a autores como Lorenz Von Stein, ou mesmo o precursor Robert Von Mohl, define que não há nada de mais errado que as tentativas de reivindicar a noção do Estado sob o regime do direito (*régime du droit*), ou seja, a ideia do *Rechtsstaat*, como particularidade alemã. A crítica de Mayer reflete, pois, as preocupações da doutrina publicista francês do início do século, a qual, apesar de ainda emergida pela doutrina revolucionária dos direitos do homem e do cidadão, remanesce preocupada com a ausência de eficácia jurídica da Declaração de 1789. Autores como Leon Duguit e Maurice Hauriou também buscaram em suas teorias, não tão somente defender o conteúdo da Declaração Universal de 1789, mas principalmente demonstrar a ideia de que o Estado, como órgão da vontade dos governantes — tese voluntarista que não diferia substancialmente das concepções alemãs — deve ser subordinada a uma dada ordem objetiva

<sup>217</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, 1987, p. 11-12.

<sup>218</sup> NOVAIS, 2006, p. 49-50.

<sup>219</sup> MAYER, 1903, p. 81. No original: "*Rien n'est plus erroné que les tentatives faites pour revendiquer, comme une particularité allemande, l'idée du Rechtsstaat, de l'État sous le régime du droit.*". E continua: "*C'est là une idée qui nous est commune, dans tous ses éléments essentiels, avec les nations soeurs qui ont passé par les mêmes développements successifs, surtout avec la nation française à laquelle, malgré tout, le destin non a liés par la communauté de l'esprit.*".

que não fora criado pelo próprio governante (solidariedade social em Duguit<sup>220</sup> e constituição social em Hauriou<sup>221</sup>).

Não há univocidade, portanto, no conceito político do Estado de Direito, sendo possível aferir diversas acepções que busquem lhe atribuir sentido e alcance<sup>222</sup>. Em verdade, a definição do que seja Estado de Direito não pode, sob qualquer prisma, se afastar da definição mesma de todas as instituições jurídicas da história última — o que, por óbvio, demandaria uma pesquisa *de per se*. Ainda assim, tais definições muito oscilariam a partir da concepção que se pretenda adotar, que pode sugerir-lo desde uma visão política, jurídica, social, etc. Hans Kelsen<sup>223</sup>, a propósito, assevera que, sob o ponto de vista formal, não se poderia limitar a caracterizar o Estado como uma organização política, pois, com isto, apenas se estaria afirmando ser ele uma ordem de coação. Doutra banda, “com organização política, o Estado é uma ordem jurídica”, o que, contudo, não autoriza concluir o inverso, ou seja, nem toda ordem jurídica é um Estado. Da mesma forma, numa concepção estritamente formal, qualquer Estado seria Estado de Direito<sup>224</sup>. Afinal, como preconiza Luis Alberto Warat<sup>225</sup>, não há nada estabelecido de antemão como sentido do Estado de Direito, o que fará com que a “enunciação de seus sentidos seja permanentemente inventada para permitir uma governabilidade não dissociada das condições democráticas de existência”. Ou, como sugere Novais<sup>226</sup>, o Estado de Direito já nasce com um conceito marcadamente polissêmico, “moldando-se aos contornos que lhe advêm da aplicação a realidades substancialmente diferentes e recolhendo as contribuições e diferenças de perspectivas dos autores que mais profundamente o analisaram”.

Todavia, a fim de possibilitar a melhor compreensão da delimitação teórica proposta nesta pesquisa, adota-se aquela que identifica “de Direito” aquele Estado que possui como características (a) o império da lei, ou seja, a lei enquanto expressão da vontade geral, (b) a divisão dos poderes, (c) a legalidade da Administração Pública, ou seja, a atuação segundo a lei, com possibilidade de controle judicial, e a (d) garantia jurídico-formal e a efetiva realização

<sup>220</sup> DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: LGDJ, 1930.

<sup>221</sup> HAURIOU, Maurice. **Précis de droit constitutionnel**. Paris : Recueil Sirey, 1929.

<sup>222</sup> Para uma exata compreensão sobre as variações históricas e conceituais de Estado de Direito, vide: MOREIRA NETO, 1996; no mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>223</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2015, p. 316-317.

<sup>224</sup> TABORDA, 2001, p. 276.

<sup>225</sup> WARAT, Luis Alberto. Fobia al Estado de Derecho. In: **Anais do Curso de Pós-graduação em Direito**, Ijuí, URI, 1994, p. 18. No original: “no existe nada de antemano establecido como sentido del estado de derecho, la enunciación de sus sentidos sera permanentemente inventada para permitir una gobernabilidad no dissociada de las condiciones democráticas de existencia”.

<sup>226</sup> NOVAIS, 2006, p. 22.

material dos direitos e das liberdades fundamentais<sup>227</sup>. O Estado de Direito, a propósito, relaciona-se diretamente com o próprio conceito de ato administrativo, o qual, na lição de Taborda<sup>228</sup>, é “fruto da confluência de três princípios estruturantes do Estado de Direito”, a saber, a separação de poderes, a legalidade administrativa e o controle, pelos cidadãos, dos atos do poder público. Segundo a professora, a noção de ato administrativo sequer poderia existir antes da dogmática do Estado de Direito.

Com efeito, é dúplice, consoante Almiro do Couto e Silva<sup>229</sup>, a noção que o Estado de Direito apresenta hodiernamente. De um lado, sob o aspecto material, o Estado de Direito se estrutura a partir das ideias de justiça e segurança jurídica. Doutro, sob o ângulo formal, o conceito compreende diversos componentes, do que se destacam, (a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais, a (b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por “freios e contrapesos” (*checks and balances*), (c) a legalidade da Administração Pública e (d) a proteção da boa fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os “administrados”<sup>230</sup> têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis. Vê-se, assim, a estreita ligação havida entre o Estado de Direito e o princípio da legalidade, razão pela qual buscar-se-á abordar este destacado princípio em cada

<sup>227</sup> DIAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. Madrid: Editorial Cuadernos para el Dialogo, 1981, p. 202. No original: “*a*) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que –como ya se señalaba en el art. 6 de la Declaración francesa de 1789– «la ley es la expresión de la voluntad general», es decir creada (pero no por debajo de unos mínimos) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social. Es decir, imperio no de cualquier ley sino de aquellas que son producto de la libre participación popular (con la Constitución en su cúspide). b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, (no escisión ni confusión de ellos) con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario, concretado en las correspondientes normas jurídicas. La institución que representa la soberanía popular es quien suministra legalidad y legitimidad a la institución que ejerce la acción gubernamental. c) Fiscalización de la Administración: actuación según ley en todos los órdenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales y jurisdiccionales. Interdicción de la arbitrariedad y respeto estricto, pues, al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado. Junto a ello, pero diferenciado, control político de los Gobiernos desde el Parlamento. d) Protección de Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos. La protección de las libertades y los derechos fundamentales constituye «la razón de ser» del Estado de Derecho”.

<sup>228</sup> TABORDA, Maren Guimarães. Elementos do conceito de ato administrativo: comparação entre distintos modelos. **Estudos Jurídicos** (UNISINOS), São Leopoldo, v. 34, n.90, p. 95-138, 2001.

<sup>229</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. In: COUTO E SILVA, 2015, p. 19.

<sup>230</sup> Atualmente, considera-se obsoleto o termo “administrado” para designar o destinatário das funções estatais. O sufixo “-ado”, invariavelmente, indica aquele que sofre algo. Assim como o “processado” sofre o processo e o “condenado” a condenação, tem-se na ideia de “administrado” aquele que sofre a Administração Pública. Esta visão não coaduna com a nova ordem e com os novos paradigmas do Direito Administração, razão pela qual adota-se, aqui, o termo “cidadão”.

um dos modelos de Estado de Direito, passando pelo Estado Liberal, Estado Social e atingindo o Estado Democrático, modelo a partir do qual serão consideradas as nuances e paradigmas que reconfiguram a legalidade no agir da Administração Pública e, em especial, no seu controle.

### ***3.2.1 Estado Liberal de Direito e legalidade***

As noções que hoje definem o Estado de Direito, os princípios da *rule of law* e a legalidade da Administração Pública alcançaram lugar de destaque naquilo que Couto e Silva<sup>231</sup> denomina de “quadro de repertório de instituições conformadoras do Estado liberal” — o qual, conforme o professor, “nasce da independência dos Estados Unidos e das cinzas da Revolução Francesa”. A caracterização liberal do Estado de Direito funda-se, na lição de Novais<sup>232</sup>, numa “mundividência construída em torno do pressuposto duma separação entre o Estado e a Sociedade”, apoiada no tripé que, numa ponta, (1) separa política e economia (a partir da qual o Estado deve se limitar o binômio segurança-propriedade, sendo a vida econômica incumbência da autoregulação do mercado), noutra (2) separa Estado e Moral (não podendo esta ser resolvida mediante coação externa ou estatal, e sim pela consciência autônoma do indivíduo) e, na última, (3) separa Estado e sociedade civil, sendo nesta o local em que se encontram, simultaneamente, as esferas morais e econômicas dos indivíduos, “relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras”.

A predominância do ideal de liberdade, em clara oposição ao despotismo então vigente, é o carro-mor deste período que consagra o refazimento social e político, estruturando o Estado para que fosse, acentuadamente, o defensor deste ideal. Para Bandeira de Mello<sup>233</sup>, a razão de ser do Estado de Direito é, justamente, a defesa do indivíduo contra o Poder Público, sendo a tripartição dos poderes a fórmula asseguradora deste desiderato. Busca-se, neste sentido, garantir aos cidadãos que o Executivo (sucessor do poder do monarca) não atente demasiadamente seu desfavor, pelo que será negada “qualquer força jurídica para estabelecer as regras que inovem inauguralmente na ordem jurídica, sobreposse quando impliquem limitações à liberdade e à propriedade das pessoas”. Manifesta é a função do Estado Liberal em ser, exclusivamente, garantidor do livre desenvolvimento de forças sociais e econômicas, intervindo minimamente<sup>234</sup>. Foi a partir daí que a burguesia buscou sua liberdade frente ao

---

<sup>231</sup> COUTO E SILVA, 1987, p. 41.

<sup>232</sup> NOVAIS, 2006, p. 54-55.

<sup>233</sup> MELLO, 2005, p. 12.

<sup>234</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 22.

Estado, o qual, destituído de conteúdo, neutralizou-se, conforme Bonavides<sup>235</sup>, “para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais”. Não mais se admitem, conforme Garcia de Enterría e Ramón Fernández<sup>236</sup>, poderes pessoais, justamente porque nenhuma pessoa da comunidade possuiria incumbências divinas para criar normas que vinculassem a todos. A lei torna-se produto da razão e, portanto, todo o poder dela deriva, toda autoridade é exercida em seu nome e, igualmente, sua cogência somente ocorre em razão de sua existência.

A afirmação da liberdade humana é, para Ferreira Filho<sup>237</sup>, o contraponto necessário à afirmação da opressividade das instituições, sobretudo do poder estabelecido a partir do Estado. Nesta lógica, que conduz ao anarquismo, o Estado seria inimigo da liberdade, pois está nas mãos dos adversários dela e, também, porque o poder influi até que encontre seus limites. Contudo, a burguesia latente do Estado liberal não pretendia lançar mão das instituições mantenedoras da ordem, sobretudo porque resguardavam a segurança. Logo, a fim de “refazer a sociedade, as instituições, o Estado, inclui-se a transformação deste, de inimigo em garante da liberdade”. O Estado organizado defende a liberdade, e o Estado “retamente estruturado seria aquele cujo poder fosse limitado, dividido e exercido, se não pelo próprio povo”, a partir de seus representantes — um Estado, por isso, controlado por limitação.

É a liberdade, aliás, requisito ao contrato social enquanto fonte criadora do Estado (justificada, por óbvio, no contexto moderno). De acordo com formulações de Rousseau<sup>238</sup>, “renunciar à liberdade é renunciar a condição de homem, aos direitos da humanidade, e, inclusive, aos seus deveres”, não havendo como reparar alguém que a tudo renuncia, pois “tirar toda sua liberdade é tirar toda moralidade de suas ações”. No mesmo sentido, John Locke<sup>239</sup> afirmava que “se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento”. Vale dizer, é apenas através do acordo “com outros homens” que alguém “se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade

<sup>235</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

<sup>236</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão técnica de Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 130.

<sup>237</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Estado de Direito e Estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 157, jul./set., 1984, p. 17-18.

<sup>238</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 28.

<sup>239</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 139.

civil”<sup>240</sup>. Para Montesquieu<sup>241</sup>, em um Estado, ou seja, “numa comunidade onde existem leis”, “a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”. Assim, “liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”<sup>242</sup>.

Acentua-se, assim, o papel da lei. No contexto da sociedade liberal, a lei tudo podia, pois materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo. É na legalidade, portanto, que se encontravam as razões dos limites e da ordem, sem que fosse necessário providenciar qualquer medida legal para assegurá-los. Para Zagrebelsky<sup>243</sup>, “o direito entra em ação para suprir a carência de uma ordenação expressada diretamente pela sociedade”, o que não ocorria neste momento histórico, pois uma sociedade política monista ou *monoclasse*, como era a sociedade liberal, “incorporava em si as regras de sua própria ordem”. O princípio da legalidade surge, na noção clássica, para conter o poder de discricionariedade da Administração<sup>244</sup>. “A lei é a expressão da vontade geral”, sendo que “todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação”. A lei “deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir”. Ou seja, “todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos” — foi o que preconizou o artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagrando-se o Estado de Direito e, portanto, o governo de leis, não de homens<sup>245</sup>.

<sup>240</sup> O uso do masculino genérico “homem” para designar o conjunto de “homens e mulheres” é marca do sexismo linguístico da época, o qual não se adota nesta pesquisa. No entanto, considerando o caráter histórico das expressões, vão aqui referidas com ressalvas.

<sup>241</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

<sup>242</sup> Nesse sentido, o art. 4º da Declaração de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

<sup>243</sup> ZAGREBELSKY, 2009, p. 31. No original: “*El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política ‘monista’ o ‘monoclasse’, como era la sociedad liberal del siglo pasado, incorporaba en sí las reglas de su propio orden*”.

<sup>244</sup> Contudo, a lei, em si considerada, não está estritamente vinculada, num sentido histórico, ao princípio da legalidade enquanto vértice da função administrativa. Bobbio aduz que “muito embora o princípio da Legalidade seja considerado como um dos pilares do moderno Estado constitucional, o chamado Estado de direito, trata-se de algo antigo tanto quanto a especulação sobre os princípios da política e sobre as diferentes formas de Governo. Liga-se ao ideal grego da isonomia, isto é, da igualdade de todos perante as leis, considerada como a essência do bom governo”. Nesse sentido: BOBBIO, 1995, p. 674-675.

<sup>245</sup> Não se desconhece, porém, que o princípio da legalidade teve seus primeiros contornos na Magna Carta de 1215, em que João XIII, o Sem Terra, proibiu que outros tributos fossem estabelecidos sem a deliberação do “conselho comum do reino”, ou seja, sem que fosse estabelecido pelo órgão legislativo. No entanto, é no

Volta-se a burguesia liberal do século XIX contra a regulação do Estado personificado a partir da figura do monarca, provocando a redução da atividade da administração à defesa frente aos perigos que ameaçassem a segurança e a ordem pública, bem como, e de destacadamente, a sujeito deste âmbito à lei. Para Hartmut Maurer<sup>246</sup>, “o âmbito privado, econômico e social deve ser deixado a si mesmo e a seu próprio mecanismo de direção baseado no princípio da livre concorrência”, ou seja, no *laissez faire, laissez aller*. Estas exigências foram observadas, ainda que não totalmente, pois, conforme o autor, as constituições aprovadas ao longo do século XIX propiciaram um equilíbrio entre o monarca e a burguesia. Por certo, o poder até então ilimitado do monarca foi limitado a partir dos direitos fundamentais, e a participação da representação popular no fazer das leis. No entanto, o Executivo seguiu nas mãos do monarca, ainda que a ingerência da administração na liberdade e propriedade só se fazia possível quando autorizado por lei específica devidamente aprovada pela representação popular, no modelo, portanto, de reserva de lei. O conceito de lei próprio do Estado Liberal de Direito foi circunscrito, para Maurer<sup>247</sup>, “às ingerências na liberdade e na propriedade” no marco da relação geral entre Estado e cidadãos.

O Estado Liberal de Direito era, com efeito, um Estado Legislativo, afirmado através do princípio da legalidade<sup>248</sup>. Foi com o legiscentrismo que se buscou conferir nova roupagem à legitimidade do Estado, em substituição ou superação do Estado-Polícia. Para Schmitt<sup>249</sup>, o “Estado burguês de Direito” tem sentido preciso quando cumula os princípios gerais de liberdade burguesa e defesa do Direito com certos “critérios orgânicos” que caracterizam o verdadeiro Estado de Direito. Para além do fundamento geral de organização que, para o autor, segue sendo o princípio da separação de poderes, somente se identificará como Estado de Direito aquele em que (a) as ingerências na esfera de liberdade individuais somente ocorrem a partir de uma lei (legalidade), ou seja, aquele Estado cuja Administração esteja apoiada pela reserva ou preeminência da lei. Schmitt também identifica como critério orgânico do verdadeiro Estado de Direito aquele cuja (b) atividade total esteja compreendida, sem resíduo, na soma de competências rigorosamente circunscritas, ou seja, a partir da divisão e distinção de poderes

---

período assinalado como a queda do absolutismo e o advento do Estado liberal que a legalidade administrativa é consagrada.

<sup>246</sup> MAURER, 2012, p. 17. No original: “*El ámbito privado, económico y social debía ser dejado a sí mismo y a su propio mecanismo de dirección basado en el principio de libre competencia (principio del laissez faire, laissez aller)*”

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 17. No original: “*Ello condicionó el concepto de ley propio del Estado liberal de derecho, circunscrito a las injerencias en la libertad y la propiedad en el marco de la relación general existente entre el Estado y los ciudadanos*”.

<sup>248</sup> ZAGREBELSKI, 2009, p. 24.

<sup>249</sup> SCHMITT, 1996, 141-142.

que contêm o princípio básico da mensurabilidade de todas as manifestações de poder do Estado. Por fim, o autor refere (c) a independência judicial, a partir da qual torna-se possível o controle judicial da Administração, realizado no âmbito de uma justiça administrativa, pelo que o Estado de Direito se converte em um Estado de Justiça.

O princípio da legalidade administrativa foi posto como limite externo à Administração Pública, definindo as trincheiras entre direitos individuais inatingíveis e a própria órbita de ação. Coube à lei, portanto, condicionar a atuação estatal, protegendo os cidadãos da intromissão indevida. Cumprem-se, assim, os pressupostos do Estado Liberal de Direito delineados por Pérez-Luño<sup>250</sup>, a saber, (a) a necessidade de que a organização e regulação da atividade estatal fosse baseada em princípios racionais, que deveriam traduzir-se em uma ordem política justa, pois o Estado de Direito é um Estado racional ou de racionalidade; (b) o rechaço a qualquer transpersonalismo na definição dos objetivos do poder, pois o Estado não é uma instituição que serve aos fins transcendentais, de caráter divino, nem dos que governam, mas se faz em benefício de todos os indivíduos que o integram; (c) a limitação das tarefas de Estado a fim de garantir liberdade, segurança e a propriedade de seus cidadãos através da lei, esta compreendida como norma geral emanada pelos representantes da vontade popular.

A partir desta concepção, Otero<sup>251</sup> formula os postulados através dos quais a legalidade administrativa fundou-se, no Estado Liberal de Direito. Fala-se, inicialmente, na (1) supremacia da legitimidade democrática sobre a legitimidade monárquica, substituindo-se, igualmente, o poder legislativo em relação aos demais poderes de Estado. Da mesma forma, ocorre a (2) absolutização do valor da lei, pois exata manifestação da vontade do parlamento e, justamente por isso, da vontade popular. Assim, dota-se a lei de onipotência decisória em relação às demais fontes do Direito, do que emerge a noção de que apenas o Legislativo pode criá-lo. Por fim, o Estado Liberal de Direito implicou na (3) subordinação integral da Administração à vontade do legislativo manifestada na lei, restando aquela “destituída de qualquer poder autônomo de normação e impossibilitada de contrariar os limites resultantes da lei”, isto se não ficasse “proibida de agir sempre que não existisse uma norma legal especificamente habilitadora da atividade”<sup>252</sup>. Conforme o autor, “o sucesso dos postulados políticos radicais do liberalismo, envolvendo uma supremacia do poder legislativo e um protagonismo do parlamento na configuração de uma legalidade heterovinculativa da atividade do executivo” foi concretizada

<sup>250</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 220.

<sup>251</sup> OTERO, 2003, p. 53-54 e 196.

<sup>252</sup> Compreensão que, ao que parece, ainda persiste, mesmo com toda a evolução experimentada pelo Direito Administrativo ao longo das últimas décadas, conforme se verá.

de modo mais acentuado nas experiências governamentais parlamentares da França (III e IV Repúblicas) e na Itália (I República).

No cenário histórico, a revolução industrial e os movimentos sociais causaram, conforme Couto e Silva<sup>253</sup>, profundas alterações no Estado, o qual ampliou demasiadamente seus serviços, principalmente por conta de sua “atividade de intervenção no domínio econômico e na área social”. Por conta das profundas transformações, o Estado passou a desincumbir-se de tarefas que definem a própria sociedade, não apenas pela coação, mas por restrições à liberdade e propriedade dos cidadãos, “senão que também e sobretudo propiciando benefícios e vantagens”, assegurando assistência e previdência sociais, promovendo programas habitacionais, dando créditos a juros baixos ou concedendo outras formas de subsídio ou subvenção “para estimular o desenvolvimento de determinados setores, empreende campanhas de alfabetização, de distribuição de merenda escolar, etc.”. O Estado Liberal assume, assim, o caráter de Estado Social, e o Poder Legislativo não mais responde, satisfatória e completamente, aos clamores sociais.

### ***3.2.2 Estado Social de Direito e legalidade***

Os conflitos sociais e as transformações deles decorrentes passaram a pautar o Direito surgido após o declínio do modelo liberal de Estado. O individualismo, marca acentuada do liberalismo, foi dando espaço, progressivamente, a ideais de solidariedade que buscavam sobrepor o social ao capital. Para Gordillo<sup>254</sup>, a substancial diferença havida entre a noção clássica do liberalismo e do Estado de Bem-Estar é que naquela “se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas”, ao passo que, no Estado Social, “sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado”. Daí porque adequado perceber que os modelos de Estado de Direito não são postos, no espaço e no tempo, de modo geracional, como se um modelo tenha dado fim a outro. Até porque, neste caso, não há exatamente uma superação do Estado Liberal, senão antes uma transformação que coloca o Estado Social como evolução àquele, pois elementos dele oriundo mantiveram-se na formulação das atividades estatais.<sup>255</sup>

<sup>253</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 26.

<sup>254</sup> GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 74.

<sup>255</sup> Não obstante, Bonavides anota que historiar a decadência do liberalismo é “espargir luz sobre a moderna compreensão do Estado social”. Para o autor, “essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que a liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência. O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não

Ainda no século XIX, o Estado não havia renunciado por completo imiscuir-se nos âmbitos sociais e econômicos, justamente por não mencionar sua incidência no campo cultural. Na lição de Maurer<sup>256</sup>, a crescente industrialização e tecnificação, aliada à concentração de milhões de pessoas em pequenos espaços territoriais urbanos, com o conseqüente empobrecimento de vários setores da população produzidos durante os períodos de guerra e pós-guerra, e, de outro lado, as crescentes necessidades e demandas dos cidadãos, levaram o Estado a desenvolver uma atividade social cada vez maior. Neste sentido, impõe-se ao Estado cuidar da seguridade social, prestando toda a ordem de serviços econômicos, sociais e culturais (água, gás, eletricidade, transporte público, esgoto e coleta de lixo, medicina preventiva, museus, escolas, universidades, etc.), além de intervir no âmbito social e econômico, a fim de reduzir as desigualdades sociais, mantendo e promovendo a prosperidade econômica. Nas palavras de Maurer<sup>257</sup>, “o direito e o dever do Estado de satisfazer todas estas funções deriva do princípio do Estado social”. Assim, a “defesa frente aos perigos segue sendo uma função legítima e irrenunciável da administração, mas agora se vê complementada pelas funções da previsão, da prestação e do fomento nos âmbitos social, econômico e cultural”.

Havia uma contradição no Estado que, ao mesmo tempo em que se apresentava com força coercitiva absoluta, não dirigia e nem poderia dirigir o mercado e a sociedade civil. Para Medauar<sup>258</sup>, trata-se da expressão máxima da potência, “pois detém o monopólio da força e coação” e, concomitantemente, a expressão máxima da impotência em relação à sociedade, “pois não decide os conteúdos dos conflitos”. Além disto, atribui-se a este mesmo Estado a origem das tragédias “duras e sanguíneas” e da exploração humana no período da Revolução Industrial, bem como a criação de toda uma estrutura de dominação de classes. Seria, para a autora, a manifestação viva da *pele de cordeiro*, ou seja, “a pregação de valores de liberdade, garantia de direitos, do Estado submetido ao direito, para ocultar o *lobo*, isto é, a verdadeira intenção de domínio.

Neste contexto, o Estado não mais bastava como garantidor formal do esquadro a partir do qual a sociedade era livremente dinâmica. A igualdade entre os cidadãos não mais se

---

pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”. Nesse sentido: BONAVIDES, 2007, p. 188.

<sup>256</sup> MAURER, 2012, p. 18.

<sup>257</sup> Ibid. No original: “*El derecho y el deber del Estado de satisfacer todas estas funciones se deriva del principio del Estado social consagrado constitucionalmente (artículos 20 I y 28 I GG). La “defensa frente a peligros” sigue siendo una función legítima e irrenunciable de la administración, pero ahora se ve complementada por las funciones de la previsión, la prestación y el fomento en los ámbitos social, económico y cultural. Ello ha comportado una ampliación tan notable de la actividad administrativa que en la actualidad al Estado se lo califica de ‘Estado administrativo’*”.

<sup>258</sup> MEDAUAR, 2017, p. 81.

pressupõe, como exaustivamente afirmada no período anterior, pois dizer que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos” produzia, na aplicação, profundas desigualdades sociais. Atribuiu-se, então, aos Estados, de acordo com Di Pietro<sup>259</sup>, a nova concepção através da qual torna-se sua a missão buscar essa igualdade. Para tanto, “o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade”. A superação dos princípios do liberalismo ocasionou, conforme a autora, a primeira evolução do princípio da legalidade, principalmente em razão das consequências fatídicas ocasionadas, como a profunda desigualdade social, a formação de monopólios e o surgimento do proletariado em condições de miséria e doença, “que tendiam a acentuar-se com o modelo de Estado não intervencionista”. Como consequência, o Estado assume outro papel, abandonando sua posição passiva e começando a “atuar no âmbito das atividades antes exercidas exclusivamente por particulares”, ampliando-se a intervenção na ordem econômica e social, bem como os serviços públicos titularizados pelo Estado.

No Estado Social de Direito, submissão à lei conjuga-se com o caráter social do Estado. A atividade prestacional e conformação social, conforme Maurer<sup>260</sup>, devem observar as formas e conexões impostas pela lei. O Estado Social de Direito, portanto, vai além do Estado Liberal também em relação à submissão à lei, “posto que não só existe a vinculação formal à lei, mas também a realização da justiça material”. A igualdade perante a lei, ideal típico do Estado Liberal, ficou restrita ao discurso da burguesia, principalmente porque os contrastes entre os indivíduos não garantiam os ajustes clamados pelo proletariado, em razão das diferenças que os massacravam. Em razão disso, Di Pietro<sup>261</sup> assinala que alguns Estados adotaram regimes totalitários, ao passo que outros “preferiram adotar o modelo do *Estado de Direito Social*, que não deixa de ser Estado de Direito (que protege os direitos individuais, mediante a sujeição do Estado à lei e ao controle judicial)”, mas preocupam-se também “com o bem-comum”. Daí porque este modelo também denomina-se de Estado do Bem-Estar, Estado-Providência, Estado do Desenvolvimento, *Welfare State*, *État Providence*, todos com o sentido de que o Estado assume o papel de buscar a igualdade perdida com o liberalismo. Para isso, “o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos”.

<sup>259</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. Atlas: São Paulo, 1999. p. 18.

<sup>260</sup> MAURER, 2012, p. 19. No original: “*El Estado social de derecho, por supuesto, ha ido más allá del Estado liberal también en lo concerniente a su sumisión a derecho, puesto que no sólo exige la vinculación formal a la ley, sino también la realización de la justicia material*”

<sup>261</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p.

O Estado integra-se à sociedade civil, alterando profundamente a forma jurídica e os processos de legitimação da Administração.

A intervenção do Estado no plano econômico e no campo social era, conforme a lição de Couto e Silva<sup>262</sup>, a principal nota distintiva da sua nova conformação. Para o professor, “a ampliação das tarefas do Estado e, pois, dos serviços públicos, especialmente no campo da administração prestadora de benefícios, exigiu que o Poder Público se tornasse mais ágil”, indo, inclusive, buscar no âmbito do direito privado os modelos e instituições que permitissem atuar conforme se reclamava. Segundo Taborda<sup>263</sup>, com o advento do Estado Social alterou-se globalmente as relações entre sociedade e Estado, “convertendo-se o Estado em Estado econômico, que provê as condições essenciais de vida ao cidadão, através de dirigismo e planificação, com a prestação de bens, serviços e infraestrutura materiais”, fins de garantir, efetiva e materialmente, o exercício dos direitos fundamentais sociais. Neste sentido, “diluíram-se as fronteiras entre a lei e a administração, incrementaram-se as funções não jurídicas da Administração, o Poder Executivo passou a ter uma certa prevalência sobre o Legislativo”. O executivo assume, assim, uma posição proeminente, tornando-se, conforme Chevallier<sup>264</sup>, o centro de impulso político nas sociedades contemporâneas, sendo “o único capaz de conceber e colocar em andamento uma estratégia coerente”. De fato, como leciona Medauar<sup>265</sup>, “com as transformações do Estado, deslocou-se a primazia do legislativo para o Executivo, afetando a relação entre os dois poderes, na modelagem da concepção clássica da legalidade administrativa”.

As nuances do princípio da legalidade administrativa foram temperadas com as mudanças provocadas a partir do advento e consolidação do Estado Social de Direito. A desvalorização do Poder Legislativo e, conseqüentemente, a descentralização normativa que confere poderes acentuados ao Executivo transformaram o papel e função da lei. Em verdade, a legalidade administrativa, conforme Sérulo Correia<sup>266</sup>, “tende a desenvolver-se e aprofundar-se no Estado Social de Direito”. Com efeito, ainda no período liberal, marcado pelo Estado Legislativo, já se verificava a incapacidade de o legislador manter-se, de modo contínuo, à frente de seu tempo, pelo que não raras eram as incompletudes das disposições legais, o que

---

<sup>262</sup> COUTO E SILVA, Almiro do Couto. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: COUTO E SILVA, 2015, p. 254.

<sup>263</sup> TABORDA, 2014, p. 16.

<sup>264</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 215.

<sup>265</sup> MEDAUAR, 2017, p. 146.

<sup>266</sup> CORREIA, José Manuel Sérulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 1917.

acabou por demandar fosse conferida certa margem de liberdade ao Executivo para tomada de decisões diante de circunstâncias marcadas pelas particularidades concretas — redundando na multicitada discricionariedade administrativa<sup>267</sup>. Não obstante, é no período marcado pelo Estado Social de Direito, ou Estado de Bem Estar, que a previsão legal de todos os atos administrativos necessários ao atendimento das demandas e dos complexos poderes pretendidos pelo Estado tornou-se ainda mais inviável. Para Couto e Silva<sup>268</sup>, o Estado Social implica no princípio da legalidade de modo a exigir decisões prontas, muitas vezes impossíveis de serem tomadas pela via legislativa de modo a equalizar, acertadamente, o tempo e a eficiência necessários ao cumprimento satisfatório destes escopos.

Por isto, “não prescinde o Estado moderno de formas institucionalizadas ou disfarçadas de delegação legislativa”, marcadas pelas fontes infralegais do Direito Administrativo, tais como os regulamentos, resoluções, circulares, portarias, etc., “pelas quais de um só golpe [...] altera-se o desenho de importantíssimos setores da Nação”. Igualmente, tornou-se comum que o Estado passasse a se valer, em documentos normativos, de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e conceitos tipo em oposição a conceitos classificatórios. Estes, conforme o professor, possuem um núcleo de significação perfeitamente definido, de modo que sua aplicação e subsunção ao caso concreto se realizam sem maiores dificuldades. Por outro lado, nas áreas periféricas do conceito, dúvidas quanto ao enquadramento dos fatos e, portanto, a subsunção destes à regra são frequentes, de modo que, nestes casos, “a palavra final só poderá ser dada pelo Judiciário”. Os juízes, portanto, se transformaram em legisladores, estando muito distantes dos juízes-autômatos ou dos que são “boca que pronuncia as palavras da lei”, suscitando, com isto, toda a problemática decorrente da crítica sobre a ausência de legitimidade democrática para o desempenho neste sentido.

A partir do acréscimo de funções assumidas pelo Estado, houve o fortalecimento do Poder Executivo, já não mais se vendo o Legislativo como único poder competente para emanar atos de natureza normativa. Conforme Di Pietro<sup>269</sup>, o elevado número de atribuições assumidas pelo Estado “concentrou-se, em sua maioria, em mãos do Poder Executivo que, para atuar, não podia ficar dependendo de lei, a cada vez, já que sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo”. Assim, em relação ao princípio da legalidade, o Estado Social de Direito é marcado por avanços e retrocessos. Para a autora, “representa um avanço na

---

<sup>267</sup> É extensa a bibliografia sobre discricionariedade administrativa. Sinteticamente, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2012; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** (novas reflexões sobre os limites e o controle da discricionariedade). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

<sup>268</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 27.

<sup>269</sup> DI PIETRO, 2017, s/p.

medida em que coloca toda a atividade da Administração Pública sob a égide da lei”. Se na fase inicial do Estado de Direito se atribuía à Administração Pública ampla discricionariedade, enquanto poder político, no espaço inocupado pela lei, “no período do Estado Social de Direito a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa”, dando ao princípio da legalidade um sentido novo, “significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite”.

No percurso de expansão do Estado Social, o fim da Segunda Guerra Mundial altera demasiadamente o curso do Direito Administrativo (sobremaneira a partir da sua constitucionalização, conforme visto) e, em especial, do conceito de legalidade. De fato, a ampliação do domínio estatal no plano social e econômico e, modo geral, a consolidação do Estado Administrativo ocasionou, invariavelmente, que tenha a lei assumido o papel de legitimadora da intervenção estatal. Ferreira Filho<sup>270</sup>, neste sentido, afirma que a “lei, com essa multiplicação, perde a sua majestade”, pois “em lugar de poucas leis, passa-se a ter muitas”, “em lugar de leis que traduzem a Justiça e disciplinem o fundamental, temos normas com o nome de leis, criadas ao sabor das majorias e modificadas ao sabor das minorias”. Neste contexto, tornam-se “normas que se alteram de instante em instante, sem permanência na realidade e na consciência dos cidadãos”, rumo àquilo que chama de “proliferação da lei”, o que “vem também marchar clara e insofismavelmente para a desvalorização da lei”.

O *locus* assumido pelo poder Executivo resultada, na lição de Otero<sup>271</sup>, da conjugação de quatro fatores. O primeiro resulta do fato pelo qual (a) constante assunção de poderes normativos conferidos ao Executivo, inclusive com a possibilidade de emanar atos com força de lei, deveu-se ao fato de que as matérias a serem disciplinadas pela lei sofrem constantes e crescentes complexificações, gerando ao legislador a impossibilidade de responder, pronta e convenientemente, a todas as exigências que o Estado Social de Direito reclama. O segundo fator implica que, em comparação ao governo, (b) há um “déficit de informação do parlamento”, o que contrapõe-se à crescente tecnicidade e pluralidade de interesses que frequentam a função legislativa, fazendo do Poder Legislativo um “órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar a sua própria dependência institucional de quem lhe forneça essa informação”. O terceiro fator, muito embora mais atrelado à realidade do Direito Europeu (português, sobretudo), diz respeito à (c) progressiva transformação das eleições parlamentares que “confere ao poder executivo uma legitimidade democrática quase idêntica a um presidente da república eleito por sufrágio

---

<sup>270</sup> FERREIRA FILHO, 1997, p. 17.

<sup>271</sup> OTERO, 2003, p. 107-108.

direto”, o que ocasiona o enfraquecimento da legitimidade democrática na instituição parlamentar. Por fim, Otero aponta que (d) as alterações legais no sistema eleitoral, a fim de procurar evitar uma excessiva dispersão político-partidária no parlamento e, assim, “possibilitando a formação de uma maioria política susceptível de sustentar um executivo durante toda a legislatura, inverte o ascendente político parlamentar sobre o governo”. Neste cenário, o fortalecimento do Poder Executivo implica a mutação da até então clássica soberania parlamentar à soberania governamental, ficando o princípio da legalidade atrelado, cada vez mais, à “manifestação de vontade política do executivo”, dando-lhe, assim, “natureza, mediata e imediatamente, autovinculativa”.

É no contexto e contornos do Estado Social de Direito, portanto, que a atividade da Administração Pública passou a se submeter, de modo integral, à legalidade administrativa, em detrimento da vinculação negativa vislumbrada no modelo antecessor. A partir da vinculação positiva é que tem lugar a máxima através da qual só se torna permitido fazer o que a lei autoriza. Ou seja, é desta demanda proativa do Estado que, fins de intensificar seu próprio controle, resulta o adágio de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei determina. Não obstante, mesmo diante do fortalecimento das funções exercidas pelo Poder Executivo, a atividade estatal implicou a releitura social e instrumental do Direito, através da qual a Administração Pública, por assumir tarefas inéditas e complexas e para legitimar suas atividades e torná-las eficientes, precisou democratizar-se. Emerge daí a noção do Estado Democrático de Direito enquanto instrumento de transformação social.

### ***3.2.3 Estado Democrático de Direito e legalidade***

A passagem do Estado Social ao Estado Democrático de Direito carrega consigo um novo sentido ao princípio da legalidade no exato sentido que direciona o Estado a um viés mais democrático e político do que propriamente prestacional. Intenta-se, assim, que o discurso democrático seja a bússola que conduza à formulação e discursos racionais de justificação das decisões públicas. O Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo inaugural da Constituição da República de 1988, é princípio estruturante do Estado e, por tal razão, possui sentido imediatamente finalístico. Ou, como refere Medauar<sup>272</sup>, o Estado Democrático de Direito é “o modo de ser do Estado brasileiro”. Assim, há de ser compreendido como expressão que representa o enlace inexorável da dúplici submissão que se quer do Estado, a saber, à vontade popular e à vontade da ordem jurídica. É o Estado Democrático de Direito resultado

---

<sup>272</sup> MEDAUAR, 2017, p. 149.

dos aprimoramentos que o Estado de Direito experimentou ao longo da história, sendo a mais ilustre das marcas trazidas pelo constitucionalismo decorrente da segunda metade do século XX<sup>273</sup>.

Não é singela a tarefa de se aperceber todos os delineamentos que a noção de Estado Democrático de Direito perfaz na ordem jurídica e, especificamente, no Direito Administrativo. No entanto, canalizando-o a partir do recorte proposto nesta pesquisa é possível constatar ser este novo modelo de Estado o aprimoramento de um Estado de Direito que, submetido à ordem jurídica, não se limita apenas em apresentar uma legislação balizada e determinada por uma Constituição, pois conta com uma Administração Pública submissa ao princípio da legalidade. É, pois, o Estado cuja ação fica limitada e condicionada pela reserva legal. Doutra banda, mais que o aprimoramento, trata-se da evolução segundo a qual o Estado Democrático, subordinado ao interesse público, não se limita a estampar no corpo legislativo as opções populares, mas principalmente aquele em que Administração Pública está vinculada, invariavelmente, à finalidade de realizar o interesse público, tendo sempre a jurisdição o dever de controlar os atos que extrapolem a própria legitimidade. É a partir desta premissa que se pretende aferir como o advento do Estado Democrático de Direito redesenhou o princípio da legalidade como vértice da atuação da Administração Pública<sup>274</sup>.

O Estado Social de Direito implicou, como visto, a partir da primeira metade do século XX, o reconhecimento e positivação de direitos reflexos aos desenfreados processos socioeconômicos experienciados no período antecessor. Este modelo estatal tratou de deixar o perfil estatal mais interventor, em razão da conjugação entre Estado de Direito e o então denominado Bem-Estar Social (*Welfare State*), questão que, segundo autores como José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum<sup>275</sup>, não deixou de permanecer central no inaugurado modelo do Estado Democrático de Direito. Para os autores, este trata-se, em verdade, do aprimoramento daquele, ou seja, “há como que a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora”. Por esta razão, seria o Estado Democrático de Direito também Social, “mas aprimorado por uma espécie de autoimposição de um conteúdo utópico de transformação do *status quo* rumo a uma sociedade menos desigual, com maior justiça social”.

---

<sup>273</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 46.

<sup>274</sup> Ibid., p. 46.

<sup>275</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 109-110.

De outro lado, identifica-se que o fortalecimento do Estado Social trouxe consigo a problemática da deficiência de seu modelo. Conforme Medauar<sup>276</sup>, a forma de organização política, que ocasionou o aumento das atribuições públicas, mormente com o alargamento da intervenção estatal nos planos social e econômico, trouxe consigo o aumento das inevitáveis “despesas sociais e encolhimento das receitas, o que leva ao aumento das contribuições obrigatórias da população ativa, de regra em número pequeno em relação aos beneficiários da proteção social do Estado”. Iniciam-se, assim, discussões sobre aquilo que a autora identifica como os “limites do sistema de proteção”, suscitados, sobretudo, pela suposta saturação estatal. Igualmente, fala-se, a partir do quadro definido pelo Estado Social, na “ingovernabilidade do Estado”, pois, se de um lado, “aparece como novidade em relação a debates anteriores, pela comum a aceitação da necessidade de crítica do sistema político-social vigente, na prática serve de justificativa, aos governantes, para suas deficiências na solução de problemas”.

Com efeito, o Estado Social de Direito destacava o cumprimento material das necessidades da sociedade. Contudo, o Poder Executivo, alçado à posição de destaque no cenário estatal, não as efetivou de modo a satisfazer, minimamente, as promessas intentadas pela lei. Sobressai daí o Estado Democrático de Direito enquanto elemento cogente de legitimidade ao cumprimento das garantias até então apenas formalmente garantidas. Assevera-se, então, um dos elementos que, na lição de Almiro do Couto e Silva<sup>277</sup>, compõe o Estado Democrático de Direito, a saber, a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais — elemento que, repisa-se, está conjugado à divisão de funções do Estado, à proteção da confiança e à legalidade da Administração Pública. O Estado Democrático de Direito implica, portanto, conforme Taborda<sup>278</sup>, tanto o aspecto da “participação do cidadão (e por isso, democrático) quanto o da justiça material (de direito)”, sobressaindo-se daí o denominado “Estado Subsidiário”<sup>279</sup>, este compreendido como aquele “em que se respeitam os direitos individuais e se reconhece que a iniciativa privada [...] tem primazia sobre a atuação estatal”.

---

<sup>276</sup> MEDAUAR, 2017, p. 90.

<sup>277</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 19.

<sup>278</sup> TABORDA, 2014, p. 116.

<sup>279</sup> Conforme Silvia Faber Torres, o Estado Subsidiário é “resultado da transformação do Estado de bem estar social, hoje em refluxo, o Estado subsidiário firma-se gradualmente como modelo dominante de organização política neste século que se inicia, estabelecendo, por meio do princípio da subsidiariedade, que o justifica, um equilíbrio entre as ideologias interventiva e supressora do poder público na ordem econômica e social, e ensejando a devolução à sociedade das atividades que lhe são inerentes. Ao Estado se atribui, por meio de sua aplicabilidade, uma missão subsidiária, vale dizer, de ajuda, cujo propósito primordial é de encorajar, estimular, coordenar e, em último caso, substituir a ação dos indivíduos e dos grupos sociais”. Nesse sentido: TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no estado de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 46.

Portanto, o Estado Democrático de Direito inaugura esta nova ordem político-social que, ao redefinir os aspectos jurídicos, influenciou significativamente sobre o princípio da legalidade, fins de assegurar, não apenas o cumprimento da lei, mas a realização da justiça. Na lição de Di Pietro<sup>280</sup>, “protesta-se pelo retorno do Estado Legal ao Estado de Direito; quer-se novamente vincular a lei aos ideais de justiça; pretende-se submeter o Estado ao Direito, não à lei em sentido puramente formal”. Por isso é que, conforme a autora, fala-se em Estado Democrático de Direito, pois este abrange, justamente, a participação popular (Estado Democrático) e da justiça material (Estado de Direito). A legalidade administrativa, neste cenário, perde a mística que a vinha envolvendo até então — a qual, aliás, representa sério risco de mistificação do próprio Estado de Direito. Não obstante, inegável é que o advento do Estado Democrático de Direito ocasionou, no cenário jurídico, o aprimoramento dos mecanismos de controle da sociedade em face do próprio Estado. É na compreensão hodierna de Estado Democrático de Direito que, na lição de Couto e Silva<sup>281</sup>, princípios como igualdade, razoabilidade e proporcionalidade “passaram a desempenhar papel de grande importância na definição dos direitos dos indivíduos e na identificação dos limites do poder do Estado”.

Na perspectiva histórica do Estado de Direito, a legalidade assumiu diversas facetas. Se na origem pré-histórica e histórica, a partir de sua afirmação no Estado Liberal de Direito, a lei era vista como a única fonte de legitimação e limitação do poder estatal, é com o surgimento do Estado Social e Estado Democrático de Direito que outras bases são apresentadas como elementos que legitimam a Administração Pública. Tais bases, como visto, se deixam desenhar pelas Constituições contemporâneas e pelo aprimoramento dos mecanismos de controle da Administração Pública, sobretudo aquele que se deixa realizar pelos Tribunais. A lei administrativa passa, novamente, por mutações, culminando naquilo que ora se denomina de princípio da juridicidade. Assim, importa saber o caminho que o princípio da legalidade administrativa trilhou até a superação da noção pela qual deixa de limitar-se como fonte positivista estrita para, em verdade, compor-se de um bloco de legalidade, para que, finalmente, seja possível analisar os limites e as possibilidades de sua utilização quando do controle da Administração Pública. É, por isso, o tema da segunda parte desta pesquisa.

---

<sup>280</sup> DI PIETRO, 2012, p. 26.

<sup>281</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: COUTO E SILVA, 2015, p. 216.

## **SEGUNDA PARTE - PARA ALÉM DA LEGALIDADE ESTRITA: O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE OU BLOCO DE LEGALIDADE NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O Direito Administrativo origina-se de modo a estar vinculado, invariavelmente, a uma posição de controle de poder, justificando-se como sua própria limitação. Deste modo, a Administração Pública encontra no Direito Administrativo o conjunto jurídico-normativo que, ao informar seus deveres e prerrogativas, lhe confere, ao mesmo tempo, legitimidade e limitação. Esta segunda parte deste trabalho pretende analisar o princípio constitucional da legalidade administrativa, desde sua natureza e função, com a análise do sentido e alcance da vinculação no Direito brasileiro e dos delineamentos da denominada crise da lei formal.

Para tanto, está separado em três capítulos, que abordarão o princípio da juridicidade administrativa, fazendo-se um paralelo do sentido da vinculação da Administração Pública à legalidade e à juridicidade para, finalmente, cuidar do tema que concerne à juridicidade e discricionariedade. Finalmente, será realizada a análise da operatividade do princípio da juridicidade no controle da Administração Pública, possibilitando, a partir da análise de julgados e da entrevista com magistrados, denotar, de modo mais preciso, a eficácia e a eficiência da vinculação da Administração Pública àquele princípio.

## 4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

É o Estado de Direito que possibilita o Poder Público, sendo a conjugação do princípio da separação de Poderes com a submissão do Poder Executivo às normas emanadas pelo Poder Legislativo que conferem a autonomia ao Direito Administrativo. É deste arranjo que a legalidade administrativa destacou-se como elemento formal estruturante do Estado de Direito, passando a figurar no ordenamento jurídico brasileiro como princípio fundante da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal). Por isso, é necessário, inicialmente, tratar do(s) significado(s) do princípio da legalidade e dos contornos que levaram à ampliação de seu sentido.

### 4.1 Natureza e função do “princípio da legalidade administrativa”

Foi com revoluções burguesas que a ascensão do Direito Administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica conferiu à legalidade uma posição proeminente. Com o rompimento do elemento subjetivo justificador do poder (conferido, então, ao soberano), conferiu-se à lei o caráter objetivo de determinação de competências. Configura-se, neste cenário, o Estado Administrativo como aquele que, no signo dos poderes conferidos ao Poder Público, encontra no Direito Administrativo e, igualmente, na Administração Pública, a conformidade legitimadora de seu agir. Este ramo da ciência jurídica é concebido como a institucionalização do controle formal e material da atividade dos poderes públicos, sendo este seu eixo central, a partir do qual oscilam outros conceitos que destinam-se, não apenas a garantir o pleno funcionamento de órgãos e agentes públicos, mas, principalmente, a garantir que as pessoas privadas tenham respeitados os seus direitos, impedido o agir arbitrário da Administração.

A finalidade do Direito Administrativo, segundo Egon Bockmann Moreira<sup>282</sup>, é de “tornar oficial e positivamente arraigado o controle jurídico-institucional do poder administrativo do Estado”. Resulta daí a ideia de que o Estado, “que administra a moeda, cobra impostos e exerce o monopólio da violência, deve ter as suas competências minuciosamente disciplinadas em normas jurídicas”. Assim, foi o Direito Administrativo que fez da atividade do Estado uma atividade jurídico-administrativa de tal modo que não há de se falar em Administração Pública aquém ou além do Direito e da lei. O poder estatal torna-se “nada mais

---

<sup>282</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de Omissis a Hiperativo, **REI - Revista. Estudos Institucionais**, volume 3, 2017, p. 156-157.

do que o dever definido pela lei: a competência para a prática de atos administrativos, em outras palavras”.

O Direito Administrativo determina-se, conforme visto, por normas jurídicas que são princípios. Para autores como Hartmut Maurer<sup>283</sup>, “o mais importante é, seguramente, o princípio da legalidade da administração”. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>284</sup>, para quem a legalidade é “o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”. É inegável, portanto, que o princípio da legalidade, por estar intrinsicamente ligado à atividade objetiva da Administração Pública, tem lugar destacado nos estudos de Direito Público. De outro lado, vê-se que a definição que a doutrina tradicionalmente vem alcançando ao princípio da legalidade, ou seja, o sentido que a lei expressa na Administração Pública não estremeceria de dúvidas. Como adverte Eisenmann<sup>285</sup>, “dizer que a Administração deve respeitar a lei, observá-la como uma norma superior que a obriga, resignar-se a ela, dizer que a ela está sujeita ou subordinada, que em consequência seus atos devem ser legais” não pode redundar na enunciação de proposições perfeitas, acabadas e irredutíveis sob o ponto de vista de que nenhum outro esclarecimento seria possível reclamar ou admitir em razão da legalidade. Para o autor, os administrativistas, já metade do século XX, costumam explicar a legalidade em poucas palavras, todas no sentido antes aventado, sem ao menos “evocar as dificuldades a sobrepujar, isto é, a escolha a ser feita entre muitas acepções ou definições, que seriam mais ou menos divergentes umas das outras, mas em si igualmente defensáveis”. Por esta razão é que há de se compreender que a legalidade administrativa não possui — como habitualmente faz propor a doutrina, inclusive a contemporânea — uma concepção adquirida e inalterável. Pelo contrário, encontra-se em profundas e constantes mutações, afinando e desafinando na ode do Direito Administrativo.

A superioridade da lei nos termos que fundamentam o Direito remonta a Aristóteles<sup>286</sup>. Na sociedade greco-romana, a lei era condição ao justo: “como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente que os atos conforme a lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei”. A justiça, por sua vez, “é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa”. Para atingi-la, enquanto virtude inteira, há de se cumprir a lei, pois justo

---

<sup>283</sup> MAURER, 2001, p. 45.

<sup>284</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.

<sup>285</sup> EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 56. Rio de Janeiro: FGV, 1959, p. 47-48.

<sup>286</sup> ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 100.

“é aquele que cumpre e respeita a lei e é probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo”. A lei, contudo, desde Aristóteles já sofre temperanças, sobretudo a partir do seu critério de justiça corretiva<sup>287</sup>. O sistema jurídico da Grécia antiga, uma das principais fontes histórias da ciência jurídica, traz indicativos da posição que a lei ocupava nas suas instituições. Para os pensadores gregos, *nomos*, geralmente traduzida por “lei”, era a fonte do Direito. Conforme John Gilissen<sup>288</sup>, a noção de lei aparece em Hesíodo (século VII a.C.), sendo Píndaro (século V a.C.) quem dirá que “a lei é a rainha de todas as coisas”. A *nómoi*, assim, era coisa comum, regulada e idêntica a todos, e almejava o justo e o belo. Não obstante, desde então é que já se vislumbrava a lei como “modo de limitar o poder da autoridade, porque a liberdade política consiste em não ter que obedecer senão à lei”<sup>289</sup>.

Mas, como visto, o princípio da legalidade deriva da filosofia política do movimento liberal, principalmente com a expressão encontrada no *Bill of Rights*, de 1689, após a Revolução Gloriosa, que afirmou a supremacia do parlamento e o império da lei. Com efeito, o princípio da legalidade se destaca a partir do triunfo do parlamento britânico em relação às demais instituições políticas, tendo o modelo político britânico, com o equilíbrio jurídico-institucional

---

<sup>287</sup> Não obstante, em *Ética à Nicômaco*, o autor faz sua primeira distinção sobre o injusto particular, diferenciando a partir de um critério de intemperança. Para Aristóteles, “a existência de injustiça é indicada pelo fato de que o homem que mostra em seus atos outras formas de deficiência moral, de fato age de forma errada, mas não gananciosamente (por exemplo, o homem que, em combate, atira ao chão o seu escudo por covardia, que fala asperamente por mau humor, ou deixa de ajudar com dinheiro um amigo por avareza): o ganancioso na maior parte das vezes não mostra nenhum desses vícios, e muito menos todos juntos, mas sem dúvida revela certa espécie de maldade (por isso o censuramos) e de injustiça. Há, portanto, uma outra espécie de injustiça que é parte da injustiça em geral, e um dos sentidos da palavra “injusto” que corresponde a uma parte do que é injusto no sentido amplo de “contrário à lei”. Por outro lado, se um homem comete adultério pensando em obter proveito e ganha dinheiro agindo dessa forma, enquanto outro o faz impelido pelo apetite, embora perca dinheiro e sofra com o seu ato, este último deveria ser considerado intemperante e não ganancioso; e o primeiro é injusto, mas não intemperante, pois está claro que ele é injusto por querer lucrar com o seu ato. Acresce que todos os outros atos injustos são sempre atribuídos a alguma espécie particular de deficiência moral (por exemplo, o adultério à intemperança, o abandono de um companheiro em combate à covardia, a violência física à cólera), mas se um homem tira proveito de sua ação graças a um ato injusto, sua ação não é atribuída a nenhuma outra forma de maldade que não a injustiça. É evidente, então, que além da injustiça no sentido amplo, existe uma injustiça em um sentido particular, que participa do nome e da natureza da primeira, porque sua definição se inclui no mesmo gênero”. O conceito de justiça, portanto, sempre apresentou temperamentos. Para Aristóteles, a justiça pode ser corretiva, pois “com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou ao contrário, e nem se é um homem bom ou mau que comete adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, perguntando apenas se uma comete e a outra sofre injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito. Sendo, então, esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que uma pessoa é ferida e a outra infligiu um ferimento, ou uma matou e a outra foi morta, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos, e o juiz tenta igualar as coisas por meio da pena, subtraindo uma parte do ganho do ofensor”. Nesse sentido: ARISTÓTELES, 2001, p. 102-103.

<sup>288</sup> GILISSEN, John. **Introdução história ao Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 75-76.

<sup>289</sup> Gilissen assinala, no entanto, que “na prática, os Gregos fizeram poucas leis, no sentido romano e moderno do termo; porque o *nómos* designa tanto o costume como a lei. Serão os Romanos os primeiros que virão a distinguir, duma maneira precisa, o sentido de cada uma dessas duas fontes de direito”. Nesse sentido: *Ibid.*, p. 75-76.

por ele provocado, se difundido como marca do pensamento liberal europeu. Deste contexto é que emerge o contributo de Montesquieu<sup>290</sup>, quando relaciona as espécies de governo a partir do modo como a lei as define: no republicano, o povo, detentor do poder soberano, elabora suas próprias leis; no monárquico, um só governa, mas mediante leis fixas e estabelecidas; no despótico, onde não há lei ou regras, apenas um tudo impõe, a depender de sua vontade e caprichos. Portanto, é a legalidade que fundamenta as espécies de governo republicano e monárquico e, no sentido contrário, é a ausência dela que identifica um governo despótico. A lei é instrumento de certeza e liberdade, e só possui força porque estatui sobre todos<sup>291</sup>. Nas democracias, “o povo parece fazer o que quer”, mas “a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer”, justamente porque num Estado, ou seja, “numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”. A liberdade, em Montesquieu<sup>292</sup>, “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.

A legalidade da Administração Pública é produto da tese da separação dos poderes, inclusive do modelo de equilíbrio proposto por Montesquieu, pelo qual há três tipos de poder em cada Estado: o poder legislativo, responsável pela feitura das leis e correção das preexistentes, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, sendo o poder executivo do Estado, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil, ou seja, o poder de julgar. Para o autor, “com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas”. Com o poder executivo, “ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões”. Com o poder de julgar, “ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares”. A separação de poderes é condição à defesa da liberdade, pois “quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade”. Da mesma forma, não há liberdade “se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo”, porquanto “se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”. Se unido ao poder executivo, “o juiz poderia ter a força de um opressor”. O poder legislativo, em Montesquieu, identifica-se como expressão da vontade geral do Estado, ao passo que o poder executivo é a execução dessa vontade geral. Nesta acepção, emerge a legalidade administrativa como aparato pelo qual as leis, enquanto expressão da vontade geral e da razão humana, “são

---

<sup>290</sup> MONTESQUIEU, 1996, p. 19.

<sup>291</sup> Ibid., p. 213.

<sup>292</sup> Ibid., p. 166.

os olhos do príncipe, vendo ele por elas o que não poderia ver sem elas”. A lei é a expressão racional<sup>293</sup> da vontade geral, sendo nela que o poder executivo encontra seu critério de decisão, a fim de garantir a liberdade, já que esta consiste em fazer aquilo permitido pela lei. Na lição de Sundfeld<sup>294</sup>, percebe-se, de um lado, que a vinculação do Estado à lei, fins de ser efetiva, “exige que, dentro dele, uma mesma autoridade não seja incumbido de fazer a lei e de, ao mesmo tempo, aplicá-la”. Do contrário, “ao fazer a aplicação, poderia alterar a lei anteriormente feita”.

Completa a tríade a necessidade da presença de outra autoridade, diversa das demais, “para julgar as eventuais irregularidades da lei e de sua aplicação”, ou seja, “as funções de fazer as leis (legislar), aplicá-las (administrar) e resolver os conflitos (julgar) devem pertencer a autoridades distintas e independentes”. Trata-se, pois, da separação de Poderes, elemento que, como visto, estrutura materialmente o Estado de Direito, assim como o faz a legalidade da Administração Pública<sup>295</sup>. Konrad Hesse<sup>296</sup>, a propósito, entende que a ordem democrática “representa uma ordem de domínio estatal-jurídica sobre as bases da autodeterminação do povo segundo a vontade da respectiva maioria, da liberdade e da igualdade”, e deve possuir como princípios fundamentais, pelo menos, o respeito aos direitos “concretizados na Lei Fundamental”, a soberania popular, a divisão de poderes, a responsabilidade do governo, a submissão da Administração à lei, a independência dos tribunais, o princípio do pluripartidarismo e a igualdade de oportunidades para todos os partidos políticos com direito à formação e exercício constitucional de uma oposição.

---

<sup>293</sup> Tomás de Aquino, no século XIII, questiona, no Artigo 1 da *Suma teológica*, se a lei é algo da razão, partindo da sua negativa: “[...] parece que a lei não é algo da razão. 1. Com efeito, diz o Apóstolo na Carta aos Romanos: “Vejo outra lei em meus membros” etc. Ora, nada que é da razão está nos membros, porque a razão não usa de órgão corporal. Logo, a lei não é algo da razão. 2. Além disso, não há na razão senão potência, hábito e ato. Ora, a lei não é a própria potencia da razão. Do mesmo modo também não é algum hábito da razão, pois os hábitos da razão são as virtudes intelectuais, das quais se tratou acima. Também não é um ato da razão, pois ao cessar o ato da razão, a lei também cessaria, por exemplo nos que dormem. Logo, a lei não é algo da razão. 3. Ademais, a lei move aqueles que a ela estão sujeitos para agir retamente. Ora, mover a agir pertence propriamente à vontade, como se evidencia do que foi preestabelecido. Logo, a lei não pertence à razão, porém mais à vontade, segundo o que também afirma o Jurisconsulto: “O que foi do agrado do príncipe, tem vigor de lei”. No entanto, considera possível o sentido contrário: “[...] pertence à lei o preceituar e o proibir. Ora, ordenar é da razão, como cima se sustentou. Logo, a lei é algo da razão. RESPONDO. A lei é certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação. Diz-se, com efeito, “lei” “do que deve ser ligado”, pois obriga a agir. A regra e a medida dos atos humanos é, com efeito, a razão, a qual é o primeiro princípio dos atos humanos, como se evidencia do que já foi dito; cabe, com efeito, à razão ordenar o fim, que é o primeiro princípio do agir, segundo o Filósofo. Em cada gênero, com efeito, o que é princípio é medida e regra desse gênero, como a unidade no gênero do número, e o primeiro movimento no gênero dos movimentos. Daí resulta que a lei é algo que pertence à razão”. Nesse sentido: TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. V. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 521-522.

<sup>294</sup> SUNDFELD, 2017, p. 38.

<sup>295</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 19.

<sup>296</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 117.

A legalidade é, por excelência e historicamente, a fonte legitimadora e limitadora do poder estatal, sobretudo da Administração Pública. O governo não é atividade livre da legislação, senão submetida a ela, e se o Poder Executivo ou Governo pode juridicamente ter alguma liberdade para atuar, isto só ocorre em razão do que permite o Parlamento. Assim, sempre que se analisar as faculdades conferidas ao Poder Executivo — sejam elas vinculadas ou discricionárias — deve-se partir da ideia de que esta faculdade não prescinde da regulação legislativa. Não se trata, conforme Gordillo<sup>297</sup>, de atividades postas num plano de igualdade com a lei, mas de subordinação. O sentido e a intenção constitucional não é a de que o Poder Executivo seja seu próprio legislador, razão pela qual tais faculdades estão, inexoravelmente, submetidas à lei. Por isso, a lei administrativa é, conforme Fernando Facury Scaff<sup>298</sup>, preceito de interdição, ou seja, “de proibição à realização de desejos e de uma dada pessoa ou conjunto de pessoas”. É, pois, uma interdição coletiva imposta pela sociedade a ela mesma, buscando-se a sobrevivência na autolimitação de seus desejos.

O conceito do princípio da legalidade é amplo e, muitas vezes, ambíguo. Ainda assim, é possível extrair seu sentido razoável a partir do entendimento da doutrina administrativista. No plano nacional, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>299</sup> define a legalidade como o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, sendo consequência dele. Para o professor, o princípio implica a “completa submissão da Administração às leis”, tendo ela dever de tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí, prossegue, que a atividade da Administração Pública, através de todos seus agentes (do Presidente da República até o mais modesto dos servidores) “só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro”.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>300</sup> entende ser a legalidade administrativa uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, pois a lei não apenas os define, mas também estabelece limites à atuação administrativa “que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”. Surge daqui a noção segundo a qual, na relação administrativa, “a vontade da Administração Pública é a que decorre

---

<sup>297</sup> GORDILLO, 2003, p. 186.

<sup>298</sup> SCAFF, Fernando Facury. Quando as medidas provisórias se transformam em Decretos-Leis ou Notas sobre a reserva legal tributária no Brasil. In: **Justiça Constitucional e Tributação**, São Paulo, Dialética, 2005, p. 47.

<sup>299</sup> MELLO, 2015, p. 104.

<sup>300</sup> DI PIETRO, 2018, p. 95.

da lei”. A legalidade, tida para Carvalho Filho<sup>301</sup> como “certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”, está contida, na lição de Moreira Neto<sup>302</sup>, no princípio da juridicidade (o qual será objeto de análise no capítulo seguinte). Para o autor, é pela legalidade que o Estado se autolimita, garantindo à sociedade, que o criou, mantém, organiza e dirige, a certeza jurídica. Esta, aliás, é a marca da legalidade: dar concreção, ao lado da proteção da confiança, à segurança jurídica<sup>303</sup>.

Nesse sentido, José Manuel Sérvulo Correia<sup>304</sup> compreende que a legalidade é fato sociológico, pois toda a sociedade controla, em certa medida, o poder estatal, institucionalizando fatores sócio-éticos de pressão em relação às autoridades, independentemente da estruturação política adotada pelo modelo a que está submetida. A legalidade, portanto, apresenta-se como “princípio regulador da conduta dos órgãos de mando”, principalmente nos Estados que, sob a influência das matrizes ideais e institucionais procedentes da Revolução Francesa, têm na limitação do poder, enquanto categoria filosófico-jurídica, a inspiração à afirmação, pelo poder constituinte, da legalidade nos textos constitucionais. Ainda assim, prossegue, “é manifesta a polissemia do princípio da legalidade, que assume conteúdos diferentes (embora relacionados) consoante os sectores do Ordenamento Jurídico a que preside”. Tocante ao desempenho das funções estatais, Correia constata que a aceção mais frequente incide na relação travada entre a lei e a atividade administrativa, correspondendo à exigência “de que os actos da Administração encontrem o seu fundamento justificativo numa norma jurídica precedente ou, ao menos, que não contrariem os comandos emitidos sob tal forma”.

A submissão da Administração Pública à lei é expressão fundamental do Direito Administrativo. Várias são as razões que justificam a sujeição da organização e atividade administrativa à legislação, de acordo com as fases históricas da evolução constitucional. Sabino Cassese<sup>305</sup> identifica pelo menos duas fases que justificam a submissão da

<sup>301</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 248.

<sup>302</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 85.

<sup>303</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 27-30.

<sup>304</sup> CORREIA, 1987, p. 17.

<sup>305</sup> CASSESE, Sabino. **Trattato di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 213-214. No original: “*Diverse sono le ragioni della sottoposizione dell’organizzazione e dell’attività amministrative alla legge, a seconda delle fasi storiche dell’evoluzione costituzionale. In una prima fase, quella del cosiddetto dualismo tra Parlamento e governo, in cui tali poteri erano separati e contrapposti, affermare che il potere amministrativo può svolgersi nell’ambito delle determinazioni della legge, voleva dire sottoporre il governo, che è al vertice dell’amministrazione, al vincolo delle norme dettate dal Parlamento. Dunque, in questa fase, il principio di legalità aveva il significato di limite parlamentare dell’attività governativa. Nella fase seguente, detta della parlamentarizzazione dello Stato, il principio di legalità ha assunto, invece, un significato diverso, quello del primato della legge sull’atto amministrativo. Questa evoluzione corrisponde allo sviluppo del*”

Administração Pública à lei formal. Numa primeira fase, a qual denomina de dualismo entre Parlamento e governo, estes poderes foram separados e contrapostos. Neste sentido, dizer que “o poder administrativo pode se desenvolver no âmbito da determinação da lei, significa submeter o governo, que é a vértice da Administração, à vinculação das regras ditadas pelo Parlamento”. Nesta fase, o princípio da legalidade era a limitação parlamentar da atividade governamental. Na fase seguinte, identificada pelo autor como a “parlamentarização” do Estado, o princípio da legalidade assumiu um significado diferente, o da primazia da lei sobre o ato administrativo, evolução que corresponde ao desenvolvimento do sistema constitucional. Com efeito, com a extensão do sufrágio, a relação entre o Parlamento e o governo muda de tal forma que passa a inexistir justaposição entre o legislativo e o executivo, senão a subordinação do governo ao Parlamento, em razão da investidura popular.

O princípio da legalidade assume, pois, um duplo papel, o que coaduna com a pioneira lição de Otto Mayer<sup>306</sup> quando afirma que o aludido princípio compõe-se de dois sentidos: legalidade como reserva da lei e legalidade como primazia ou preferência da lei. Esta diz da vinculação da Administração às leis já existentes, pela qual as autoridades administrativas possuem a tarefa de executar as leis. Aquela exige um fundamento e autorização legal para que a Administração torne-se ativa<sup>307</sup>. Estes sentidos, considerados por Itiberê de Oliveira Rodrigues<sup>308</sup> como subprincípios da legalidade, e condicionam a atividade pública à lei.

#### 4.1.1 Legalidade como conformidade ou reserva de lei

O subprincípio da legalidade como reserva de lei deriva da noção de que a atividade administrativa deve encontrar referência no Direito vigente. Trata-se, com efeito, da manifestação mais genuína da legalidade, na concepção surgida, pelo menos, desde o Estado liberal<sup>309</sup>, através da qual o Poder Público e, especificamente, a Administração Pública se encontra sujeita àquilo que antecipadamente foi determinado pelo Poder Legislativo. Para Mayer<sup>310</sup>, a legalidade como reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) implica a exigência de que o ato administrativo seja praticado pela Administração Pública na exata correspondência da

---

*sistema costituzionale. Infatti, con l'estensione del suffragio, muta il rapporto tra Parlamento e governo. Non vi è più contrapposizione tra legislativo ed esecutivo, ma subordinazione del governo al Parlamento, in forza dell'investitura popolare di quest'ultimo”.*

<sup>306</sup> MAYER, 1949, p. 95-106.

<sup>307</sup> MAURER, 2001, p. 43.

<sup>308</sup> RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54-89. No mesmo sentido: TORRES, 2012.

<sup>309</sup> TORRES, 2012, p. 13.

<sup>310</sup> MAYER, op. cit., p. 95-106.

previsão de legal vigente. Compõe-se, assim, a noção clássica dos direitos fundamentais ou direitos de liberdade, pelos quais aos cidadãos é devida a proteção da liberdade pessoal, inviolabilidade da propriedade, mediante a expressa ou implícita reserva legal ou com fundamento direto da lei. Mayer<sup>311</sup> entende que determinados atos estatais, a depender de seu conteúdo, estão sujeitos à lei e, neste sentido, apenas são conformes ao Direito se editados calcado na legislação. Assim, se “a lei dá à justiça o fundamento indispensável de sua atividade, não há sentença senão sobre a base de uma regra de direito”, pois *nulla poena sine lege*. Doutra banda, “não é possível manter a administração em uma dependência tão completa”. Por tal razão, somente para certos objetos, particularmente importantes, “se fez da lei constitucional uma condição indispensável da atividade do Estado”. Nos demais casos, o Poder Executivo se encontra livre, podendo atuar conforme sua própria força, e não em razão da lei. É desta exclusão da iniciativa do executivo, que existe nos objetos especialmente apontados, que o autor denomina de “reserva da lei”.

Por reserva legal compreende-se os atos da Administração Pública que submetem expressamente à lei. Conforme Sérvulo Correia<sup>312</sup>, a reserva de lei, aferível já no período da monarquia constitucional, possui seu âmbito duplamente limitado. De um lado, “respeita apenas às intervenções ablativas do Estado no plano das liberdades e da propriedade (*Eingriffsvorbehalt*)”; doutro, “aplica-se só às relações gerais de poder, porque as relações especiais de poder (*besondere Gewaltverhältnis*) são olhadas como um espaço de actuação interna do Estado subtraído à ordenação pelo Direito”. Por tal razão é que a doutrina alemã passou a se dividir em quatro posições distintas quanto ao âmbito da reserva de lei. Num primeiro grupo minoritário, entende-se que se mantém o âmbito tradicional. No segundo estão aqueles que, muito minoritariamente, consideram extinta a reserva legal, remanescendo apenas algumas reservas especiais próprias de determinados direitos fundamentais. No terceiro grupo, os que sustentam que a reserva é total, abrangendo então todos os setores e planos de cada setor da atividade administrativa. Por fim, e maioritariamente, os que defendem que o âmbito tradicional da reserva de lei alargou-se, mas sem que se tenha ainda atingido o estágio de reserva total. Para este grupo, a função da reserva é garantir a liberdade de atuação e a propriedade das

---

<sup>311</sup> MAYER, 1949, p. 97-98. No original: “2. *La ley da a la justicia el fundamento indispensable de su actividad; no hay sentencia sino sobre la base de una regla de derecho; nulla poena sine lege. A la administración, en cambio, no es posible mantenerla en una dependencia tan completa. En consecuencia, sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta exclusión da la iniciativa del ejecutivo - existente para esos objetos especialmente señalados -, la reserva de la ley*”.

<sup>312</sup> CORREIA, 1987, p. 20-22.

pessoas, de forma que a esfera individual assim composta só possa ser atingida por atos ablativos mediante uma autorização legal.

É, portanto, a concepção da vinculação positiva, pela qual a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina. Com efeito, é este o sentido que predomina na aplicação do Direito Administrativo brasileiro, o que vem unguendo, incessantemente, na célebre frase de Hely Lopes Meirelles<sup>313</sup>, pela qual “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Para o particular, segue Hely, a lei significa “pode fazer assim”, mas para o administrador significa “deve fazer assim”. A lei, aqui, é limite e fundamento da ação administrativa. Para Torres<sup>314</sup>, a vinculação positiva da Administração Pública à lei possui dois significados distintos e variáveis a depender do grau de intensidade. Inicialmente, pode significar que “a atuação dos órgãos públicos subordina-se ao que expressamente está autorizado na lei”, sendo inválido o ato que não tenha sido autorizado previamente pelo Poder Legislativo, bem como “qualquer poder regulamentar na ausência de lei, o que torna ilegítimo o chamado regulamento autônomo”. Doutra banda, num sentido mais forte, a vinculação positiva “evidencia a predeterminação em sua forma e conteúdo pelas normas legais”. Este modelo, no entanto, que não foi aceito por completo no direito alemão (no qual a ausência de leis que definissem os contornos do poder administrativo representava, em princípio, margem de liberdade de ação), “esmaece no Estado de Direito hodierno, desaparecendo, como desapareceram, em face da superação do Estado liberal e da crise da lei formal, as condições que a justificavam”.

Com as crescentes atribuições conferidas às Administrações Públicas, ao longo do século XX, e com a constitucionalização e principialização, como visto, de suas atividades, novas relações políticas, econômicas e sociais culminaram, de fato, na hipertrofia e na crise da legalidade (conforme se verá oportunamente), com a consequente utilização de mecanismos que conduzissem à sua flexibilização, “em especial as delegações atípicas e a abertura de espaço desmensurado à discricionariedade administrativa”. Não obstante, mesmo em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, em que a Constituição Federal reserva determinadas matérias à lei parlamentar<sup>315</sup>, apresentam-se indeterminações quanto à reserva legal, principalmente porque

---

<sup>313</sup> MEIRELLES, 2016, p. 93.

<sup>314</sup> Ibid., p. 14.

<sup>315</sup> São vários os dispositivos constitucionais que reservam expressamente certas matérias à lei. Apenas para ilustrar, constata-se que a expressão “*lei disporá*” é encontrada vinte e três vezes no texto constitucional, ao passo que “*nos termos da lei*” possui quarenta e três referências. Cita-se, a título de exemplo, o art. 48 (que atribui ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União, para além de dezessete incisos com matérias especiais). No mesmo sentido, matérias de reserva de lei complementar, conforme arts. 146, 163, 192, de lei orgânica, conforme art. 29, ou mesmo lei ordinária.

“lei e reserva legal não são conceitos intercambiáveis”. Para Torres, “a definição do âmbito jurídico do regulamento normativo e do seu grau de vinculação à lei são problemas concernentes assim à política legislativa, que fica ao sabor das vicissitudes das necessidades sociais e econômicas”. Logo, a fim de racionalizar e definir, no máximo possível, o alcance da reserva legal e a amplitude do espaço normativo (o qual deve guardar referência com a lei), costuma-se classificar a reserva legal em (a) absoluta ou relativa, (b) formal ou material e (c) qualificada ou não-qualificada.

A reserva de lei absoluta exige o esgotamento total de determinada matéria pelo legislador, sem que reste qualquer espaço para atuação discricionária daquele que irá aplicá-la. Conforme Alberto Xavier<sup>316</sup>, “numa reserva absoluta, a lei deve conter o fundamento e a totalidade dos critérios de decisão, no caso concreto, não conferindo ao agente qualquer margem de liberdade na sua aplicação”. Esta exigência de esgotamento, pelo legislador, de toda a esfera de regulação, decorre, na lição de Clèmerson Merlin Clève<sup>317</sup>, da singular importância da matéria expressamente indicada pelo constituinte, o que, por consequência, torna ainda mais insignificante o “papel normativo acessório do Chefe do Executivo ou da Administração”. A reserva absoluta, para Silvia Faber Torres<sup>318</sup>, possui dois obstáculos intransponíveis: a indeterminação da linguagem e a riqueza da vida. Com o primeiro, ocorre que “a vinculação dos poderes públicos à lei não pode exceder as possibilidades linguísticas nem esperar que a linguagem seja inteiramente enclausurada no preceito normativo”. Com efeito, a lei, ao pressupor o conhecimento criador do aplicador, inviabiliza, por si só, a concretude integral da norma pelo legislativo. Com a riqueza da vida decorrem “casos que não se subsumem a uma lei demasiado rígida ou casuística”, pois em muitos momentos o legislador não possui aptidão de incluir todas as circunstâncias a serem reguladas<sup>319</sup>. Emerge, então, a reserva relativa, pela qual a reserva legal passa a admitir uma “atuação subjetiva integradora do aplicador da norma ao dar-lhe concreção”. Canotilho<sup>320</sup>, aliás, afirma que “todas as reservas são relativas porque deixam aos órgãos concretizadores (administrativos ou jurisdicionais) uma margem maior ou menor de intervenção”.

---

<sup>316</sup> XAVIER, Alberto. Legalidade e tributação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, jul/dez, 1978, p. 332.

<sup>317</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo et al. Vedação de propaganda institucional em período eleitoral. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7193>>.

<sup>318</sup> TORRES, 2012, p. 13.

<sup>319</sup> Não é o caso, por exemplo, da legalidade penal, pois a definição de crimes submete-se à reserva absoluta, não havendo crime sem lei anterior que o define, nem pena sem previa cominação legal, consoante comando constitucional do art. 5º, XXXIV.

<sup>320</sup> CANOTILHO, 2003, p. 728.

A reserva de lei pode ser material ou formal. Nesta, exige-se a lei formal para regulamentar a matéria prevista constitucionalmente. Naquela, não há exatamente a necessidade de lei formal, votada pelo legislativo, sendo admissível a previsão da matéria através de ato normativo, como, por exemplo, a partir de Medida Provisória. Por fim, a reserva de lei pode ser qualificada ou não-qualificada, critério este que se insere na sara dos direitos fundamentais. Para Mendes e Branco<sup>321</sup>, a reserva legal qualificada (ou restrição legal qualificada) ocorre “quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”. É o que acontece, por exemplo, em relação ao art. 5º, XII, da Constituição da República, pelo qual se exige lei para a fixação de hipóteses de exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. Neste caso, a lei deverá respeitar o que define o próprio comando constitucional, só sendo possível a quebra do sigilo a partir de ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Por outro lado, a reserva legal simples é averiguada quando exige-se lei para eventual restrição de direito, ou quando o constituinte simplesmente defere ao legislador atribuições de significado instrumental, procedimental ou conformador/criador do direito. É o que ocorre, por exemplo, no art. 5º, VII, pelo qual se assegura, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Portanto, a noção da legalidade como reserva de lei é, para Eisenmann<sup>322</sup>, uma relação de conformidade. Isto porque a “norma segundo a qual os atos administrativos devem ser legais, a afirmativa de que a Administração está presa pela lei, a está submetida, que a lei lhe é superior, a ela se impõe” representa, pelo menos, que um órgão administrativo não pode fazer algo “que seja contrário a uma norma vigente da legislação, incompatível com uma tal norma”. Neste sentido, se “a Administração deve atuar legalmente”, apenas de forma compatível com o sistema das normas legislativas é que pode agir, ou seja, “que não desconheça, não contradiga, não fira ou não infrinja dispositivo algum da lei”. Imprescindível, portanto, é considerar que se uma norma legislativa determina certo ato, ou certo modo de agir, deve o administrador público executar o ato, ou seguir o modo prescrito. Da mesma forma, se a norma proíbe a realização de certo ato ou modo de agir, o administrador não o deve executar, e sim absterem-se. É, portanto, o princípio de conformidade que “postula a existência da regulamentação-modelo como

---

<sup>321</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 924.

<sup>322</sup> EISENMANN, 1959, p. 54-55.

condição necessária para cada ato”, de modo que “a ausência de regulamentação impede *a priori* que possa ser satisfeito”.

#### 4.1.2 *Legalidade como compatibilidade/preferência/primazia/preeminência de lei*

As relações entre a lei e a função administrativa é, conforme visto, polivalente, razão pela qual a legalidade administrativa, de outro lado, pode significar preferência de lei, primazia de lei, preeminência de lei, primado de lei, enfim, expressões sinônimas que representam a legalidade como compatibilidade. Através deste conceito, afirma-se a legalidade como princípio de hierarquia normativa, colocando-se não como condição previa à atuação estatal, senão como limitação que decorre da existência de lei anterior ou posterior que disponha sobre determinada matéria<sup>323</sup>. A preferência de lei (*Vorrang des Gesetzes*), para Otto Mayer<sup>324</sup>, torna a legalidade irrefragável, pois o “ato legislativo emitido segundo a forma constitucional se sobrepõe a todas as outras atividades do Estado, como vontade superior e juridicamente mais forte”. Ou seja, quando a vontade do Estado tem tal origem, não deve ser validamente anulada, modificada ou privada de seus efeitos por nenhuma outra via. Contudo, ela anula todos os atos já emitidos em nome do Estado que lhe contrariem, pois está vinculada às leis que existem no ordenamento.

Consequentemente, se o mandamento legislativo não está editado, podem os atos infralegais tratar sobre as matérias a ele não reservadas. Da superveniência legal, bem como da preexistência, é que emerge a superioridade e consequente subordinação dos atos normativos hierarquicamente inferiores<sup>325</sup>. O princípio da legalidade como compatibilidade se manifesta como limite negativo da atividade estatal, de modo que o que se exige da Administração Pública é, única e exclusivamente, “que não se extravasem os limites traçados na lei”. Assim, conforme Eisenmann<sup>326</sup>, o princípio de compatibilidade “permitirá à Administração fazer tudo o que não lhe seja, de uma forma ou de outra, interdito pela lei”. Logo, a compatibilidade é bem menos estrita a conformidade, em que os atos da Administração, consoante Correia<sup>327</sup>, “não devem contrariar as normas legais que se lhes aplicam”. Acentua-se esta noção no Estado organizado

<sup>323</sup> GARCIA DE ENTERRIA; FERNANDEZ, 2014, p. 230.

<sup>324</sup> MAYER, 1949, p. 95. No original: "1. Del mismo modo que la ley antigua respecto de la justicia, el acto legislativo emitido en la forma constitucional está colocado por encima de toda otra actividad del Estado, como voluntad superior y jurídicamente más fuerte: la ley es irrefragable. En otros términos: cuando la voluntad del Estado tiene ese origen, no puede ser válidamente anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra vía; por otro lado, ella anula todos los actos ya emitidos en nombre del Estado, que le sean contrarios. Nosotros llamamos a esta fuerza la preferencia de la ley".

<sup>325</sup> TORRES, 2012, p. 19-20.

<sup>326</sup> EISENMANN, 1959, p. 57.

<sup>327</sup> CORREIA, 1987, p. 18-20.

desde a lógica da separação dos poderes, em que o princípio da legalidade como compatibilidade contém um significado específico de reconhecimento da exclusividade ou primazia da competência normativa do poder legislativo em relação a determinadas matérias particularmente relevantes à vida dos cidadãos. Ou seja, “a precedência do parlamento na criação da lei material reflecte-se na superioridade hierárquica da lei formal”.

Segundo Itiberê de Oliveira Rodrigues<sup>328</sup>, o princípio da primazia ou supremacia da lei “determina que todos os atos estatais emanados na forma de lei possuem primazia ou supremacia em relação a todos os demais atos estatais infraconstitucionais”, tais como os decretos, instruções, portarias e circulares da Administração Pública. Logo, uma lei não pode ser revogada ou modificada por qualquer destes outros atos. No mesmo sentido, no que se refere às atividades da Administração Pública, é pela primazia ou supremacia da lei que ela “não pode substituir os comandos legais por suas próprias decisões”, ou seja, somente pode agir *secundum legem* ou *praeter legem*, nunca *contra legem*, sob pena de ter invalidado seus atos. Compreende-se, assim, que o princípio da primazia, num sentido negativo, proíbe a infração contra leis existentes, enquanto que o princípio da reserva pede, positivamente, um fundamento legal que autorize a atividade administrativa<sup>329</sup>. No entanto, como anota Itiberê Rodrigues, os dois subprincípios da legalidade “não são dois componentes estanques”, pois, pelo contrário, “estão em conexão um com o outro”. É o que ocorre quando o sistema constitucional reconhece à Administração Pública uma competência normativa autônoma, ou seja, “uma competência normativa não sujeita ao princípio da reserva legal”. Nestes casos, o princípio da legalidade como compatibilidade desenvolve, concomitantemente, um efeito indireto de reserva legal, exatamente porque se algo é regulado por meio de lei formal, é apenas por nova lei formal que se poderá revogar ou modificar a situação anterior<sup>330</sup>.

#### 4.2 O princípio da legalidade administrativa no Direito brasileiro

Demais dos vários significados que o princípio da legalidade revelou, como já visto, antes mesmo do alvorecer do Estado de Direito, há de se compreender as diversas facetas que a lei também assumiu na evolução histórica do Direito Administrativo brasileiro. Para tanto,

---

<sup>328</sup> RODRIGUES, 2005, p. 55-56.

<sup>329</sup> MAURER, 2001, p. 63

<sup>330</sup> Situação que ocasiona um obstáculo intransponível naquilo que Itiberê Rodrigues denomina de “reserva do Executivo” ou “reserva da Administração”. Com efeito, diante da conjugação dos subprincípios da legalidade administrativa, “a Administração Pública perde com isso parte de sua competência normativa autônoma, podendo, hipotética e potencialmente, perdê-la por inteiro”. Por tal razão é que não parece despropositado afirmar que a reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) restou atenuada com a redação dada ao art. 84, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 32/01, tocante à edição de atos normativos. Nesse sentido: RODRIGUES, 2005, p. 57-58.

importa buscar sua referência a partir dos textos constitucionais, para que reste aclarada a posição que ostenta hodiernamente. Na verdade, a influência legislativa no ordenamento jurídico é elemento intrínseco desde o período colonial, quando vigorava, no Brasil, fundamentalmente o mesmo Direito operante em Portugal. Cuidava-se do Direito consolidado pelas Ordenações do Reino, dentre as quais as Ordenações Filipinas vigoraram, em certa medida, no Brasil, mesmo após a independência. Neste período, destacou-se o Direito Legislativo e o Direito da Polícia. Aquele tinha o monarca com titular único e exclusivo, que podia editar leis sem a interferência de terceiros e, ao mesmo tempo, não ficava submetido às leis que editava.

Com a primeira Constituição brasileira tendo sido outorgada por D. Pedro I em 1824, estabeleceu-se, no art. 10, o Poder Moderador como quarto poder político, sendo, nos termos do art. 98, “a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”<sup>331</sup>. Na lição de Itiberê Rodrigues<sup>332</sup>, ainda que se tenha tentado considerar o Poder Moderador como “Poder Neutro” (*pouvoir neutre*), ou seja, que estivesse dirigido diretamente em face dos demais poderes, a fim de mantê-los politicamente equilibrados e harmonizados, da leitura dos dispositivos constitucionais que o disciplinava, “nota-se que ele não era um Poder neutro”, pois foi, em verdade, “o meio através do qual o Imperador não apenas controlava os três outros Poderes como também governava diretamente perante o povo ou a nação”<sup>333</sup>. Neste sentido, ao Poder Executivo reconhecia-se apenas uma competência normativa *secundum legem*, razão pela qual a legalidade assistida neste período era a partir de um modelo de reserva legal total. O art. 102, XII, que trazia o modo pelo qual o Poder Executivo agia, preconizava que era atribuição do Imperador “expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis”. A partir daí, criou-se uma hierarquia formal entre o Poder Legislativo e Poder Executivo, ou Administração Pública, mormente pelo que dispôs o art. 15, VIII, a partir do qual incumbia-se à Assembleia Geral “fazer leis, interpratal-as, suspender-as, e revogar-as”. Aos

---

<sup>331</sup> Dentre as atribuições do Poder Moderador: nomear Senadores; convocar a Assembla Geral extraordinariamente nos intervalos das Sessões; sancionar os Decretos, e Resoluções da Assembla Geral, para que tenham força de Lei; aprovar, e suspender interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais; prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, e dissolver a Câmara dos Deputados; nomear e demitir livremente os Ministros de Estado; suspender os Magistrados; perdoar e moderar as penas impostas e os réus condenados por sentença; conceder anistia em caso urgente.

<sup>332</sup> RODRIGUES, 2005, p. 61.

<sup>333</sup> Para uma abordagem sobre os modelos constitucionais surgidos da Revolução Francesa com difusão no Brasil, vide: TABORDA, Maren Guimarães; FILIPIN, Vinícius. revolução francesa e restauração: notas sobre os modelos constitucionais adotados nos países do prata e no brasil no início do século XIX. **Revista Brasileira de História do Direito**, São Luís, v. 3, n. 2, p. 82-101, jul./dez., 2017.

cidadãos, o art. 179, I, garantia que ninguém “pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Com a Constituição de 1891, aboliu-se a monarquia e o Poder Moderador, implementando-se o sistema de tripartição dos poderes harmônicos e independentes entre si. O Poder Legislativo passou a ser exercido pelo Congresso Nacional, “com a sanção do Presidente da República” (art. 16), sendo aquele dividido em dois ramos: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. O Poder Executivo passou a ser exercido pelo Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, “como chefe eletivo da Nação” (art. 41), e o Judiciário “da União” passou a ter como órgão um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e “tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar”. O cenário quanto à legalidade administrativa, no entanto, permaneceu o mesmo. Quanto à primazia ou supremacia da lei, o art. 48 estabelecia como competência privativa do Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”. Já quanto à reserva legal, esta permaneceu total, não sendo possível ao Poder Executivo qualquer competência normativa *praeter legem*<sup>334</sup>. A observância às leis era dever do Poder Executivo, conforme compromisso de posse do Presidente da República, nos termos do art. 44<sup>335</sup>.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, no que toca ao princípio da legalidade, manteve as linhas básicas da Constituição anterior. Assegurava, no art. 56, competir privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”. Ademais, estabeleceu-se a competência privativa do Poder Legislativo, nos termos do art. 39, “decretar leis orgânicas para a completa execução da Constituição”, bem como legislar, dentre outros, sobre “todas as matérias de competência da União, constantes do art. 5º, ou dependentes de lei federal, por força da Constituição”. Por tal razão, Itiberê Rodrigues<sup>336</sup> conclui que “a interpretação sistemática de tais dispositivos levava à conclusão da vigência de um princípio de reserva legal total também no regime da Constituição de 1934”. No entanto, a vigência deste princípio de

<sup>334</sup> RODRIGUES, 2005, p. 69-70.

<sup>335</sup> “Art. 44 - Ao empossar-se no cargo, o Presidente pronunciará, em sessão do Congresso, ou se este não estiver reunido, ante o Supremo Tribunal Federal esta afirmação: ‘Prometo manter e cumprir com perfeita lealdade a Constituição federal, promover o bem geral da República, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência’”. O compromisso do Presidente da República, em verdade, não teve significativas alterações desde o início da República. Atualmente, ocorre nos termos do art. 78 da Constituição Federal de 1988, pelo qual “o Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil”.

<sup>336</sup> RODRIGUES, 2005, p. 75.

reserva geral total restou amenizada através da introdução, no art. 41, §2º, da sistemática da “iniciativa exclusiva” de leis (hoje denominada “iniciativa privativa”), especificamente àquelas leis que regulavam internamente a organização e funcionamento da Administração Pública. Estabeleceu-se, assim, que “ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais, quanto aos respectivos serviços administrativos, pertence exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviços já organizados, ou modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas”.

Com efeito, as relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo foram especialmente estremecidas ante a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas e que, justamente pelas peculiaridades histórico-políticas, concentrou as funções estatais na figura do “Presidente da República” (em verdade: do ditador), proclamado pelo art. 73 como “autoridade suprema do Estado”. No contexto desta Constituição, quebrou-se com a separação dos Poderes e reduziu-se, no art. 11, o âmbito de uso da lei parlamentar, ou seja, “a redução de seu âmbito de uso como forma jurídico-normativa apenas à essência da matéria regulanda”. Preconizava o aludido artigo que “a lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos, complementares”. Para Itiberê Rodrigues<sup>337</sup>, a distinção material entre lei e regulamento, pela qual devia aquela reger apenas de modo genérico o tema ou a matéria a ser regulada, deixando ao regulamento das particularidades e minúcias, “reavivava construções doutrinárias já existentes ao tempo do Império”, que destacavam a autoridade suprema do Estado na figura de uma pessoa, o ditador. De igual modo, o texto constitucional deixou de consignar que a competência privativa do Presidente da República para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução” dar-se-ia “para a fiel execução da lei”, como vinham registrando as Constituições anteriores. A Constituição de 1937 introduziu, ainda, a figura jurídica do decreto-lei, norma materialmente legislativa, mas formalmente editada pelo Poder Executivo, através da qual “distintas funções legislativas poderiam ser exercidas pelo Poder Executivo”<sup>338</sup>, mitigando, assim, o princípio da reserva legal.

---

<sup>337</sup> RODRIGUES, 2005, p. 75.

<sup>338</sup> Nesse sentido: “Art 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas”.

Em 1946, com a nova Constituição, os fundamentos do princípio da separação dos Poderes foram reestabelecidos, bem como o princípio da legalidade administrativa, num modelo bastante similar ao contido na Constituição de 1934. Reintroduziu-se, assim, o princípio da reserva legal total, a partir do art. 65, X, pelo qual competia ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente de República, “legislar sobre bens do domínio federal e sobre todas as matérias da competência da União”. Igualmente, houve o reestabelecimento da competência privativa do Presidente da República em “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e”, novamente, “regulamentos para a sua fiel execução”, conforme art. 87, I. Conforme Rodrigues<sup>339</sup>, a vigência do princípio da reserva legal total era apenas mitigada pela atribuição de competência exclusiva do Presidente de República para a iniciativa de leis reguladoras do âmbito interno da Administração Pública. Ainda, foi na vigência da Constituição de 1946 que sobreveio a Emenda Constitucional n. 4/61, que instituiu o sistema parlamentar de governo e inaugurou, no cenário jurídico brasileiro, a possibilidade de delegação legislativa, ou seja, a lei delegada — que, conforme o Supremo Tribunal Federal, possuía o mesmo status hierárquico da legislação ordinária, podendo, assim, “modificar ou mesmo revogar a legislação ordinária anterior realizada pelo Congresso Nacional”.

Com o golpe civil-militar de 1964, a ordem jurídico-institucional passou a ser delineada pelos Atos Institucionais e Complementares, que possuíam primazia e supremacia sobre a própria Constituição<sup>340</sup>, sendo, nas palavras de Rodrigues<sup>341</sup>, “a verdadeira e autêntica Constituição desse período”. Neste período, houve a instrumentalização do Congresso Nacional que, com o sistema bipartidário (com a ARENA como situação, e o MDB como oposição), recebeu, através dos Atos Institucionais 1 e 2, o princípio da aprovação dos projetos de lei pelo decurso do prazo. Com isso, o Congresso Nacional era obrigado a discutir, modificar e votar os projetos de lei enviados pelo Poder Executivo em prazo exíguo, decorrido o qual haveria a aprovação por decurso de prazo. Já em 1967, depois da suspensão e cassação dos direitos políticos de diversos opositores à ditadura militar, sobreveio a nova Constituição. Nesta, o tema da legalidade administrativa foi tratado com a incorporação de normas tradicionais do Direito Administrativo, sobretudo com a Emenda Constitucional n. 1/69, cujo art. 43 passou a determinar que cabia ao Congresso Nacional, “com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União”. Além disto, o art. 150, §2º, retomou a noção

---

<sup>339</sup> RODRIGUES, 2005, p. 79.

<sup>340</sup> Neste sentido, o artigo 1º do Ato Institucional n. 1, de 09/04/1964, expressamente estabelecia que “São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato”.

<sup>341</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 82.

segundo a qual ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Contudo, a Constituição de 1967 também positivou princípio da ordem ditatorial, como a que decorre do art. 54<sup>342</sup>, pela qual, no âmbito do processo legislativo, haveria a aprovação tácita de projetos de lei do Poder Executivo quando esgotado o exíguo prazo. Igualmente, o art. 60, que ampliou as competências exclusivas do Presidente da República para projetos de lei<sup>343</sup>. Por fim, criou-se a noção de “decreto com força de lei”, o qual deveria ser editado, conforme art. 58<sup>344</sup>, “em casos de urgência ou de interesse público relevante”, bem como nos casos que envolvam “segurança nacional” e “finanças públicas”.

Com o aprofundamento da crise econômica e social e o declínio da ditadura civil-miliár, o país passou pelo período de redemocratização, que se consubstanciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrada, no ordenamento pátrio, da constitucionalização do Direito Administrativo. A “Constituição Cidadã” menciona expressamente, e pela primeira vez em texto constitucional, que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está submetida a princípios jurídicos, a saber, nos termos do art. 37, *caput*, o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, a partir da Emenda Constitucional n. 19/98, da eficiência. Remodela-se, a partir de então, o regime jurídico-administrativo-constitucional a que passam a se submeter as Administrações Públicas brasileiras, imbuídas na noção de que “somente a principiologia democrática faz realizável a segurança jurídica, que é o princípio mantenedor do próprio Estado”<sup>345</sup>.

<sup>342</sup> Nesse sentido: “Art 54 - O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se assim o solicitar, deverão ser apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal. §1º - Esgotados esses prazos, sem deliberação, serão os projetos considerados como aprovados. §2º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, findo o qual serão tidas como aprovadas. §3º - Se o Presidente da República julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça em quarenta dias em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo. §4º - Os prazos fixados neste artigo não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional. § 5º - O disposto neste artigo não é aplicável à tramitação dos projetos de codificação, ainda que de iniciativa do Presidente da República”.

<sup>343</sup> Neste sentido: “Art 60 - É da competência exclusiva do Presidente da República a Iniciativa das leis que: I - disponham sobre matéria financeira; II - criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública; III - fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas; IV - disponham sobre a Administração do Distrito Federal e dos Territórios”.

<sup>344</sup> Neste sentido: “Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas. Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado”.

<sup>345</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, jul. 1997, p. 191.

O princípio da legalidade administrativa, na realidade brasileira, é não apenas elemento material do Estado de Direito, mas parte do sistema constitucional, referenciado também no art. 5, II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), art. 84, IV (compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado), art. 78, (o Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil) e art. 85, VI e VII (são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais).

A Constituição da República de 1988, ao determinar que todos os entes e órgãos da Administração Pública obedeçam ao princípio da legalidade, implica a observância da lei formal, votada pelo Poder Legislativo e colocada em patamar mais elevado em relação aos demais atos infraconstitucionais, bem como dos preceitos que decorrem do Estado Democrático de Direito, sendo este “o modo de ser do Estado brasileiro”<sup>346</sup>. Além disto, o mesmo princípio da legalidade que implica a habilitação da atuação da administração às normas legais obriga, também, a Administração a cumprir as normas que ela própria editou. Por tal razão é que o princípio da legalidade inicia, conforme Bandeira de Mello<sup>347</sup>, um “antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”. É a lei que dá condição de validade aos atos da Administração, sendo a função destes limitada a dar concreção àquela, não sendo possível, em qualquer hipótese, um ato administrativo “instaurar originalmente qualquer cerceio a direitos de terceiros”.

Com efeito, a atividade administrativa é uma relação de função<sup>348</sup>, sendo o princípio da legalidade elemento indissociável. Para Laubadère<sup>349</sup>, “o exercício da função administrativa é dominado pelo princípio fundamental da legalidade”, princípio “que significa que as autoridades administrativas são obrigadas, no âmbito das decisões por elas tomadas, a se

---

<sup>346</sup> MEDAUAR, 2017, p. 149.

<sup>347</sup> MELLO, 2015, p. 103-106.

<sup>348</sup> Sobre função administrativa, vide, por todos: TABORDA, Maren Guimarães. Função administrativa e função de governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado”. In: ÀVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 262-292.

<sup>349</sup> LAUBADÉRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963. p. 193. No original: “L’exercice de la fonction administrative est domine par le principe fondamental de la légalité [...] Ce principe signifie que les autorités administratives sont obligé, dans les décisions qu’elles prennent, de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c’est-à-dire à un ensemble de règles de droit dont beaucoup, mais non point toutes, sont contenues dans des lois formelles”.

conformar à lei ou mais exatamente à legalidade”, ou seja, “a um conjunto de regras de Direito” que, predominantemente, encontram-se em leis formais. Por isto, a Administração Pública é quem deve fazer funcionar a norma jurídica, até então estática pela simples existência no plano normativo. Transformar o estático em dinâmico, ou seja, da ação à formulação de Direito prevista na lei formal obriga que aquela ação esteja em conformidade com a atividade legislativa. Conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>350</sup>, “quando se constata um desajuste entre o Direito e a conduta do Estado observa-se a ruptura da normalidade jurídica, pois a mesma pessoa não pode ter um passo voltado para um lado e outro ao contrário”. A Constituição, neste aspecto, deve ser considerada ao lado da principiologia que orienta o seu Direito, razão pela qual “a atividade administrativa não pode estar em desacordo ou desconformidade com a atividade legislativa”.

### 4.3 Crise da lei formal

Os limites e possibilidades da legalidade no conduzir da Administração Pública são pautados pela doutrina especializada a fim de compreender os rumos que o Direito Administrativo tomou e haverá de tomar. Como já se denota, a edificação do princípio da legalidade sob a perspectiva da vinculação positiva, ainda que adequada à concepção liberal do Estado de Direito, passou a enfrentar enormes dificuldades de adequação à nova realidade político-jurídica que se estabelecia com o Estado Social, principalmente diante da necessidade de se buscar, conforme Couto e Silva<sup>351</sup>, conceitos, institutos e formas jurídicas outras que fossem capazes de agilizar a Administração Pública, sobretudo a que se tornou prestadora de benefícios e vantagens, ante o “impressionante crescimento dos serviços públicos”. A primeira das dificuldades emergidas desta conjuntura foi a crise da lei formal<sup>352</sup>. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>353</sup>, a erosão do princípio da legalidade, já na segunda metade do século XX, decorreu de sua própria desvalorização, sobretudo com a “perda de seu necessário

---

<sup>350</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994, p. 83.

<sup>351</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 28.

<sup>352</sup> A utilização da expressão “crise da lei” ou “crise da legalidade” é refutada por Maria Sylvia Zanela Di Pietro. Para a professora, “de tudo o que se tem dito sobre o princípio da legalidade, o mais lamentável é o emprego da palavra crise para designar o momento atual de sua evolução. A palavra crise dá ideia de alguma coisa que está se deteriorando, no caminho do fim. Não é o que ocorre. É evidente que o princípio passou por toda uma evolução [...] Foi muito feliz a Professora Odete Medauar ao utilizar a expressão direito administrativo em evolução para intitular uma de suas obras. Ela nada fala sobre crise em qualquer de seus institutos. Ela apenas aponta a sua evolução. Por isso, em relação ao princípio da legalidade, podemos, parodiando o título daquela obra, falar do princípio da legalidade em evolução”. Neste sentido: DI PIETRO, 2012, p. 16.

<sup>353</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, vol. 10, 1977, p. 14-18.

conteúdo de justiça”, com a sua politização e proliferação. De fato, a legalidade “nasceu em torno da ideia de que a lei haveria de ser a expressão da Justiça”. Contudo, a lei e o valor de justiça foram desassociados a partir do positivismo normativista, em que bastava a observância dos procedimentos prescritos para que determinada ideia adquirisse status de lei. Por isso, prossegue o autor, a lei restou vinculada a um processo meramente formalista, perdendo a aura de superioridade moral que teria adquirido desde a Revolução Francesa.

As críticas à lei e ao princípio da legalidade administrativa, bem como ao modo pelo qual vêm sendo considerados no pensar, agir e controlar a Administração Pública, levam à constatação de que ainda se vive uma crise da lei no Estado Democrático de Direito. De acordo com Gustavo Binbenbojm<sup>354</sup>, a “crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas”. Para o autor, são pelo menos sete as premissas que apoiam esta conclusão: (a) a inflação legislativa, (b) a politização da lei, (c) o destaque dado às constituições como as mais elevadas formas de manifestação da vontade geral do povo, (d) a propagação de atos normativos infraconstitucionais como suficientes à atuação administrativa, (e) o controle do Poder Legislativo pelo Executivo, (f) a eternização do processo legislativo e a (g) pluralidade de fontes do Direito Administrativo.

Quanto à (a) inflação legislativa, vislumbra-se pela proliferação e excesso das leis formais e demais instrumentos normativos. Conforme Binbenbojm<sup>355</sup>, o mito positivista de que ao ordenamento jurídico é devida uma completude, somado ao grande aumento das funções estatais, fez com que os legisladores passassem a tratar, incessantemente, de todos os temas possíveis. Imagina-se, por isto, que a lei é instrumento hábil a resolver todos os problemas verificados na sociedade, atribuindo-se aos parlamentares a tarefa hercúlea de sobre tudo legislar. Resultado prático disto é o excesso da legislação. O número progressivo das leis ordinárias federais e/ou nacionais ultrapassa, em outubro de 2018, a marca das 13.700 leis, ao passo que as normas no sentido geral (Emenda Constitucional, Lei Complementar, Lei Ordinária, Medida Provisória, Decreto Legislativo, Decreto, Decreto-Lei, etc.) totalizam, no mesmo período, mais de 200.000 resultados. Estima-se<sup>356</sup> que o Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, foram editadas mais de 5,8 milhões de normas jurídicas no ordenamento

---

<sup>354</sup> BINENBOJM, 2008, p. 14

<sup>355</sup> Ibid., p. 147.

<sup>356</sup> Neste sentido: INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Quantidade de NORMAS EDITADAS NO BRASIL: 30 anos da constituição federal de 1988.** Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2684/Quantidade-de-NORMAS-EDITADAS-NO-BRASIL-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988>>

jurídico brasileiro, o que equivale a uma média de 536 normas por dia, ou 774 normas editadas por dia útil. No âmbito federal/nacional, desde a promulgação da atual Constituição da República, foram editadas 166.241 normas, 6 emendas constitucionais de revisão, 99 emendas constitucionais, 2 leis delegadas, 104 leis complementares, 6.051 leis ordinárias, 1.461 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 12.643 decretos federais e 140.466 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.). Em média, 15,17 normas federais foram editadas por dia, ou 21,90 normas por dia útil nestes 30 anos.

Constata-se, portanto, uma quantia demasiada de atos normativos no ordenamento jurídico brasileiro, o que não apenas corrobora a crítica quanto à proliferação da lei, senão principalmente revela-se como causa principal da perda ou descaminho do conteúdo material da lei, propiciando um cenário legislativo verdadeiramente caótico. A existência de leis esdrúxulas, inúteis, ilógicas e até mesmo risíveis é de fácil constatação. Não raro destinam-se leis ordinárias a declararem matérias de conteúdo jurídico irrelevante<sup>357</sup>. Consequência outra da proliferação da legislação é a quantidade expressiva de leis que são declaradas inconstitucionais: estima-se que, somente em 2017, oito em cada dez leis foram julgadas

---

<sup>357</sup> Apesar de bem-intencionadas, diversas leis são destinadas a instituir datas como alusivas a determinadas profissões, ofícios e categorias, a exemplo: Lei Nacional n. 13.453/17, que institui o dia 27 de maio de cada ano como o *Dia Nacional do Engenheiro de Custos*; Lei Nacional n. 12.632/12, que institui o dia 16 de março de cada ano como *Dia Nacional do Ouvidor*; Lei Nacional n. 11.927/09, que institui o dia 16 de setembro como *Dia Nacional do Caminhoneiro*. Outras, no entanto, distanciam-se ainda mais de qualquer conteúdo jurídico-normativo, a exemplo: Lei n. 13.557/17, que institui o dia 25 de novembro de cada ano como o *Dia Nacional do Samba de Roda*; Lei n. 13.437/17, que institui o dia 30 de agosto de cada ano como *Dia Nacional do Perdão*; Lei n. 13.101/17, que institui o dia 24 de maio de cada ano como o *Dia Nacional do Milho*; Lei n. 13.050/14, que institui o dia 25 de outubro de cada ano como o *Dia Nacional do Macarrão*; Lei n. 11.605/07, que institui o dia 06 de junho de cada ano como o *Dia Nacional do Teste do Pezinho*. Nos âmbitos estaduais e municipais verifica-se a mesma situação, em que leis ordinárias dispõem sobre matérias desprovidas de conteúdo jurídico. No Estado do Rio Grande do Sul, a exemplo: Lei Estadual n. 14.418/14, que institui o dia 22 de novembro de cada ano como *Dia Estadual da Ginástica Laboral*; Lei Estadual n. 15.190/18, que institui o dia 12 de março de cada ano como o *Dia Estadual e a Semana Estadual de Solidariedade aos Municípios Atingidos por Catástrofes Climáticas*; Lei Estadual n. 14.858/16, que institui a segunda sexta-feira do mês de agosto como o *Dia Estadual do Frango e do Ovo*; Lei n. 13.661/11, que institui o dia 1º de julho de cada ano, “data natalícia da cantora Amália Rodrigues”, como o *Dia Estadual do Fado*. Todas as leis do Estado do Rio Grande do Sul que tratam de assuntos desta natureza são incluídos no Calendário Oficial de Eventos do Estado do Rio Grande do Sul. Não se desconhece, por óbvio, que inúmeras leis que declaram datas comemorativas ou alusivas aos mais variados assuntos possuem a intenção de homenagear pessoas, ideias, profissões, etc., bem como o de oficializar o posicionamento do parlamento ou do executivo sobre determinadas matérias, propondo ações de conscientizações, debates, etc. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei Estadual n. 13.509/10, que institui o dia 07 de fevereiro de cada ano como o *Dia Estadual da Consciência Indígena*; ou com a Lei Estadual n. 13.735/11, que institui o dia 17 de maio de cada ano como o *Dia Estadual de Combate à Homofobia no Estado do RS*. Esclarece-se, portanto, que o destaque aqui realizado é feito tão somente no sentido de propor a análise sobre a utilização da lei formal, por todos os aspectos já referidos, na regulação e/ou regulamentação de matérias acentuadamente randômicas. Veja-se que o mesmo tipo de diploma legal que cria, por exemplo, um Código Civil (Lei n. 10.406/02), com todas as suas complexidades, é o que também declara o dia 30 de agosto de cada ano como o *Dia Nacional do Perdão*. Isto, contudo, não retira o valor e importância do conteúdo de diversas leis que ostentam esta mesma característica.

inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal<sup>358</sup>, muitas delas em matérias ligadas ao Direito Administrativo<sup>359</sup>. Logo, é da inflação legislativa que deriva a desorganização do sistema jurídico brasileiro, em que um número desenfreado de matérias e assuntos são tratados por um igual número de textos normativos, afastando-se cada vez mais de uma ordem jurídica regular, organizada, interna e externamente coerente.

Critica-se, também, a (b) politização da lei, marcada pelo seu estabelecimento, já de tempos, não como expressão da vontade geral, mas como resultado da luta de interesses privados que influem no processo político. Para Binenbojm<sup>360</sup>, desde um ângulo estrutural, a crise da lei “confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos”. De fato, o Poder Legislativo brasileiro vem experimentado um aumento sistemático dos índices de reprovação e/ou desconfiança por parte da sociedade. Em, em 2018, aferiu-se que 67% da população brasileira não confia no Congresso Nacional<sup>361</sup>. Ao mesmo tempo, 79% dos brasileiros, em 2018, não lembram em quem votaram para deputado federal e senador nas eleições nacionais de 2014<sup>362</sup>. A crise da representatividade implica diretamente no enfraquecimento da própria noção de legalidade, pois substitui a vontade popular pela vontade de grupos que pretendem fazer valer seus respectivos interesses. Conforme Otero<sup>363</sup>, verificando que cada um destes grupos pretende influir nas instâncias decisórias públicas, o Estado assume a posição de interlocutor perante estes diversos grupos de “interesses econômicos, sociais e culturais existentes na sociedade, encontrando-se a legitimidade das suas próprias decisões normativas e não normativas num procedimento negocial”. É a manifestação da chamada democracia neocorporativa, reiteradamente assistida na realidade brasileira através da prática de lobbies de “clientelistas”. A lei, assim, engendra-se a despeito da preocupação com o bem comum e com a justiça, sendo vista, conforme Ferreira Filho<sup>364</sup>, como uma vantagem que “na luta política põe uma maioria transitória para beneficiar o seu eleitorado específico, ou para lograr um fim mesquinho qualquer”, provocando desprezo

---

<sup>358</sup> CONTEÚDO JURÍDICO. **Anuário da Justiça – 2018**. Editora Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/loja/item/anuario-justica-brasil-2018>>

<sup>359</sup> Da listagem de Ações Diretas de Inconstitucionalidade disponibilizada pelo Supremo Tribunal Federal, estima-se que das 6.029 já propostas, quase 60% (3.496) pertencem às variáveis do assunto “DIREITO ADMINISTRATIVO”

<sup>360</sup> BINENBOJM, 2008, p. 145.

<sup>361</sup> DATAFOLHA. Grau de confiança nas instituições. **Instituto de Pesquisa Datafolha**. São Paulo, jun., 2018, disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>>

<sup>362</sup> SOARES, João. “Em quem votei na eleição passada?”. **Deutsche Welle**. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/32eC7>>

<sup>363</sup> OTERO, 2003, p. 140.

<sup>364</sup> FERREIRA FILHO, 1984, p. 40.

e inconformismo. Para o professor, “a lei desmoralizada é uma lei que de menos em menos se cumpre, que apenas se arrima na coerção, que a todo instante e por todos os meios é contornada e violada”.

Aponta-se, também, o (c) protagonismo das Constituições, em detrimento da lei, como elemento da crise da legalidade. De fato, como visto a partir da noção da constitucionalização do Direito, o legislador constituinte assumiu para si as competências que no período liberal eram destinadas ao legislador ordinário. Em contrapartida, segundo Sérvulo Correia<sup>365</sup>, a intervenção do legislador ordinário “torna-se por isso em certos casos não só desnecessárias como até contra-indicada: é o que sucede quando o preceito material na Constituição apenas carece de regulamentação técnica e de pormenor”. A Constituição, assim, passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, sendo despiciente a concretização pelo legislador para que passe a gerar efeitos imediatos. Para Binenbojm<sup>366</sup>, supera-se desde já o “dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública”. Supera-se, de certo modo, a noção de que a eficácia operativa das normas da Constituição Federal, sobretudo aquelas garantidoras de direitos fundamentais, dependem necessariamente da lei para que o administrador fique vinculado em seu agir. Isto não representa, contudo, o desvalor ou a desqualificação da lei como regente do agir administrativo, pois, conforme Marçal Justen Filho<sup>367</sup>, “não se pode substituir o princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, porque a atividade administrativa depende, como regra, da existência de uma lei propriamente dita”. A Constituição é, inegavelmente, o “conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa”.

Binenbojm<sup>368</sup> ainda refere como razão à crise da lei formal a noção pela qual (d) a própria atividade normativa possibilita uma série de instrumentos que são capazes de fundamentar a atuação administrativa. Com efeito, como leciona Couto e Silva<sup>369</sup>, os modos velados de delegação legislativa estão diretamente relacionados com a importância que as fontes infralegais do Direito Administrativo assumiram. Fala-se, portanto, na normatização que o crescimento e complexificação das atribuições do Estado implicou, passando este a ter de atender, com presteza, a atividade regulatória e a expertise técnica que o Legislativo não tratou. Para tanto, atos normativos infraconstitucionais como regulamentos, resoluções, circulares,

---

<sup>365</sup> CORREIA, 1987, p. 51.

<sup>366</sup> BINENBOJM, 2008, p. 145.

<sup>367</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190.

<sup>368</sup> BINENBOJM, 2008, p. 147.

<sup>369</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 27.

portarias, etc., assumiram especial revelo. No entanto, estes atos estão em nível hierarquicamente inferior à lei, motivo pelo qual devem, muitas vezes, buscarem fundamento direto da Constituição Federal, do que decorre, igualmente, a complexa discussão quanto ao poder normativo e regulador das agências reguladoras, as quais vêm apresentando como característica a autonomia normativa<sup>370</sup>.

O (e) controle do Poder Legislativo pelo Poder Executivo é também objeto de crítica a justificar o desprestígio da legalidade. Conforme Binjenbojm<sup>371</sup>, o Poder Executivo exerce, por meios legítimos ou não, controle do processo legislativo por, pelo menos, três modos. Primeiro, através de reservas de iniciativa de lei sobre matérias relevantes, com a vedação de emendas parlamentares que importem aumento de despesa, conforme art. 61, §1º, e art. 63 da Constituição Federal. Segundo, com a possibilidade de trancamento da pauta de deliberação do Congresso Nacional mediante ato da Chefia do Executivo, nos termos do art. 64, §1º e §2º da Constituição Federal, o que ainda ocorre, automaticamente, diante da não apreciação, pelo Poder Legislativo, em até quarenta e cinco dias de sua publicação, a medida provisória, conforme art. 62, §6º, da Constituição Federal. Terceiro, mediante a formação de sólidas bases parlamentares que torna possível a aprovação de qualquer projeto de interesse do Poder Executivo, na já reiterada prática a fim de garantir a assim denominada “governabilidade”. No Brasil, esta é uma realidade aferível. Calcula-se que o Poder Executivo foi propositor de um terço das leis aprovadas entre 2008 e 2017 (499 de um total de 1.492 leis publicadas no intervalo), ficando atrás apenas da Câmara Federal (521), e superando o número de leis

---

<sup>370</sup> Conforme Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “o modelo regulatório adotado pelo Brasil – inspirado no modelo norte-americano, com a instituição das agências reguladoras, a partir da década de 90 – demonstra bem o processo de transformação do Direito Administrativo brasileiro e a necessidade releitura dos princípios da legalidade e da legitimidade”. Neste sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 186. Por outro lado, Di Pietro compreende que “o que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica”. Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 58.

<sup>371</sup> BINENBOJM, 2008, p. 148.

propostas pelo Senado Federal (329), sendo o restante originário de tribunais e Ministério Público<sup>372373</sup>.

A sexta crítica aponta à (f) eternização do processo legislativo, a qual decorre da morosidade do percurso havido desde a iniciativa legislativa até a publicação da lei. Consoante Patrícia Baptista<sup>374</sup>, “a via legislativa formal realmente tornou-se insuficiente e inadequada para o atendimento das necessidades normativas da Administração contemporânea”, sendo a lentidão do processo legislativo incapaz de “responder, com a presteza exigida pela dinâmica dos fatos no mundo atual, às demandas de regulação de uma Administração interventora e ordenadora”. São muitos os exemplos de leis que tramitaram durante muitos anos no Congresso Nacional até serem publicadas. A Lei n. 10.406/02, que institui o Código Civil, é oriunda de projeto de lei iniciado em 1975, tendo demorado, portanto, quase vinte e sete anos.

Por fim, refere-se que (g) a pluralidade de fontes do Direito Administrativo também contribui ao enfraquecimento da lei formal. Como visto, além da Constituição, das leis e demais atos normativos, identifica-se, a despeito das divergências doutrinárias, que o costume administrativo, a jurisprudência e a doutrina também se apresentam como fontes, com o que “a atuação administrativa passa a ser vinculada não apenas à Constituição e à lei”<sup>375</sup>. A lei, para Binenbojm<sup>376</sup>, perde importância, a reboque do triunfo do constitucionalista, e “diante do largo desenvolvimento de sofisticados meios de controle da constitucionalidade dos atos legislativos”. Ela perde também seu protagonismo na criação do direito, pois se torna mais um entre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional. Para o autor, “nada mais demonstra a erosão do mito da lei que a difusão de tribunais e órgãos constitucionais mundo afora (de viés mais acentuadamente jurisdicional ou mais marcadamente político)”.

<sup>372</sup> JULIÃO, Luís Guilherme. Poder Executivo é autor de um terço das leis no Brasil. **O Globo**. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/poder-executivo-autor-de-um-terco-das-leis-no-brasil-22909158>. Não obstante, este índice foi ainda maior quando dos primeiros meses em que Michel Temer assumiu a Presidência da República. De maio de 2016 a janeiro de 2017, 62% das leis aprovadas foram propostas pelo Poder Executivo, tendo sido esta a maior taxa dos últimos dez anos. Neste sentido: ESTADÃO. Executivo é autor de 62% das leis aprovadas no País. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,executivo-e-autor-de-62-das-leis-aprovadas-no-pais,70001646000>>

<sup>373</sup> Há quem questione a utilidade da crítica apresentada por Binenbojm. Para Felipe Faiwichow Estefam, “é justificável a vasta iniciativa do Poder Executivo no processo legislativo, tendo em vista a maior proximidade deste Poder às situações fáticas que precisam ser legisladas. São os agentes do Poder Executivo que se encontram em contato direto com as circunstâncias do cotidiano, melhor dominando a sua coloração e fisionomia, donde a sua maior aptidão à iniciativa de leis e emendas. Ademais, a iniciativa do Poder Executivo nada interfere no exercício da função legislativa do Poder Legislativo”. Neste sentido: ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 77.

<sup>374</sup> BAPTISTA, 2003, p. 101.

<sup>375</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 191.

<sup>376</sup> BINENBOJM, 2008, p. 149.

Há, portanto, uma erosão do conteúdo material da legalidade vinculativa da Administração Pública, a qual transfigura-se consideravelmente. Para Otero<sup>377</sup>, a densidade ordenadora da legalidade reduziu-se e o pluralismo normativo converteu-se no que chama de “neofeudalismo normativo”. Além disso, a proliferação de um sistema constitucional principialista projetou-se no conteúdo da própria legalidade administrativa e a reconduziu a um “Direito de princípios”, a despeito da certeza e da segurança da atuação administrativa e do papel garantístico da lei, aumentando o protagonismo da Administração Pública na realização do Direito e dos tribunais no seu controle. Por fim, a intensidade vinculativa da normatividade foi relativizada, “observando-se o surgimento de diversas manifestações de *soft law* que envolvem a degradação da força obrigatória das normas integrantes da legalidade administrativa”.

O princípio da legalidade administrativa precisou reconfigurar-se, especialmente a partir do pós-positivismo e da nova hermenêutica, passando a compor os assim denominados *novos paradigmas do Direito Administrativo*. A concepção mecanicista da Administração, pela qual seria mera executora de lei, predominante no século XIX e início do século XX, sofreu várias alterações, principalmente porque talvez a função administrativa nunca tenha sido a de tão somente executar a lei ou executar a lei de ofício<sup>378</sup>. A lei administrativa já não mais se presta ao mesmo escopo, devendo, então, readequar-se. Como aprimoramento da vinculação positiva à lei, ganhou espaço a construção do princípio da legalidade enquanto vinculação da Administração Pública ao Direito. A esta nova roupagem deu-se o nome de bloco de legalidade ou juridicidade. É o que se verá a seguir.

---

<sup>377</sup> OTERO, 2003, p. 198.

<sup>378</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

## 5 O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

A lei administrativa foi alçada, no Estado Liberal, a uma posição de proeminência de tal forma a isolá-la enquanto única fonte de limitação e legitimação do poder estatal. Com a superação do Estado Liberal, pelo Estado Social e, finalmente, pelo Estado Democrático de Direito, a legalidade tal como vinha sendo concebida entrou em colapso. A lei administrativa deixou de ser a única fonte normativa que legitima e limita o poder estatal, assumindo lugar ao lado de outras fontes de igual alcance, o que ocorre, sobremaneira, a partir dos fenômenos de constitucionalização e principalização do Direito Administrativo. A vinculação da Administração Pública não apenas à lei formal, mas também às demais fontes limitadoras e legitimadoras da ação administrativa levou a doutrina administrativista a conceituar aquilo que denominou de bloco de legalidade, legalidade *lato sensu* ou, com mais precisão, juridicidade administrativa, com o que passou a afirmar, pois, a necessidade da superação do paradigma de que a Administração Pública só encontra na lei formal a fonte legitimadora de suas ações. O caminho percorrido até a superação deste paradigma é objeto deste capítulo.

### 5.1 o sentido da vinculação da Administração Pública à legalidade administrativa

O princípio da legalidade é, inegavelmente, a tradução do sentido administrativo do Estado de Direito. Conforme Barroso<sup>379</sup>, “o Estado de Direito, desde as suas origens históricas, evolve associado ao princípio da legalidade”. O Direito Administrativo, como já se declinou, surge como limitação do poder político que se impõe com a submissão da atividade estatal à lei, passando a buscar o interesse público, ou o bem comum, não de qualquer jeito, menos ainda de modo arbitrário. Para tanto, impôs-se a observância de um conjunto de regras postas em lei, que expressavam a vontade geral. Da compreensão de que “administrar é cumprir a lei de ofício”<sup>380</sup> à noção pela qual “a função administrativa não tem o fim único de executar a lei”<sup>381</sup>: o sentido jurídico da vinculação do Poder Público no Estado de Direito nunca se apresentou estanque. Se no Estado Liberal o princípio da legalidade administrativa avocou-se em proibir o Estado de ferir os direitos dos particulares, exceto se autorizados pela lei, é no Estado Democrático que a concepção da legalidade administrativa mais se aproxima dos preceitos fundamentais que informam o ordenamento jurídico por inteiro.

<sup>379</sup> BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 170-176.

<sup>380</sup> FAGUNDES, 1979, p. 3.

<sup>381</sup> MEDAUAR, 2008, p. 91.

O sentido da vinculação da Administração Pública à lei foi amplamente modificado. Na lição de Charles Eisenmann<sup>382</sup>, no encaixe princípio da legalidade à Administração Pública, um ato administrativo pode ser válido e regular de quatro maneiras: (i) desde que não seja contrário a alguma norma legal; (ii) é suficiente que o ato seja permitido por uma norma legal; (iii) é preciso que o ato tenha conteúdo conforme o esquema abstrato fixado na norma legal; e (iv) quando a lei prescreve e ordena que a Administração o emita. O princípio da legalidade pode ser visto, então, desde duas concepções: (a) legalidade como não contrariedade e (b) legalidade como conformidade, dividindo-se, nesta, em (b.1) legalidade formal e (b.2) legalidade material<sup>383</sup>. Como visto, a legalidade como não contrariedade, ou compatibilidade, implica que a ação da Administração Pública não pode entrar em contradição com o texto legal, ainda que neste não necessariamente deva encontrar apoio. A contrariedade, para Correia<sup>384</sup>, dá-se tanto no plano operacional de produção de uma segunda norma quanto no conteúdo próprio. Por outro lado, a relação de conformidade implica a fiel reprodução da lei, sendo o ato administrativo conforme à norma desde que a tenha como modelo. A Administração, pela legalidade como conformidade, deve atuar respaldada na lei. Por certo, compatibilidade e conformidade não se confundem, mas podem se sobrepor, pois uma conduta conforme sempre será compatível. No entanto, uma conduta compatível nem sempre será conforme, pois um ato pode não contrariar um preceito legal sem que esteja previamente estabelecido no texto legal.

Concebe-se, assim, que o princípio da legalidade administrativa pode ser visto de quatro maneiras. Na primeira, (1) a atuação da Administração Pública satisfaz-se quando não violar nenhuma norma legal. Vale dizer, a Administração pode atuar livremente diante da inexistência de normas que a obrigue a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Aqui, a legalidade implica uma relação de não-contrariedade legal, ou seja, uma relação de compatibilidade ou preferência de lei. Na segunda, (2) a Administração apenas pode fazer o que uma norma superior, seja legal ou constitucional, lhe autorize, lhe habilite, ainda que não haja detalhamento quanto ao conteúdo do ato a ser emitido. Nesta, a Administração não detém liberdade diante da ausência legal, pois o que não está permitido está proibido. É a relação de conformidade ou primazia da lei, pela qual o exercício da competência exige a existência da habilitação formal, ou seja, pela legalidade formal. Na terceira, (3) a atuação administrativa decorre de uma dedução da norma legislativa, com o que deve existir correspondência lógica entre o conteúdo

---

<sup>382</sup> EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif**. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1982, p. 462-472.

<sup>383</sup> CORREIA, 1987, p. 58.

<sup>384</sup> Ibid., p. 58.

da ação com a moldura abstrata posta na norma legal. Neste caso, a Administração só pode exarar atos que estejam apoiados em normas não apenas habilitadoras, mas predeterminantes de seu conteúdo. Somente são permitidos, portanto, atos administrativos cujo conteúdo esteja conforme o esquema abstrato fixado na norma legislativa. Na quarta, (4) a Administração apenas pode agir quando ordenada pela lei. Ou seja, deve estar apoiada na norma legal que esgote o conteúdo do ato, determinando, e não facultando, sua prática. Aqui, a Administração só pode realizar os atos e medidas que a lei ordena<sup>385386</sup>.

O significado operacional que o princípio da legalidade detém passa, invariavelmente, pela análise destes conteúdos extraíveis das lições de Eisenmann<sup>387</sup>. Na primeira acepção, questiona-se a viabilidade de se igualar a liberdade de atuação da Administração Pública àquela dada aos particulares no sentido de ser permitido tudo aquilo que não é proibido. Guido Zanobini<sup>388</sup>, ainda na metade do século XX, afirmava não ser possível conferir à Administração Pública o mesmo sentido dado aos indivíduos de forma a possibilitá-la fazer tudo o que não fosse vedado por lei. Aos particulares, a lei diz de ações materiais, limitando-se a fixar quais delas são ações proibidas, sobretudo a partir de delitos civis e penais. Elas traçam, portanto, “os limites da esfera jurídica individual”, tendo a lei uma função predominantemente negativa. De outro lado, a lei destinada à Administração Pública, ainda que também se limite a determinar a esfera jurídica, apresenta caráter distinto, não ocorrendo de modo negativo, “mas de forma exclusivamente positiva: a lei diz o que a administração pode fazer”. Assim, “enquanto o indivíduo pode fazer tudo o que não o é expressamente vedado, a administração somente pode fazer aquilo que a lei expressamente a permite fazer”. O modo positivo de determinar a esfera jurídica da administração implica que nas leis relativas encontram-se fixados não só os limites daquela esfera, mas as faculdades individuais, que nela está contida, isto é, aquelas faculdades

<sup>385</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 236, abr./jun., 2004, p. 51-52.

<sup>386</sup> MEDAUAR, 2018, p. 117-118.

<sup>387</sup> EISENMANN, 1982, p. 462-472.

<sup>388</sup> ZANOBINI, Guido. **L'attività amministrativa e la legge**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 206-207. No original: “Proviamo per questo a confrontar le leggi concernenti la condotta di qualunque soggetto con quelle concernenti la condotta della pubblica amministrazione. Le prime, riguardo alle azioni materiali, se limitano a fissare quali di esse sono ai soggetti vietate (delitti civili e penali): cioè, esse tracciano, come si dice, i limiti della sfera giuridica individuale; la legge ha qui, perciò, una funzione prevalentemente negativa. Nel caso, invece, della pubblica amministrazione, per la quale pure si dice che il diritto si limita a determinare la sfera giuridica, troviamo che questa determinazione è fatta, non più in modo negativo, ma in forma esclusivamente positiva: la legge dice ciò che l'amministrazione può fare. Ossia, mentre l'individuo può fare tutto ciò che non gli è espressamente vietato, l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare”. Curiosa, aliás, é a similitude desta passagem com as expressões multicitadas na doutrina brasileira, sobretudo a partir de Hely Lopes Meirelles (a primeira edição da obra “Direito Administrativo Brasileiro” é de 1964), sem que, no entanto, seja citada a fonte, ou mesmo realizado o aprofundamento que matéria demanda.

que, para os demais sujeitos, representam o simples exercício de suas respectivas liberdades e seus respectivos direitos. Ocorre, portanto, que a lei, para os particulares, é uma vontade externa, transcendente, em razão de suas liberdades, em que se deve permitir tudo aquilo que a elas não é restringido. Por outro lado, a lei destinada à Administração Pública, para o autor<sup>389</sup>, é interna, visto que a “função administrativa dirige-se principalmente à aplicação das normas de direito administrativo”, razão pela qual “deve admitir-se que as normas em questão são dirigidas pelo legislador de modo principal aos órgãos administrativos”. Como é a própria Administração na busca de seus fins, só pode fazer o que a lei permite.

A relação da lei com a conduta da Administração desde uma perspectiva de vínculo de não contrariedade não é assunto pacífico na doutrina. Partindo da premissa de que a relação havida entre particulares difere-se da administrativa porque aquela rege-se pela autonomia da vontade e, assim, as partes escolhem as finalidades que desejam alcançar, enquanto a última a fim de atender o interesse público, não se presta a um escopo privado, e sim num dever jurídico inescusável, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>390</sup> afirma que a Administração Pública “só pode ser exercida na conformidade da lei”, sendo a atividade administrativa uma “atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. Para Bandeira de Mello, “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”, diferentemente dos particulares, “os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe”.

A doutrina administrativista parece estar de acordo quanto à inviabilidade de considerar-se válida tão somente a última acepção sistematizada por Einsenmann<sup>391</sup>, pela qual a Administração só poderia realizar atos ou medidas que a lei ordena. O próprio autor refere que os atos da Administração Pública nunca serão, ou nunca poderão ser, a execução de um imperativo legal. No mesmo sentido, Zanobini<sup>392</sup> leciona não ser possível aceitar que a função estatal seja meramente executiva, pois “o Estado não tem o dever de executar e implementar a

---

<sup>389</sup> ZANOBINI, 1955, p. 214-215. No original: “*Se la funzione amministrativa è principalmente rivolta alla attuazione delle norme di diritto amministrativo, bisogna ammettere che le norme in parola siano dirette dal legislatore in modo principale agli organi amministrativi*”.

<sup>390</sup> MELLO, 2015, p. 100-101.

<sup>391</sup> EISENMANN, 1982, p. 463.

<sup>392</sup> ZANOBINI, op. cit., p. 203-204. No original: “*Nell'amministrazione - si dice - lo stato non ha il compito di eseguire e di realizzare la norma giuridica, ma l'atro profondamente diverso, di soddisfare i bisogni e gl'interessi collettivi. Il diritto, perciò, non è qui, come nella giurisdizione, la norma da applicare al caso concreto: ma, come per l'individuo nella sua vita ed attività, è la norma nei limite della quale deve agire per raggiungere gli scopi pratici della sua vita, cioè soddisfare i bisogni e interessi che sono nei suoi fini. Come per gl'individui la legge non invade e non regole tutta la vita, ma solo delimita le sfere rispettive di libertà, così per l'amministrazione essa non determini ciò che caso per caso le varie autorità debbono fare, ma solo traccia i confini della sua sfera di attività per la cura degl'interessi pubblici che costituiscono il suo compito, la sua funzione*”.

norma jurídica, mas outro profundamente diverso, de satisfazer as necessidades e os interesses coletivos”. Por isso, a norma dada à Administração Pública não possui o mesmo sentido daquela da jurisdição, aplicável ao caso concreto. Se para o indivíduo a lei não invade e não regula toda a vida, mas apenas delimita a respectiva esfera de liberdade, para a Administração a lei não determina o que a autoridade deve fazer caso a caso, mas apenas traça e define sua esfera de atividade a fim de alcançar o interesse público que constitui seu dever, sua função. Para Aragão<sup>393</sup>, esta acepção “impediria qualquer esfera de apreciação própria da Administração Pública em um Estado social de Direito, que possui múltiplas e complexas atribuições, a serem exercidas em um contexto de grande dinamismo”.

Inclusive, o próprio Hely Lopes Meirelles<sup>394</sup> — cuja doutrina multicitada, reduzida em seu conhecido adágio, busca justificar, até os dias de hoje, a pretensão de uma administração mecanizada — já reconhecia, que “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”. Para o autor, a Administração “deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais”. No mesmo sentido de compreender a impossibilidade de limitar a Administração Pública à execução de atos ou medidas ordenadas pela lei, Odete Medauar<sup>395</sup> afirma que “se predominasse como significado geral do princípio da legalidade, paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração, o que é inviável”. Não se pode, portanto, apartar a legalidade no horizonte principiológico regente da atuação administrativa, pois é justamente de seu contato com as demais normas de Direito que ela ganha sentido. O modelo atual da Administração Pública de um Estado Democrático de Direito não comporta mais a noção subsuntiva, em que o ajuste da regra aos fatos perfeitamente conduz ao ato conclusivo. Pelo contrário, o ordenamento jurídico compõe de normas que são regras e princípios, o que exige, sempre, o temperamento da norma legal à atuação administrativa frente às situações reais e

---

<sup>393</sup> ARAGÃO, 2004, p. 52.

<sup>394</sup> MEIRELLES, 2016, p. 94. A propósito, o trecho citado compõe a obra original do autor, pelo menos desde a décima quarta edição, divulgada em 1989. Como se sabe, a leitura do clássico do autor deve atentar-se ao conteúdo desde uma perspectiva temporal. Assinala-se, por exemplo, que no capítulo que trata da legalidade administrativa há uma passagem, a menos na edição de 2016, que diz que “a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. 1 do parágrafo único do art. 22 da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos”. Ora, em sendo a lei de 1999, não se pode, por razões óbvias, atribuir a Hely sua autoria, pois falecido em 1990. A leitura de sua obra, nesta medida, comprometida, visto não haver a exata indicação daquilo que constitui a obra de Hely e aquilo que é fruto da edição dos co-autores José Emmanuel Burle Filho e Cara Rosado Burle.

<sup>395</sup> MEDAUAR, 2018, p. 118.

concretas. A legalidade, assim, está longe de assumir o caráter de tão somente informar toda a programação administrativa, pois, em verdade, jamais o conseguiria.

O terceiro sentido, pelo qual somente seriam permitidos atos cujo conteúdo estivesse conforme a uma hipótese abstrata fixada explicitamente por norma legislativa, traduz, conforme Medauar<sup>396</sup>, “uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei”. No sentido contrário, Estefam<sup>397</sup> adota a noção segundo a qual a Administração realiza a norma legislativa, o que implica na necessidade de correspondência lógica entre o conteúdo da ação da Administração e o desenho abstrato extraído da norma, como a “mais adequada para expressar a concepção do princípio da legalidade”. Para o autor, em determinados casos, “a lei prefigura com rigor e objetividade absolutos os pressupostos exigidos para a prática do ato e o seu conteúdo e, em outros, remanesce certa discricionariedade para a prática do ato”, evitando que a “densidade normativa da lei fique oca”. Por certo, o conteúdo da ação da Administração Pública deve guardar relação com o conteúdo da norma legislativa, sobremaneira quando esta reunir todos os elementos necessários à sua fiel execução. No entanto, não se olvida, conforme Medauar<sup>398</sup>, que a Administração hodierna não possui apenas esta função, ainda que o exercício do poder que se convencionou denominar de vinculado possa implicar decisões similares a atos cuja origem esteja normativa e hipoteticamente prevista. Necessita-se algo a mais.

Por fim, refere-se a segunda classificação, com o qual à Administração exige-se habilitação legal para adotar atos e medidas. Conforme Aragão<sup>399</sup>, trata-se do requisito de habilitação formal ao exercício da competência administrativa, bastando-se que existam leis que autorizem a atuação da Administração e “que, sem chegar a predeterminar o conteúdo dos direitos e obrigações, facultam à Administração Pública tomar uma entre várias medidas possíveis”. Para Medauar<sup>400</sup>, “esta é a fórmula mais consentânea com a maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral”. Este significado admite, contudo, gradações: a habilitação legal apresenta-se, muitas vezes, apenas como norma de competência, ou seja, como “norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida”; outras vezes, a lei “expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas”. Com efeito, a intensidade da vinculação da medida administrativa ao

---

<sup>396</sup> MEDAUAR, 2018, p. 118.

<sup>397</sup> ESTEFAM, 2013, p. 120.

<sup>398</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 118.

<sup>399</sup> ARAGÃO, 2004, p. 52

<sup>400</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 118.

conteúdo da norma é oscilante, mostrando-se mais forte quando diz de medidas que repercutem na esfera de direitos dos cidadãos. Ou, ainda, diante de diversas matérias que a Constituição Federal, as Constituições estaduais e as leis orgânicas de municípios exigem lei formal, o que evidentemente implica a edição da norma pelo Legislativo. Trata-se, aqui, segundo a professora, da reserva de lei, como a que ocorre nos termos do art. 68, §1º, II, da CF, que veda ao Legislativo a delegação nas matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais. O princípio da legalidade não pode, contudo, limitar-se ao sentido da habilitação legal, razão pela qual exige-se, na esteira do que leciona Medauar<sup>401</sup>, a conjugação do quarto sentido com o primeiro, pelo qual é vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. De fato, “a Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento”.

Por esta razão, Aragão<sup>402</sup> sugere a adoção de uma legalidade que não seja meramente formal, pois esta não fornece pautas de controle da substância dos atos, mas que também não seja uma legalidade substancial de excessiva densidade normativa, pela qual a lei deve sempre estabelecer parte do conteúdo dos atos futuros. A dinamicidade da atividade administrativa do Estado Democrático de Direito não é compatível com estes extremos normativos, razão pela qual supera-se a “separação rígida entre as duas versões extremas de conformidade legal”, passando a propugnar um “mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública”, o que representa habilitá-la por normas amparadas em princípios e valores. Segundo Aragão, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um “bloco de legalidade”, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade. A Administração Pública deve observar, assim, o critério de atuação conforme a lei e o Direito, donde emerge a locução “princípio da juridicidade”.

## **5.2 O sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa**

A doutrina administrativista ocupou-se em definir os novos contornos do princípio da legalidade, sobretudo a partir da constitucionalização, principialização e idealização do Direito como um sistema. Afastou-se, assim, da visão liberal de legalidade pela qual, como sintetiza Seabra Fagundes<sup>403</sup>, “onde há lei escrita, não pode haver arbítrio”. Com efeito, passou-se a admitir que administrar não é apenas aplicar a lei de ofício, senão servir aos fins gerais que

---

<sup>401</sup> MEDAUAR, 2018, p. 118.

<sup>402</sup> ARAGÃO, 2004, p. 62.

<sup>403</sup> FAGUNDES, 2010, p. 116.

são próprios da Administração Pública, dentro dos limites da lei — o que, por óbvio, é algo bem mais amplo. Na lição de Almiro do Couto e Silva<sup>404</sup>, “a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador”. Por óbvio, como salienta o professor, a Administração Pública não prescinde de uma base ou autorização legal para agir. No entanto, “no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público”.

A Administração Pública não está vinculada ao ordenamento jurídico tão somente em razão da lei formal, mas sim à totalidade de um sistema jurídico que confere-lhe unidade de sentido normativo. Como visto, o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, com a superação da noção monista das regras jurídicas, bem como a elevação da Constituição como síntese axiológica-teleológica da ideia de Direito vigente, ou seja, como fonte superior do ordenamento jurídico, permitiu o aprimoramento, senão substituição, da ideia de que o agir da Administração Pública, diante de um todo normativo, deriva apenas de uma parte dele. Passou-se à compreensão de uma vinculação ao todo normativo, ou seja, à totalidade das normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico — sob o manto, sempre, da Constituição da República. O princípio da legalidade passa a representar um sentido muito mais amplo do que a simples sujeição da Administração à lei, pois esta submete-se, invariavelmente, igualmente ao Direito, ou seja, ao ordenamento jurídico, sobremaneira às normas e preceitos constitucionais. Este é, sinteticamente, o sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade.

A noção pela qual os valores que integram o ordenamento jurídico passam a informar a Administração Pública para além da legalidade formal não é, todavia, uma novidade entre os administrativistas ocidentais. Já na década de 20 do século passado, Adolf Merkl<sup>405</sup> analisava o lugar da Administração na estrutura escalonada da ordem jurídica, partindo da premissa de que a relação havida entre administração e Direito Administrativo é essencialmente necessária pois decorre da natureza da administração como função do Estado. A existência de uma função do tipo do que se chama “administração” não é requisito de nenhum Estado. No entanto, se ela existe, “não poderá ser sem direito administrativo”. A Administração é função jurídica, ou seja, como aplicação do direito e, principalmente, como aplicação do Direito Administrativo. Para

---

<sup>404</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: COUTO E SILVA, 2015, p. 70.

<sup>405</sup> MERKL, 1975, p. 208-229.

Merkel<sup>406</sup>, “todo conceito jurídico da administração o determina como uma atividade de Estado”, independente da forma que se qualifique esta atividade. Contudo, a atividade estatal não pode ser reconhecida além donde exista um preceito jurídico que expressa a vontade do Estado a uma atividade semelhante. Não se afasta, aqui, da noção pela qual o particular pode fazer tudo o que não lhe seja proibido expressamente, e que a Administração Pública (ou, nas palavras do autor, o órgão, o Estado) “pode fazer somente aquilo que expressamente o direito o permite, isto é, o que cai dentro de sua competência”. Este é o ponto nevrálgico da doutrina de Merkel, pois compreende a submissão ao Direito, e não tão somente à lei. O Direito Administrativo se apresenta como uma soma de preceitos jurídicos, não sendo “somente a *condicio sine qua non*, senão *condicio per quam* da administração”, pois o Direito é a regra de produção da função estatal correspondente regulada por ele, sendo o Direito Administrativo é a regra de produção da Administração, ou, num sentido contrário, a Administração é aplicação do Direito Administrativo.

Neste sentido, Merkel<sup>407</sup> afirma que “a conexão necessária entre direito e administração pode ser designada como princípio da juridicidade da administração”. Pela juridicidade, não apenas a Administração condiciona-se pela existência de um Direito Administrativo, mas também cada ato administrativo deve se descrever pela existência de um preceito administrativo que admita semelhante ação. Conforme o autor, interpretar a juridicidade representa que a suposta liberdade completa, *a priori*, da Administração, deverá e poderá ser substituída, *a posteriori*, mediante a sujeição a vínculos jurídicos. Trata-se de um princípio que representa, em verdade, uma lei jurídico-teórica, sem exceções, e inviolável. Cada ação administrativa concreta, se se quer ter a certeza de que, de fato, se trata de uma ação administrativa, deverá ser examinada desde a noção da sua relação com a ordem jurídica. A função jurídica, como aplicação do Direito, apenas assim caracteriza-se na medida em que puder ser referida a um preceito jurídico, ou que deste parta ou derive. Ou seja, um ato que se pretenda administrativo só o será se puder ser legitimado por norma jurídica que preveja semelhante ação. Sobrevém, então, a ideia pela qual a juridicidade não permite que se estabeleça uma diferença

---

<sup>406</sup> MERKL, 1975, p 211. No original: “[...] *la administración no puede ser entendida sino como función jurídica; esto es, como aplicación del derecho y, en especial, como aplicación del derecho administrativo. Todo concepto jurídico de la administración lo determinan como una actividad del Estado, sea cualquiera la forma en que cualifique esta actividad. Pero actividad del Estado no puede ser reconocida más que allí donde exista un precepto jurídico que exprese la voluntad del Estado para semejante actividad [...] El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el Estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia [...] El derecho administrativo no es sólo la condicio sine qua non, sino condicio per quam de la administración*”

<sup>407</sup> Ibid., p. 211. No original: “*La conexión necesaria entre derecho y administración puede ser designada como principio de la juridicidad de la administración*”.

classificatória entre as funções estatais, pois as coloca, justamente, no mesmo plano do sistema das funções estatais. É o que também acontece com o princípio da legalidade administrativa. Contudo, juridicidade e legalidade não estão em oposição, mas também não se confundem. Para Merkl<sup>408</sup>, “o princípio da legalidade é um caso especial de aplicação do princípio da juridicidade” e, como a lei não é mais do que uma dentre as fontes jurídicas, a legalidade, portanto, é uma “juridicidade qualificada”. A juridicidade administrativa, na sua origem terminológica, apresentava-se como uma “lei jurídico-teórica que se baseia na natureza que possuem todas as atividades do Estado de ser funções jurídicas”, ao passo que o princípio da legalidade mostrava-se como “um postulado jurídico-político, que requer consagração legal para que tenha existência jurídico-positiva”. Então, a existência da juridicidade da administração precede a todas as Administrações, ao passo que a exigência de legalidade apoia-se em cada ordenamento jurídico, não possuindo valor para além deste ordenamento.

Ainda que o vocábulo “juridicidade” remonte às formulações de Adolf Merkl, seu conteúdo encontra referência naquilo que os administrativistas franceses, ainda no fim do século XIX, denominavam de bloco de legalidade (*bloc de la légalité*). A lei parlamentar, no Direito francês, perdeu relativamente seu peso, implicando o reconhecimento, no âmbito do ordenamento jurídico-administrativo, da possibilidade do juiz administrativo identificar princípios gerais de Direito como possuindo valor muito similar ao da lei formal, para assim conduzir à materialização da própria legalidade. A Administração, na realidade francesa, passou a conjugar-se com a jurisdição administrativa a fim de primar pelo respeito ao que chamam de “bloco de legalidade”, que tem na doutrina de Maurice Hauriou<sup>409</sup> sua primeira expressão, a legalidade é compreendida no sentido do “reinado soberano da lei”. Esta, em sua completa definição, “é a regra escrita, obra deliberada de reflexão social, que contém uma determinação do regime de Estado, ou seja, uma alteração no sentido da liberdade”. Hauriou identifica que o regime da legalidade está estabelecido, primeiro, “quando todas as fontes do direito diversas da lei estão subordinadas à lei” e, segundo, “quando todas as manifestações da

---

<sup>408</sup> MERKL, 1975, p. 215. No original: “*El principio de legalidad es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad. La ley no es más que una entre las fuentes jurídicas, la legalidad, por lo tanto, una juridicidad cualificada. [...] Así como el principio de juridicidad de la administración es una ley jurídico-teórica que se funda en la naturaleza que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas, el principio de legalidad es un postulado jurídico-político, que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva*”

<sup>409</sup> HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et Droit Public Général**. 4. ed. Paris: Sirey, 1900, p. 28. No original: “*Je prends légalité dans le sens de règne souverain de la loi. La loi dans sa définition complète est la règle écrite, œuvre délibérée de réflexion sociale, contenant une détermination du régime d’Etat, c’est à-dire une réforme dans le sens de la liberté. Le régime de la légalité est établi : 1° Lorsque toutes les existences sociales, y compris l’Etat, considéré comme individualité politique, gouvernementale et administrative, sont soumises au bloc du droit legal*”.

existência social, inclusive o Estado considerado em sua individualidade política, governamental e administrativa, estão subordinadas ao bloco legal do direito”.

O conceito de *bloco de legalidade*, ao menos aquele que se deduz da sua concepção primitiva, não expressa a inteira significação que se pretende ao denominar a ampliação do sentido da legalidade como *juridicidade* — ou, pelo menos, se adotada, necessita ressalvas. Da lição de Hauriou<sup>410</sup> extrai-se a ideia de que o “*bloc de légalité*” implica duas sujeições, a saber, a (1) subordinação das fontes do Direito à lei e a (2) subordinação de todas as “existências sociais”, sobretudo o Estado, ao bloco legal. Na primeira, as fontes do direito como costume, jurisprudência e regulamento devem estar todas subordinadas à lei, o que compreende que elas podem supri-la em certa medida, mas não ab-rogá-la ou corrigi-la. Aqui a via é una: apenas as fontes estão sujeitas à lei; esta não se sujeita ao costume, ao regulamento ou à jurisprudência. Assim, não há de se falar na possibilidade, sob o sentido do bloco de legalidade, da flexibilização do texto normativo extraível da lei a fim de privilegiar outra fonte do Direito. Logo, juridicidade não é sinônimo de bloco de legalidade. No entanto, compreende-se a recorrente utilização, por parte da doutrina contemporânea, do sentido que pretende assimilar, ou muitas vezes igualar, as ditas expressões. É que, no contexto do direito francês, o juiz administrativo possui o poder de controlar a legalidade dos atos administrativos com base em vários textos que formam o dito “bloco de legalidade administrativa”. Ainda, porque predomina a noção de que os padrões de referência que compõe a lei estão em constante evolução para se adaptar às evoluções e expectativas da sociedade.

Ou seja, a sociedade muda e a lei deve a ela se adaptar. Neste contexto, a noção de bloco de legalidade, portanto, não se refere a uma ideia de homogeneidade, mas considera a natureza cumulativa de regras que têm uma coisa em comum: são padrões de referência no controle de atos administrativos pela jurisdição administrativa. Portanto, define-se o bloco de legalidade como a soma das normas que regem a promulgação de atos administrativos e que, como tais, são assumidas pelo controle. Assim, as práticas administrativas incursas no bloco de legalidade são compostas por atos administrativos que impõem uma constante adaptação da legalidade às transformações da ação administrativa. Doutra banda, a noção do bloco de legalidade também compõe a subordinação de todas as “existências sociais” ao bloco legal. Para Hauriou<sup>411</sup>, não basta que a lei estabeleça seu império sobre as outras fontes do Direito, pois é necessário que toda a vida social esteja subordinada ao Direito. Não é novidade, na doutrina administrativista francesa do início do século XX, que o Estado, como governo e como

---

<sup>410</sup> HAURIUO, 1900, p. 29.

<sup>411</sup> Ibid., p. 30.

administração, encontra-se obrigado pelo bloco legal, ou seja, pelo conjunto de leis e regulamentos legalmente estabelecidos. Ter-se-ia, então, a grande dificuldade de se admitir que a Administração Pública obriga a si mesma por intermédio dos regulamentos que ela mesma estabelece para sua própria organização. No entanto, Maurice Hauriou<sup>412</sup> compreende que o Direito Administrativo responde a tal dificuldade afirmando que essa hipótese trata simplesmente da possibilidade de limitação da soberania pela própria soberania. Observa-se, de qualquer forma, que o sentido denotado ao princípio é o de que os regulamentos devem estar subordinados à lei e, portanto, ser legalmente estabelecidos, que leis e regulamentos formam um só bloco e constituem igualmente os elementos da legalidade. A legalidade administrativa contém o chamado bloco de constitucionalidade, as convenções internacionais, as leis, os princípios gerais do Direito e, finalmente, os atos administrativos cujo valor é superior àquele de cujo litígio é submetido ao controle. Neste sentido, tais atos administrativos, leis e convenções internacionais fazem parte do bloco de legalidade administrativa desde que seu conteúdo se aplique à ação administrativa.

Não obstante, o conceito empregado pela doutrina hodierna ao bloco de legalidade representa, conforme Binenbojm<sup>413</sup>, a interpretação do “ordenamento jurídico como um todo sistêmico”. Assim, a vinculação da atividade administrativa “não circunscreve, portanto, à lei formal”, mas àquele bloco. Para o autor<sup>414</sup>, “com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade” — ou seja, as regras e princípios constitucionais tornam-se o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. O princípio da legalidade, aqui, mesmo ainda sendo muito importante, “passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais”. O conceito de juridicidade assume, portanto, a função de delimitar a atuação da Administração Pública ao Direito como um todo, e não mais tão somente à lei. É a partir da interpretação de princípios e regras constitucionais que a juridicidade administrativa abarca o princípio da legalidade administrativa. Desta forma, a atividade da Administração Pública ainda se realiza segundo a lei, desde que esta seja constitucional — numa atividade *secundum legem*. No entanto, esta mesma atividade pode buscar fundamento direto na Constituição, a despeito ou para além da lei — numa atividade *praeter legem*. Em caso último, a atividade administrativa pode se legitimar perante o Direito, mesmo que contrário à lei, mas amparado na ponderação da

---

<sup>412</sup> HAURIU, 1900, p. 30-31.

<sup>413</sup> BINENBOJM, 2008, p. 141.

<sup>414</sup> Ibid., p. 12-13.

legalidade com outro(s) princípio(s) constitucional(is), numa leitura otimizada da Constituição — atividade *contra legem*.

Tem-se, portanto, a identificação de que, conforme Irene Nohara<sup>415</sup>, “a moldura do Direito não abrange apenas as regras jurídicas previstas, sendo também ilegais ações administrativas que se desviem dos princípios”, pois estes também ostentam caráter normativo. De fato, é inviável que, na práxis da Administração Pública, haja sempre determinado comando legal para todo e qualquer ato. Tornou-se necessário, portanto, na lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>416</sup>, “substituir o princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, de modo a evidenciar que a Administração Pública não se submete apenas à lei formal, mas ao Direito como um todo” Para Odete Medauar<sup>417</sup>, ainda que o sentido de poder, garantia e limitação do poder que marca a submissão da Administração Pública à legalidade permaneça, a ideia genérica da legalidade evoluiu. Alguns fatores contribuíram para isto: primeiro, a sacralização do princípio da legalidade gerou “um desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo”; depois, o formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, que passaram a exigir minúcias irrelevantes; ainda, com as transformações do Estado, houve o deslocamento do poder, passando o Executivo a predominar sobre o Legislativo; a perda do sentido de que a lei votada pelo Legislativo expressa a vontade geral, passando a ser a vontade de maiorias parlamentares, geralmente controladas pelo Executivo; a ampliação da função normativa do Poder Executivo, como autor de projetos de lei, como legislador por delegação, como legislador direto, ao editar medidas provisórias, como emissor de decretos, portarias e circulares que afetam direitos.

Por outro lado, mas ainda neste vasão, houve a expansão e aprimoramento dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Diante disto, prossegue Medauar<sup>418</sup>, “buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento”. Na realidade brasileira, como visto, a compreensão de que todos os entes e órgãos da Administração devem obediência ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37) deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, mas também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito e,

---

<sup>415</sup> NOHARA, 2018, p. 69.

<sup>416</sup> ROCHA, 1994, p. 79.

<sup>417</sup> MEDAUAR, 2018, p. 117.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 117.

ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional — “as inúmeras fontes normativas e a ideia de um princípio de legalidade diferente do clássico convidam muitos autores a mudar o seu nome para princípio da juridicidade”.

Para Luís Roberto Barroso<sup>419</sup>, o pensamento jurídico clássico dava margem à duas ficções que, na realidade, apenas expressavam o interesse ideológico dos setores homogêneos da sociedade. O primeiro, no sentido de que o Direito era produto da razão e de uma justiça imanente. O segundo, no sentido de que o Direito era realizado, interpretado e concretizado desde uma operação lógica e dedutiva, na qual o juiz se limitava a inserir o fato na norma, mediante subsunção, tão somente extraindo a consequência jurídica nela já contida. No entanto, o curso do Direito ao longo do século XX importou na ideia de que, não raro, o Direito expressa a justiça imanente, e sim os interesses daqueles que dominam e, muitas vezes, a solução dos dilemas jurídicos não estarão pré-definidas no ordenamento jurídico: terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, mediante recursos alheios ao sistema normativo, a fim de legitimar a decisão nos valores morais e nos fins políticos legítimos. Segundo Barroso<sup>420</sup>, supera-se a “ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse”. Ora, o administrador não só pode como deve atuar buscando fundamento direto a Constituição, independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. Transmuda-se, assim, o princípio da legalidade, “em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nesta ordem”<sup>421</sup>.

Legalidade e juridicidade andam umbilicalmente relacionadas, podendo, em alguma medida, confundirem-se. Em verdade, há quem entenda ser legalidade espécie do gênero juridicidade. Para Diogo Moreira Figueiredo Neto<sup>422</sup>, o princípio da juridicidade, ao importar na submissão do agir ao Direito, torna-se condição da convivência social, pois a todos são exigidas condutas juridicamente prescritas, torando-se a regra geral das sociedades livres. Contudo, “se a liberdade é a regra para os indivíduos, em reverência ao princípio da dignidade

---

<sup>419</sup> BARROSO, 2018, p. 351.

<sup>420</sup> Ibid., p. 420.

<sup>421</sup> Zagrebelsky entende que a unidade do ordenamento jurídico é atingida de modo eficaz pelo princípio da constitucionalidade. Para o autor: “*La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación [...] el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad*”. Neste sentido: ZAGREBELSKY, 2003, p. 40.

<sup>422</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 85.

da pessoa humana, a submissão do agir do Estado ao Direito será sempre mandatória, pois o Poder Público não pode atuar, sob hipótese alguma, fora de suas pautas”. No Direito Público, ao revés do que ocorre no Privado, não há qualquer liberdade no agir do Estado, atuando o Direito como seu único e próprio fundamento de ação. Para Moreira Neto, o princípio da juridicidade engloba três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade. Trata-se do mais importante princípio instrumental, “informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade”.

Contudo, a identificação da legalidade com a juridicidade, ou vice-versa, não é unanimidade na doutrina. Para Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>423</sup>, as duas acepções dadas à legalidade (tanto no sentido de vinculação à lei formal quanto ao ordenamento jurídico) têm como preocupação solucionar a crise que o próprio princípio da legalidade experimenta, na condição de modelo jurídico de vinculação dos poderes estatais. Mas, para o professor, “a adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência da própria Constituição de 1988”, apoiando-se em dois argumentos. No primeiro, de ordem lógica, pontua que se o princípio da legalidade tivesse a intenção de abarcar a própria noção de vinculação constitucional do agir da Administração Pública, seria inútil e despida de sentido elencar outros princípios constitucionais como de observância obrigatória; ou seja, considerando os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência de que trata o *caput* do art. 37, “resta subjacente que a legalidade não esgota a regulação jurídica da administração”.

No segundo, a adoção do conceito amplo faz com que legalidade se confunda com constitucionalidade, pervertendo-se a “hierarquia das fontes do direito quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados”; ou seja, legalidade e constitucionalidade não podem ser colocados no mesmo plano, pois a própria Constituição Federal de 1988 delimita, por exemplo, o objeto que diferencia recurso extraordinário e recurso especial. O autor, no entanto, alerta que não está a defender a inexistência do princípio da juridicidade e, conseqüentemente, a desvinculação da atuação administrativa ao Direito como um todo, pois, “pelo contrário, sustenta-se apenas a diferenciação e a autonomia dos dois princípios, que exigem a delimitação dos seus respectivos fundamentos normativos e conteúdos jurídicos”. Sob qualquer prisma, a legalidade administrativa impõe a exigência de ação *secundum legem*, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, e o princípio da juridicidade, “igualmente condicionante do agir

---

<sup>423</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

administrativo”, é extraído “de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado”, donde se inclui os direitos humanos e os princípios constitucionais não expressos, importando o dever de obediência, por parte da Administração Pública, à integralidade do sistema jurídico.

A consolidação do princípio da juridicidade constitui-se como novo paradigma do Direito Administrativo. A legalidade é bem mais ampla que a mera sujeição do administrador à lei, pois este, na lição de Lúcia Valle Figueiredo<sup>424</sup>, “deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante”. Com efeito, o sentido da vinculação da Administração Pública brasileira à juridicidade é, não apenas dedutível do texto constitucional, mas expresso no direito infraconstitucional, a saber, na Lei Federal n. 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, que prescreve, no art. 2º, parágrafo único, I, que a atuação do administrador deve ser “conforme a lei e o Direito”<sup>425</sup>. A Administração, assim, como diz Carlos Ari Sunfeld<sup>426</sup>, “não age apenas de acordo com a lei”, pois “subordina-se ao que se pode chamar de bloco de legalidade”. Para o professor, “não basta a autorização legal: necessário atentar à moralidade administrativa, à boa-fé, à igualdade, à boa administração, à razoabilidade, à proporcionalidade — enfim, aos princípios que adensam o conteúdo das imposições legais”.

Portanto, a subordinação à lei complementa-se com a ideia de subordinação ao Direito, no sentido de não haver apenas um dever de obediência à lei ordinária, mas, senão antes, um dever de obediência à Constituição, ao Direito Internacional, aos regulamentos. Ainda, o princípio da legalidade não visa apenas à proteção dos interesses jurídicos ou direitos dos particulares, e também não apenas à proteção dos interesses que são objetivos da Administração Pública e pelo Estado, mas, sim, garantir sejam as normas aplicáveis respeitadas, tanto no interesse da Administração quanto dos particulares. A legalidade já não mais representa apenas um limite à ação administrativa, mas é fundamento. Estas são as mudanças que Diogo Freitas

---

<sup>424</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42.

<sup>425</sup> Não se desconhece que a Lei Federal n. 9.784/99, como sua própria ementa registra, regula o processo administrativo no âmbito da União Federal, alcançando apenas as entidades e órgãos da Administração Pública federal. É que, nos termos do art. 18 da Constituição Federal, cada unidade que compõe a federação possui autonomia e, ainda, competência legislativa sobre matérias de Direito Administrativo (há quem refira, aliás, que o ordenamento jurídico brasileiro possui 5.5598 “direitos administrativos”, pois, afinal, são 5.570 municípios, 26 estados, um Distrito Federal e a União Federal). No entanto, já assentou-se na jurisprudência dos Tribunais brasileiros a possibilidade da aplicação subsidiária da Lei Federal n. 9.784/99 àqueles entes federados que não possuam lei sobre processo administrativo (STJ, Resp n. 1.148.460, Min. CASTRO MEIRA, em 19.10.2010).

<sup>426</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 42.

do Amaral<sup>427</sup> aponta em relação à legalidade administrativa, também compreendendo pela superação do positivismo legalista, pois preceituam a vinculação da Administração também ao Direito não constituído em lei, cobrando dela que realize, na atividade normativa e concreta, a conformidade à totalidade das normas que integram o ordenamento jurídico. Como sintetiza a já clássica passagem de Paulo Otero<sup>428</sup>, o princípio da juridicidade administrativa denota uma “legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade deste mesmo poder”. Com efeito, as repercussões da constitucionalização e principialização do Direito vão além da ampliação do sentido da legalidade. Ao integrar o sentido da lei, alteram-se também os limites da discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, o controle judicial.

### 5.3 Juridicidade e discricionariedade

A ampliação ao sentido da juridicidade fez-se acompanhar de uma evolução que também alcançou a discricionariedade administrativa. Esta é compreendida quando a lei e o Direito estabelecem como atribuição do órgão ou do administrador determinar sua própria ação, desde uma valoração pessoal sobre a justeza, correção, conveniência e oportunidade do ato. Atrela-se, pois, ao poder discricionário, conceituado por Odete Medauar<sup>429</sup> como a “faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis”. Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>430</sup>, o sentido da discricionariedade emerge quando a disciplina legal faz remanescer certa margem de liberdade em favor do administrador, cabendo a este preencher, a partir de seu juízo subjetivo e pessoal, o campo que a norma deixou indeterminado, para satisfazer a finalidade da lei no caso concreto. Portanto, poder discricionário e lei estão intimamente atrelados, pois, como leciona Almiro do Couto e Silva<sup>431</sup>, “poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca”, pois “o poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente”. Por tal razão é que a mutação do princípio da legalidade trouxe importantes alterações ao poder discricionário.

---

<sup>427</sup> AMARAL, 2005, p. 371-372.

<sup>428</sup> OTERO, 2003, p. 15.

<sup>429</sup> MEDAUAR, 2018, p. 104.

<sup>430</sup> MELLO, 2015, p. 89.

<sup>431</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 171.

O conceito primário de discricionariedade pretendia denotar a liberdade de atuação administrativa limitada pela lei formal. Contudo, com a constitucionalização do Direito Administrativo e, conseqüentemente, com a passagem da sujeição ao ordenamento jurídico como um todo, passou-se a conceber a mesma noção à discricionariedade. Ainda no início da década de 90 do século passado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>432</sup> já afirmava que “à medida que a lei foi adquirindo seu sentido axiológico perdido na época do Estado liberal, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa”. Para a professora, ao lado do princípio da legalidade, aqui já na sua nova feição, colocam-se os “princípios gerais de direito e os princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público, da motivação, como essenciais na delimitação no âmbito da discricionariedade que a lei confere à Administração Pública”. Há um amplo controle jurisdicional da Administração conferido pelo sistema constitucional, sendo extensível inclusive ao mérito dos atos administrativos, já que a Constituição impõe como limite à atuação administrativa a obediência aos princípios descritos no *caput* do art. 37. Assim, conforme Maren Taborda<sup>433</sup>, existe uma “tendência crescente no Brasil de ampliar-se o controle judicial verificada com a distinção entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados”, sendo estes utilizados frequentemente pelo legislador para elucidar o motivo e a finalidade do ato, o qual pode se dar, dentre outros, pelo interesse público, conveniência administrativa, moralidade e ordem pública. Distingue-se, assim, a discricionariedade da interpretação, impedindo-se que arbitrariedades sejam cometidas pela Administração sob alegação de estar agindo discricionariamente.

Com a ampliação do princípio da legalidade administrativa, pela qual se passa a contemplar princípios, regras e valores de diferentes pesos normativos, a “teia de relações mútuas existentes entre princípios, valores e regras”, assevera Fabrício Motta<sup>434</sup>, “sustenta o sistema jurídico e condiciona seu entendimento, sua aplicação e interpretação nos casos concretos”. Desta forma, “o exercício da competência discricionária aparece necessariamente vinculado aos princípios constitucionais”, com o que um ato discricionário é eivado de vícios, não apenas quando contrário à legalidade, mas também quando afronta ou desprestigia algum princípio constitucional estendível à Administração Pública. Portanto, conforme Di Pietro<sup>435</sup>, a “discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito”, pois, assim como o princípio da legalidade vai adquirindo, ao

---

<sup>432</sup> DI PIETRO, 2012, p. 2-3.

<sup>433</sup> TABORDA, 2014, p. 179.

<sup>434</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 228.

<sup>435</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 171.

longo do percurso evolucionar, conteúdo material até então desconhecido, incorporaram-se outros aos limites até exclusivamente formais à discricionariedade administrativa, mormente quanto à competência e à forma.

Portanto, a noção inaugurada pela constitucionalização do Direito Administrativo produziu acentuados reflexos sobre o princípio da legalidade, o qual foi largamente ampliado, bem como sobre a discricionariedade, a qual, no entanto, resultou consideravelmente reduzida. A incorporação de valores e princípios como ordenadores dos poderes estatais fez deles obrigatórios à Administração Pública, cuja discricionariedade restou limitada, não apenas pela lei (princípio da legalidade formal), mas pela soma de valores e princípios constitucionalmente estabelecidos (princípio da legalidade ampla, ou juridicidade). Ainda, a principiologia passou a informar também o Poder Judiciário, cuja articulação permitiu a ampliação do controle sobre as leis e atos administrativos, desde a interpretação valorativa afirmada no ordenamento jurídico. Assim, para Medauar<sup>436</sup>, atualmente, “no âmbito de um Estado de direito, é impossível cogitar-se de poder discricionário fora do direito, subtraído a toda disciplina legal”, pois, na clássica dicotomia havida entre poder vinculado e poder discricionário, aquele representa as matérias de reserva legal absoluta, ao passo que o último diz das matérias de reserva legal relativa. Para a professora, “discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar”, ou seja, é uma liberdade-vínculo que só vai se exercer a partir de uma atribuição legal, tanto explícita quanto implícita, do poder específico a determinados órgãos ou certas autoridades. Já o poder discricionário “sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo”. Há, portanto, e ainda, uma margem livre de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis, razão pela qual a discricionariedade administrativa dota-se, substancialmente, “de um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento”.

A partir da habilitação legal, a autoridade é livre para escolher por um ou outro ato, bem como para fixar o conteúdo destes atos, amparado pelas arestas da liberdade. O ordenamento, aqui, é indiferente em razão da predeterminação legislativa do conteúdo da decisão. Ou seja, quando a autoridade exerce seu poder discricionário, deve se atentar ao interesse público quanto à competência conferida. Assim, ao invés de um espaço de livre escolha do administrador, encontram espaço “mais direcionamentos ao poder discricionário”,

---

<sup>436</sup> MEDAUAR, 2018, p. 105-106.

sobretudo a partir dos princípios que surgem e informam o Direito Administrativo. Princípios e valores implicados pela Constituição Federal restringem a discricionariedade administrativa, conduzindo o agir da Administração Pública. Conforme Di Pietro<sup>437</sup>, “a consequência da ampliação da legalidade é a redução da discricionariedade e, como não podia deixar de ser, do mérito do ato administrativo”. Não obstante, os fenômenos da constitucionalização dos princípios e dos valores que, hodiernamente, integram a noção do princípio da legalidade, não apenas limitaram a discricionariedade administrativa, como passaram a influir na ampliação do controle dos atos administrativos. Por esta razão, uma vez considerada e justificada a ampliação do sentido do princípio da legalidade, implica a análise da sua operatividade no controle da atuação da Administração Pública — matéria que constitui o derradeiro capítulo desta pesquisa.

---

<sup>437</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, n. 2, jul./dez., 2016, p. 197.

## 6 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E JURIDICIDADE

O desenvolvimento da ideia do princípio da juridicidade administrativa como a vinculação direta da Administração Pública à Constituição mitigou a então clássica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários. Em verdade, a Administração nunca está em uma situação de discricionariedade ou vinculação pura. Conforme Georges Vedel<sup>438</sup>, “não existe competência vinculada pura”, pois mesmo quando a Administração Pública se encontra obrigada a fazer determinado ato, ainda assim existe, em muitas circunstâncias, a liberalidade da escolha de fazê-lo. No mesmo sentido, e principalmente, “não existe poder discricionário puro”, tendo desaparecida, há décadas, “a ideia de que existem ‘atos discricionários’ que escapariam a qualquer controle da legalidade”<sup>439</sup>. A Administração Pública atual encontra-se atrelada, não mais à polarizada relação entre discricionariedade e vinculação, mas aos diversos graus de relação de seus atos à juridicidade. Assim, viu-se que o Estado de Direito fundamenta-se no tripé da separação dos poderes, da juridicidade administrativa e do controle dos atos do Poder Público.

O Estado, portanto, não prescinde, a fim de tutelar os interesses públicos, de seus meios de controle. Com a concepção estrita de legalidade, o controle é igualmente estrito e, invariavelmente, mais tímido, sobretudo o externo, cingindo-se a analisar se a Administração Pública cumpriu, ou não, a lei. Doutra banda, se a sujeição da Administração Pública se amplia da legalidade estrita à juridicidade, o refinamento do controle de seus atos conduz à sua igual ampliação. Este capítulo final se propõe a analisar os limites e as possibilidades do controle da juridicidade da Administração Pública, sobretudo a fim de perquirir quais os efeitos e quais as manifestações concretas que a aludida ampliação opera no âmbito da Administração Pública do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>438</sup> VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1964, p. 319. No original: “*En réalité, l'Administration ne se trouve jamais dans une situation de pur pouvoir discrétionnaire ou de pure compétence liée. Il n'y a jamais pure compétence liée : même quand l'Administration est obligée de faire un acte, elle dispose dans une certaine mesure de ce que Hauriou appelait le "choix du moment". Mais surtout, il n'y a jamais pur pouvoir discrétionnaire. L'idée selon laquelle il existerait des actes discrétionnaires qui échapperaient à tout contrôle de légalité a disparu depuis plus de cinquante ans de la jurisprudence. En effet, il existe au moins trois points sur lesquels, à propos de toute décision administrative, la compétence de l'Administration est liée*”.

<sup>439</sup> Para Vedel, há pelo menos três pontos em que, com relação a qualquer decisão administrativa, a jurisdição da Administração está vinculada: a competência do órgão administrativo, os fundamentos fáticos e jurídicos em que se baseia uma decisão, e objetivo de interesse público. Assim: “*En effet, il existe au moins trois points sur lesquels, à propos de toute décision administrative, la compétence de l'Administration est liée : Tout d'abord, la compétence de l'organe administratif est toujours matière de compétence liée; la loi fixe en effet de façon impérative les attributions de chaque agent administratif. Ensuite, les motifs, c'est-à-dire les considérations relatives à la situation de fait ou de droit qui fonde une décision, doivent toujours être matériellement et juridiquement exacts, même si l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la portée et les conséquences de cette situation. Enfin, le but poursuivi doit toujours être un but d'intérêt public*”. Neste sentido: *Ibid.*, p. 319-320.

## 6.1 Controle da Administração Pública e legalidade

A submissão do Estado a mecanismos de controle é elemento indissociável da noção de Estado de Direito<sup>440</sup>. Afinal, como refere Têmis Limberger<sup>441</sup>, “quanto mais se desenvolvem os mecanismos de controle por parte da sociedade com relação ao Estado, na mesma proporção se dá o aprimoramento e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito”. Os fundamentos do controle da Administração Pública apoiam-se, portanto, numa relação efetiva e concomitante da repartição de poderes, da participação do cidadão e no império da juridicidade. Cuida-se da expressão mais efetiva da concretização do poder emanado do povo — ou, na acepção de Montesquieu<sup>442</sup>, “é necessário que, pela natureza das coisas, o poder detenha o poder”. O art. 15 da Declaração de Direitos de 1789 enunciou que “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”. Ou seja, a utilização do poder pela Administração Pública passa a ser limitada e conformada a partir de um sistema de controle. Portanto, o Estado de Direito implica um Estado cujo ordenamento é, ao mesmo tempo, por ele criado e a ele imposto. Como afere Diez<sup>443</sup>, o mais importante fim da Administração é controlar sua própria atividade. Conclui-se, então, que uma Administração Pública somente se legitima quando regida por normas que lhe atribuem poder e, simultaneamente, contemplam modos de controle interno e externo. Neste sentido, Marciano Bacigalupo<sup>444</sup> “o mandato constitucional de plena justiciabilidade da atividade administrativa [...] significa que sempre que houver uma regra de conduta, dirigida à Administração, sempre haverá uma regra de controle”. Portanto, o processo evolutivo experimentado pelo princípio da legalidade administrativa no desenvolver do Estado de Direito seria inócuo se, na atual conformação que se pretende, inexistissem instrumentos efetivos que permitam controlá-lo.

O controle da Administração Pública significa, na lição de Irene Nohara<sup>445</sup>, o “conjunto de mecanismos que permitem a vigilância, a orientação e a correção da atuação

---

<sup>440</sup> Como visto, Almiro do Couto e Silva refere que a noção que o Estado de Direito se apresenta, sob o aspecto material, a partir das ideias de justiça e segurança jurídica; e, sob o ângulo formal, (a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais, a (b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por “freios e contrapesos” (*checks and balances*), (c) a legalidade da Administração Pública e (d) a proteção da boa fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*). Nesse sentido: COUTO E SILVA, 2015, p. 19.

<sup>441</sup> LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 26-27.

<sup>442</sup> MONTESQUIEU, 1996, p. 76.

<sup>443</sup> DIEZ, Manuel Maria. **Manual de derecho administrativo**, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 36.

<sup>444</sup> BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 78. No original: “Así, pues el mandato constitucional de plena justiciabilidad de la actividad administrativa [...] significa que allí donde haya una norma de conducta, dirigida a la Administración, habrá siempre a la vez una norma de control, dirigida al juez contencioso-administrativo”.

<sup>445</sup> NOHARA, 2018, p. 901.

administrativa para que ela não se distancie das regras e princípios do ordenamento jurídico e dos interesses públicos que legitimam sua existência”. A vigilância se dá mediante a fiscalização da atuação administrativa; a orientação busca direcionar a atuação administrativa ao preenchimento das necessidades coletivas, contanto que estejam de acordo com as possibilidades do ordenamento jurídico (é o que se realiza, na realidade brasileira contemporânea, pelas Procuradorias Federal, dos Estados e do Município e a Advocacia-Geral da União); e a correção incorre na “revisão das condutas que se distanciam dos princípios e regras jurídicas ou mesmo dos interesses públicos”. Para Di Pietro<sup>446</sup>, busca-se com o controle “assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade” e, em determinadas circunstâncias, inclui também o controle de mérito, que diz respeito aos elementos discricionários da atuação administrativa.

O controle estatal pode ser exercido, conforme Carvalho Filho<sup>447</sup>, de duas formas distintas: o controle político e o controle administrativo. No primeiro, que tem por base a necessidade de equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o delineamento é feito pela Constituição Federal, que “pontifica o sistema de freios e contrapesos, nele se estabelecendo normas que inibem o crescimento de qualquer um deles em detrimento de outro e que permitem a compensação de eventuais pontos de debilidade”, de modo que um Poder não sucumba à força doutro. Como base, tem-se o poder soberano uno e indivisível, mas com diversidade de funções. A Constituição Federal de 1988 consolida um amplo sistema de controle político do Estado, a exemplo do controle que o Executivo realiza sobre o Legislativo através do veto aos projetos oriundos desse Poder (art. 66, § 1º). Ao revés, o Legislativo controla o Executivo mediante a rejeição ao veto do Chefe deste Poder (art. 66, § 4º). O Judiciário controla Legislativo e Executivo através do controle da legalidade e da constitucionalidade de seus atos. No entanto, é o Chefe do Executivo que exerce controle político sobre o Judiciário ao nomear, por exemplo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único) e os desembargadores federais (art. 107). Por fim, o Legislativo controla o Judiciário, o que ocorre no controle financeiro e orçamentário (art. 70). O controle político objetiva, portanto, preservar e equilibrar as instituições democráticas do país.

---

<sup>446</sup> DI PIETRO, 2018, p. 908.

<sup>447</sup> CARVALHO FILHO, 2017, p. 992.

De outro lado, o controle administrativo assume facetas diversas. Para Carvalho Filho<sup>448</sup>, não se procede a nenhuma medida de estabilização dos poderes políticos, “mas, ao contrário, se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado — a função administrativa”. O controle político relaciona-se com as instituições políticas, ao passo que o controle administrativo direciona-se às instituições administrativas, e se consuma de diversas maneiras, a exemplo da fiscalização financeira das pessoas da Administração Direta e Indireta, da conveniência e oportunidade das condutas administrativas e, principalmente, da verificação de legalidade, ou não, dos atos administrativos. Pretende-se, aqui, analisar os efeitos que a juridicidade implica no controle administrativo como um todo, e no controle que o Judiciário exerce sobre o Legislativo e Executivo mediante o controle de legalidade e constitucionalidade de seus atos.

Para Medauar<sup>449</sup>, o controle sobre a Administração pode revestir-se de determinadas modalidades, podendo ser (a) quanto ao aspecto em que incide, podendo ser (a.1) controle da legalidade, (a.2) controle de mérito e (a.3) controle da eficiência, produtividade e gestão. Ainda, (b) quanto ao momento em que se exerce, podendo ser (b.1) controle prévio, por realizar-se antes da eficácia da medida ou decisão, (b.2) controle concomitante, que se efetua durante a realização da medida ou ato ou (b.3) controle sucessivo ou a posteriori, que se realiza depois da edição do ato ou adoção da medida. O controle também pode se dar em relação (c) à amplitude, havendo (c.1) controle de ato, por incidir sobre atos específicos, considerados isoladamente e (c.2) controle de atividade, por abranger um conjunto de atuações. Por fim, (d) quanto ao modo de se desencadear, podendo ser (d.1) controle de ofício, por iniciativa do próprio agente, (d.2) controle por provocação, quando pessoas, entidades, associações, solicitam a atuação do agente controlador ou (d.3) controle compulsório, realizado necessariamente no momento oportuno, conforme prescrito em norma.

Em relação à Administração Pública, o controle pode ser interno ou externo. O controle interno, também denominado de controle administrativo, é o que ocorre quando a própria Administração Pública controla seus atos, agentes, órgãos e entidades, desde uma perspectiva de subordinação hierárquica. Aliás, o controle interno é decorrência do poder hierárquico, porquanto a noção de hierarquia nas relações administrativas, entre órgãos e servidores, desdobra-se no poder de controle sobre atividades dos órgãos subordinados, de rever atos e decidir conflitos. Ou seja, o poder hierárquico configura, conforme Medauar<sup>450</sup>,

---

<sup>448</sup> CARVALHO FILHO, 2017, p. 992.

<sup>449</sup> MEDAUAR, 2018, p. 376.

<sup>450</sup> Ibid., p. 111.

“instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público”. É a expressão, portanto, do princípio da autotutela administrativa, pela qual a Administração tem o dever de zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação deles ao interesse público. Na lição de Di Pietro<sup>451</sup>, “enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos”. O poder da autotutela administrativa consagra-se no ordenamento jurídico brasileiro em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal. Pela Súmula n. 346, de 1963, a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos, e pela Súmula n. 473, de 1969, a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Portanto, no controle interno, “a Administração pode anular, corrigir, reformar, revogar seus próprios atos, de forma autoexecutória, de ofício, para prover o interesse público e recompor a legalidade”<sup>452</sup>.

No entanto, é no controle administrativo externo que se alargam as discussões quanto aos limites e possibilidades da abrangência da legalidade e, agora, da juridicidade na Administração Pública. O controle externo realiza-se quando o órgão fiscalizador ou controlador encontra-se em outra Administração ou Poder daquele donde a conduta administrativa foi originada. É o que ocorre quando do controle parlamentar direto, em que o Poder Legislativo controla a Administração Pública, no controle exercido pelos Tribunais de Contas, considerados como órgãos auxiliares do Poder Legislativo, e o controle jurisdicional, realizado pelo Poder Judiciário. Para tanto, dois sistemas de controle foram desenvolvidos ao controle jurisdicional dos atos administrativos nos vários ordenamentos, a saber, o controle pela jurisdição especial e pela jurisdição comum. No primeiro, conforme Seabra Fagundes<sup>453</sup>, tem-se a denominada jurisdição dúplice, ou dupla, a qual implica um controle exercido pelos tribunais especialmente instituídos às situações contenciosas em que seja parte a Administração Pública. Para Medauar<sup>454</sup>, este sistema também denomina-se dualidade de jurisdição, contencioso administrativo ou sistema de jurisdição administrativa. De origem francesa, dota-se da existência paralela da jurisdição ordinária e da jurisdição administrativa, que se destina

---

<sup>451</sup> DI PIETRO, 2018, p. 110.

<sup>452</sup> ARAÚJO, 2014, p. 1262.

<sup>453</sup> SEABRA FAGUNDES, 2010, p. 140-141.

<sup>454</sup> MEDAUAR, 2018, p. 390.

ao julgamento de litígios que envolvem a Administração Pública. Esta jurisdição forma um “conjunto escalonado de juízes ou tribunais administrativos, encabeçados por um órgão supremo, de regra denominado Conselho de Estado, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária e cujas decisões representam a última instância”. A jurisdição dupla é encontrada em países como a França, a Alemanha, a Suécia e Portugal. Por outro lado, na jurisdição comum, aprecia-se as atividades administrativas do Estado, tanto no âmbito de direito privado quanto de direito público, através do Poder Judiciário. De acordo com Seabra Fagundes<sup>455</sup>, “toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional”, pelo que denomina-se como sistema de jurisdição única ou uma. Para Medauar<sup>456</sup>, no sistema de jurisdição una, compete aos juízes e tribunais comuns processar e julgar os litígios em que a Administração é parte, admitindo-se varas especializadas, as quais, no entanto, não significam justiça especial, pois integrantes de órgãos de uma única ordem de jurisdição. O sistema de jurisdição una é o sistema do Brasil, dos países anglo-saxônicos e de muitos países latino-americanos, como a Argentina.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro possui o sistema de controle pela jurisdição ordinária, nas palavras de Seabra Fagundes<sup>457</sup>, “uma das suas mais perfeitas expressões”, justamente de onde emerge o sentido mais latente da relação entre controle da Administração Pública pelo princípio da legalidade. Numa perspectiva normativa, a legalidade administrativa interliga-se com o controle do Poder Público ao servir de instrumento pelo qual regula-se o agir da Administração Pública. Conforme Sérvulo Correia<sup>458</sup>, a legalidade é um fato sociológico, pois toda sociedade controle, em maior ou menor medida, o poder estatal, gerando e tendendo a institucionalizar fatores sociais e éticos de pressão às autoridades. Enquanto categoria filosófico-jurídica, a limitação do poder inspira os constituintes a afirmarem, implícita ou explicitamente, a legalidade nos textos constitucionais enquanto princípio regulador da conduta administrativa. Neste sentido, o controle da legalidade da Administração Pública mostrou-se de fácil justificação, principalmente porque conjugado com o princípio constitucional da inafastabilidade judicial, pelo qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

---

<sup>455</sup> SEABRA FAGUNDES, 2010, p. 140-141.

<sup>456</sup> MEDAUAR, 2018, p. 390.

<sup>457</sup> SEABRA FAGUNDES, op. cit., p. 179.

<sup>458</sup> CORREIA, 1987, p. 17.

O controle de legalidade do ato administrativo apresentou-se inicialmente desde o ponto de vista da vinculação ou discricionariedade do ato. Para Vedel<sup>459</sup>, quando a Administração está em uma situação de competência vinculada, seu ato pode ser julgado a partir da legalidade. Se ela decidiu ou não da maneira que a lei e os regulamentos ditam, “ela terá tomado uma medida legal ou ilegal”. Pelo contrário, a Administração, ao possuir poder discricionário, terá sua decisão “julgada apenas do ponto de vista da conveniência”, ou seja, “será oportuna ou inoportuna, isto é, feliz ou infeliz”, mas não será ilegal, já que precisamente a Administração estava livre para agir em uma direção ou outra. Assentou-se, segundo Seabra Fagundes<sup>460</sup>, que “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos”, cabendo-lhe examinar, única e exclusivamente, a legalidade. O exame da legalidade do ato constituiu-se como limite de extensão do controle, pois o mérito enquadrava-se no sentido político do ato administrativo e, a partir do binômio oportunidade e conveniência, envolviam interesses, e não direitos. Assim, não submetiam-se ao Judiciário os interesses que o ato administrativo viesse a contrariar, mas sim, e tão somente, os direitos individuais casualmente feridos por ele. Nesta acepção clássica, a análise de legalidade ostenta sentido puramente jurídico. O Poder Judiciário cinge-se a verificar se os atos da Administração Pública cumpriram as prescrições legais, determinadas expressamente, “quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma”.

O ponto de partida do exame da incidência da legalidade no controle da Administração Pública passa, invariavelmente, pela análise da vinculação ou discricionariedade do ato administrativo. Em relação aos atos vinculados, ou seja, àqueles que a lei fixa as competências dos órgãos do Estado, indicando com exatidão a conduta a ser tomada, construiu-se a noção pela qual a apreciação do Poder Judiciário poderia se dar sob todos os aspectos. Assim, é controlável o seu motivo, a manifestação da vontade, a forma, o objeto e a finalidade, pois requisitos descritos na lei de forma a obstar o arbítrio por parte da Administração Pública. Restringir o controle amplo do ato administrativo vinculado é ferir o princípio constitucional da legalidade, justamente porque a conveniência e oportunidade do ato diz respeito ao elemento motivo e, em se tratando de ato vinculado, foram previa e devidamente estabelecidos pelo legislador. Por outro lado, os atos praticados em razão de competência discricionária, definida

---

<sup>459</sup> VEDEL; DEVOLVE, 1992, p. 145. No original: "*Quand l'administration est dans une situation de compétence liée, son acte peut être jugé du point de vue de la légalité. Selon qu'elle aura ou non décidé dans le sens que lui imposait la loi ou la réglementation. Elle aura pris une mesure légale ou illégale. lorsque au contraire l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, elle sera opportune ou inopportune, c'est-à-dire, heureuse ou malheureuse, mais elle ne sera pas illégale puisque précisément l'administration était libre d'agir dans un sens ou dans l'autre*"

<sup>460</sup> SEABRA FAGUNDES, 2010, p. 179-181.

por Almiro do Couto e Silva<sup>461</sup> como aquela que confere o poder de escolha, ou seja, o poder que se relaciona com o “se” e com o “como” da ação, vinha definindo-se a vedação do seu exame a partir de todos os aspectos. Conforme Seabra Fagundes<sup>462</sup>, apenas em razão da competência discricionária “é que os motivos do ato (oportunidade, conveniência, etc.) ficam à livre apreciação da autoridade administrativa e escapam, por isto mesmo, ao controle do Poder Judiciário”. Assim, o controle judicial dos atos administrativos, sobretudo dos de natureza discricionária, se restringia a sua legalidade, sendo vedada a apreciação do mérito pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes.

Contudo, a história do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário evidenciou, conforme Almiro do Couto e Silva<sup>463</sup>, “uma constante ampliação da revisão judicial” — ampliação que, na esteira jurisprudencial, iniciou-se em matérias de Direito Administrativo Disciplinar. Com efeito, “os lineamentos básicos da *judicial review* no Direito brasileiro foram postos, nos primórdios da República, apesar de algumas imprecisões técnicas evidentes e de algumas repetições inúteis, pela Lei 221, de 1894”. Esta lei, que estabelecia a organização da Justiça Federal, dispunha, no art. 13, 9º, que verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão fosse ilegal, deveria anulá-lo, no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor. Neste contexto, consideravam-se ilegais os “atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente”, caso em que “a autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade”. Ainda, a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente seria havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder. Portanto, os limites do controle judicial eram percebidos quando iniciava o mérito ou merecimento do ato, sendo vedado o exame que estendesse para aspectos de conveniência e oportunidade. Conforme Couto e Silva<sup>464</sup>, neste primeiro momento, duas concepções de vertentes distintas entraram em conflito: de um lado, a inspirada no Direito Constitucional norte-americano, que compreendia pela extensão do controle judicial sobre todos os atos administrativos; doutro, a inspirada no Direito Francês, predominante entre os publicistas da época, que adotava o princípio da jurisdição dupla e, assim, impedia que tribunais comuns examinassem os atos do Poder Executivo.

---

<sup>461</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 172.

<sup>462</sup> SEABRA FAGUNDES, 2010, p. 184.

<sup>463</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 181.

<sup>464</sup> Ibid., p. 181.

O Supremo Tribunal Federal, desde logo, adotou a noção de que os limites do controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos delineavam-se pelo mérito. Com isto, assistiu-se sucessivas transformações quanto, afinal, o que fosse o mérito do ato administrativo, a fim de definir o alcance da sindicabilidade judicial. Iniciou-se, como visto, em sede de análise, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos de demissão de servidores públicos. Durante muito tempo, assinala Couto e Silva<sup>465</sup>, “decidiram nossos tribunais que o ato administrativo de demissão de funcionário público, embora a lei previsse causas perfeitamente definidas, só poderia ser apreciado sob os aspectos externos”, a saber, competência, forma e regularidade do inquérito, não cabendo ao Judiciário analisar a prova para verificar “se efetivamente estava caracterizada a hipótese legal a que a norma vinculava a consequência jurídica de demissão”. Fazê-lo seria pronunciar-se sobre a justiça ou injustiça do ato administrativo. Ou seja, sobre o mérito, o que se vedava. Na Ação Cautelar 6.845, julgada em maio de 1938, decidiu o Supremo Tribunal (Tribunal Federal de Recursos) que o Poder Judiciário, quando instado a dizer da demissão de funcionário público com direito à estabilidade, não poderia examinar o aspecto intrínseco do processo administrativo que lhe deu ensejo, limitando-se a averiguar se foi precedido de forma legal. Registrou-se, nos termos do voto do Ministro Costa Manso, que “a nenhum dos poderes políticos é lícito invadir a esfera das atribuições privativas de outro”, pois o Legislativo não administra nem julga, o Executivo não julga nem legisla e o Judiciário não legisla nem administra. Entendeu o Ministro que “a função dos tribunais judiciários é assegurar a aplicação da lei”, não lhes competindo examinar, sob o aspecto intrínseco, os atos legislativos ou administrativos, para declará-los oportunos ou inoportunos, convenientes ou inconvenientes, justos ou injustos. Logo, desde que a autoridade fosse competente, que a demissão tivesse causa prevista em lei e que houvessem sido observadas as formalidades legais, “o ato poderá ser injusto, mas não é nulo”.

Interessante decisão é a encontrada ainda em 1933, quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a apelação cível n. 4.128, manifestou-se no mesmo sentido de que quando a lei estabelece garantias ao servidor, os tribunais judiciários poderiam verificar se os preceitos da lei foram ou não violados. Então, (a) se a demissão foi decretada por autoridade diversa da designada na lei, o ato seria nulo, pela incompetência de quem o executou. Se (b) a demissão fosse decretada por motivo não previsto na lei, o ato seria nulo por excesso de poder. Finalmente, se (c) a demissão fosse decretada sem observância das formalidades substanciais do processo estabelecido para a apuração do motivo legal, o ato seria nulo, por cerceamento de

---

<sup>465</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 181.

defesa. Ou seja, em havendo violação da lei, haveria nulidade do ato, sendo dever dos tribunais, enquanto “guardas da observância da lei”, intervirem a fim de assegurar a reparação do dano proveniente do ato ilícito. Não obstante, afirmou-se que desde que a autoridade seja competente, que a demissão tenha uma causa das previstas em lei, e que hajam sido observadas as formalidades legais, o ato não será nulo, ainda que possa ser injusto. Então, “não há ilegalidade a corrigir, mas, possivelmente, um erro a lamentar, ou um crime a punir”. Consignou o Ministro Costa Manso que “se quem demite erra, é lamentável” e “se aprecia mal, sabendo que aprecia mal, terá prevaricado. Naquela hipótese, nada há que fazer. Na segunda, poderá o funcionário prevaricador responder no Juízo Criminal pelo delito e ser civilmente obrigado a reparar o dano”. No entanto, a responsabilidade seria individual, sendo que “com ela nada tem o Estado, salvo prova de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*”. O Judiciário, conclui, “não é um superpoder incumbido de fiscalizar os dois outros Poderes”, pois só deve impedir que, no exercício das funções, “seja violada a lei em tese”.

O cenário, no entanto, foi se alterado gradativamente. Consoante Almiro do Couto<sup>466</sup> e Silva, as críticas doutrinárias e as manifestações apresentadas nos votos vencidos de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal “acabaram modificando, na década de 1950, aquela equivocada interpretação que transformava um ato administrativo vinculado em ato administrativo de exercício de poder discricionário”. De fato, como leciona Seabra Fagundes<sup>467</sup>, “restringir tão rigorosamente o alcance da apreciação jurisprudencial é torná-la, praticamente, ineficaz, deixado o direito do funcionário à mercê das mais violentas lesões por parte da Administração Pública”. Exemplo de julgado é delineado antes, em 1942, em que se decidiu, em voto do Ministro Orozimbo Nonato, “que o Poder Administrativo não exerce função judicante e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em *ultima ratio*, que teve razão o Estado ou o funcionário”. Esta competência seria atribuída ao Poder Judiciário, podendo o servidor demitido levar o caso àquele poder, que “pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastreá-las e sopesá-las”, verificando, portanto, se a motivação do ato administrativo foi justa ou injusta.

A extensão do controle judicial dos atos administrativos é, desde muito, um dos temas mais controversos do Direito Administrativo. No entanto, há de se reconhecer que a doutrina hodierna é majoritária em entender que mesmo os atos discricionários, ou seja, aqueles cujo mérito implica juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador podem, excepcionalmente, apresentar nulidades e, conseqüentemente, serem controlados pelo Poder

---

<sup>466</sup> COUTO E SILVA, 2015, p. 182.

<sup>467</sup> SEABRA FAGUNDES, 2010, p. 189.

Judiciário. Na lição de Sérgio Ferraz<sup>468</sup>, a partir do momento em que as vertentes axiológicas se tornam constitucionalmente obrigatórias, transformando-se em direito (público subjetivo) da cidadania e dever do Estado, o controle judiciário, em definitivo, não mais se pode fundar na província meramente formal, da legalidade estrita”. As bases do controle da legalidade dos atos da Administração Pública ampliam-se, sendo possível e necessário que se fale, na atual conjuntura jurídico-administrativa brasileira, em controle de juridicidade.

## 6.2 Juridicidade e controle judicial

Falar em juridicidade dos atos administrativos é falar, em verdade, da extensão do próprio controle e da real conformação de um Estado Democrático de Direito. Como visto, não é singela a discussão quanto à extensão do controle, sobretudo judicial, da Administração Pública. Parte posiciona-se favoravelmente ao controle restrito, ou seja, que deve o Poder Judiciário ficar adstrito ao controle de legalidade estrita. A defesa deste posicionamento é justificada, conforme Odete Medauar<sup>469</sup>, pela impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, como pretensa decorrência do princípio da separação de poderes. Por tal razão, cinge-se o Judiciário à legalidade em sentido estrito, principalmente porque os integrantes deste Poder não possuem mandato eletivo e, portanto, não gozam da legitimidade necessária à apreciação dos aspectos relevantes ao interesse público. Assim, o controle judicial do ato administrativo deve apreciar apenas matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto. No Brasil, a jurisprudência quanto à limitação do controle pela legalidade estrita é bastante extensa, a qual ilustra-se a partir dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. DETRAN-RS. AFASTAMENTO REMUNERADO DO SERVIDOR-ESTUDANTE. RESTRIÇÃO AOS DIAS DE PROVAS FINAIS NO ENSINO ESCOLAR OU ACADÊMICO. ART. 123, INCISO I, DA LEI ESTADUAL Nº 10.098/1994. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. 1. O art. 123, inciso I, da Lei Estadual nº 10.098/1994, cristalinamente restringe o direito de afastamento remunerado do servidor efetivo, se estudante, aos dias de “provas finais” do ano ou semestre letivo para os alunos de ensino superior, 1º e 2º graus, compreendidas como as provas acumulativas de conteúdo a cada período letivo, o que não abrange dias de provas curriculares parciais, impondo-se ao administrador, com base no princípio da legalidade estrita, a observância da regra jurídica. 2. Ação coletiva julgada improcedente na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70072748015, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 31/01/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE CANOAS. AGENTE DE APOIO EDUCACIONAL. PISO SALARIAL PROFISSIONAL NACIONAL PARA OS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA

<sup>468</sup> FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, 2003, p. 58.

<sup>469</sup> MEDAUAR, 2018, p. 392.

EDUCAÇÃO BÁSICA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CATEGORIA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Para verificar a aplicabilidade da Lei nº 11.738/06 aos Agentes de Apoio Educacional, no Município de Canoas, não se faz necessária a produção de prova oral. Matéria de direito. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. 2. A Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), podendo fazer apenas o que a lei autoriza. 3. Caso em que a autora, que ocupa o cargo de provimento efetivo de Agente de Apoio Educacional, não faz jus ao piso salarial regulamentado pela Lei Federal nº 11.738/08, que é destinado tão somente aos profissionais do magistério público da educação básica. 4. Ação julgada improcedente na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70077987758, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 01/08/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE CIDREIRA. EXONERAÇÃO. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. A Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), podendo fazer apenas o que a lei autoriza. 2. O art. 190, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Cidreira - Lei Complementar nº 004/92, impede a exoneração a pedido antes de concluído o processo administrativo disciplinar. Hipótese em que o PAD foi instaurado após a formalização do pedido de exoneração pela servidora. Ainda, a vedação de exoneração visa a preservação do interesse público, que, no caso concreto, restou hígido. 3. A demonstração de coação que teria ensejado vício na vontade da demandante quando da formulação de seu pedido de exoneração era ônus que lhe incumbia, nos termos da legislação processual (art. 373, I, do CPC/2015). 4. Sentença improcedente, na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074044454, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 13/12/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO. SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), podendo fazer apenas o que a lei autoriza. 2. Inexistência de direito líquido e certo a amparar o pleito de remoção do impetrante, servidor em estágio probatório, visto que ausente o requisito da estabilidade no serviço público (art. 41, da Constituição Federal/1988). APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074173535, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 19/07/2017)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FÉRIAS-PRÊMIO. MAGISTRADO APOSENTADO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CONVERSÃO EM PECÚNIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DO DIREITO VINDICADO. 1. O direito a férias-prêmio é vantagem estabelecida na Constituição do Estado de Minas Gerais, auferida, desde sua origem, em razão do efetivo exercício de serviço público. 2. Se a Lei Maior Estadual exige vínculo com o serviço público, não pode a atividade de advogado privado dar origem ao direito pleiteado. A pretensão da parte, portanto, carece de fundamento legal. Precedente. 3. Desimporta a circunstância de a legislação estadual autorizar a contagem do tempo de atuação privada para a inatividade, porque a Administração Pública rege-se pelo princípio da legalidade estrita, que veda a realização de interpretação extensiva. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (RMS 51.644/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 09/08/2017)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. SANÇÃO QUE NÃO ATINGE CARGO PÚBLICO DIVERSO DAQUELE OCUPADO PELO AGENTE PÚBLICO À ÉPOCA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE. 1. A questão controversa cinge-se a saber se a sanção de perda da função pública em razão de atos então praticados na condição de vereador e tesoureiro poderia atingir cargo público efetivo para o qual, por

concurso público, o agente foi nomeado posteriormente aos fatos narrados na inicial da ação de improbidade administrativa. 2. A Primeira Turma do STJ orienta-se no sentido de que as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva, motivo pelo qual a sanção de perda da função pública do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode atingir cargo público diverso ocupado pelo agente daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita. Precedentes: AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/3/2017; EDcl no REsp 1.424.550/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8/5/2017. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1423452/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 13/03/2018)

Por outro lado, constata-se forte orientação ao controle amplo, ante fundamentos de que, conforme Odete Medauar<sup>470</sup>, “pelo princípio da separação de poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida”. Assim, cai por terra a ideia pela qual se suscita a separação dos poderes para limitar a apreciação jurisdicional, principalmente em ordenamentos como o brasileiro, onde existe controle de constitucionalidade da lei. Como visto, a Administração Pública está subordinada não apenas à lei, pois esta é parte de um todo ponderável e sistêmico que deve justificar os atos administrativos. Segundo a professora, a “tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988”, texto este que “está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o Poder Público”. A legalidade assente em bases mais amplas e, portanto, há respaldo constitucional a um controle jurisdicional mais amplo em relação à Administração Pública. Por óbvio, a ampliação deste controle jurisdicional não faz do juiz um substituto do administrador, justamente porque encontra limites. Com efeito, na lição de Edmir Netto de Araújo<sup>471</sup>, o estudo do controle dos atos do Poder Público que importa ao Direito Administrativo diz da aferição “não só da legalidade estrita desses atos, como também da oportunidade/conveniência, interesse público, legitimidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e outros princípios, na atua administração”. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>472</sup> afirma que a constitucionalização dos princípios e valores passaram a compor o sentido do princípio da legalidade, limitando a discricionariedade administrativa e ampliando o controle judicial. Logo, “o reconhecimento de que as normas constitucionais, no campo dos direitos sociais, não são meramente programáticas, mas têm um mínimo de

---

<sup>470</sup> MEDAUAR, 2018, p. 392.

<sup>471</sup> ARAÚJO, 2014, p. 1258.

<sup>472</sup> DI PIETRO, 2012, p. 16.

efetividade”, a qual decorre diretamente da Constituição, e “que pode ser garantida pelo Poder Judiciário”.

A sistematização dos poderes e dos deveres da Administração Pública são traçadas, a partir daí, pelos delineamentos constitucionais, sobretudo pelo sistema de direitos fundamentais e normas estruturantes do regime democrático. Conforme Gustavo Binbenbojm<sup>473</sup>, “a filtragem constitucional do Direito Administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios”, tanto explícita quanto implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. Segundo o autor, “o princípio da juridicidade se expressa por normas de diversos graus hierárquicos”. Primeiramente, a juridicidade se manifesta pelo conjunto de regras e princípios constitucionais, “imediatamente habilitadores de diversas competências administrativas, especialmente no que toca à proteção e promoção dos direitos fundamentais”. Aqui, se fundada diretamente da Constituição, atuação administrativa prescinde da *interpositio legislatoris*, tanto à edição de atos normativos, como os regulamentos autônomos, quanto à prática de atos concretos. Depois, a juridicidade pode manifestar-se através de leis formais ou atos com força legal. Em todos os casos, “a lei desfruta de uma primazia ou preferência na regulamentação das diversas matérias administrativas, em relação aos atos administrativos normativos (regulamentos)”.

A Constituição, quanto às hipóteses de reservas de lei, exige o tratamento da matéria mediante a lei, seja total ou parcialmente. A lei, como visto, apresenta-se no sentido formal ou material. Às matérias de reserva de lei formal, prossegue Binbenbojm<sup>474</sup>, “a Constituição exige que a disciplina seja instituída por ato aprovado segundo o procedimento legislativo formal”. Doutra banda, em se tratando de matérias reservadas à lei material, é suficiente que o ato possua força de lei, o que ocorre, por exemplo, com a medida provisória. Em terceiro lugar, a juridicidade se manifesta através de atos administrativos normativos, a saber, os regulamentos. Segundo o autor, “os regulamentos classificam-se em gerais e setoriais, conforme se refiram a matérias atinentes ao conjunto amplo de toda a sociedade ou a setores econômicos e sociais específicos, respectivamente”. Neste contexto, a incidência é definida pelo critério determinante da própria classificação. Há, por fim, uma série de situações de juridicidade *contra legem*, ou seja, situações que podem decorrer de condutas administrativas postas frente a uma lei inconstitucional — o que o autor chama de “repúdio à lei inconstitucional pela Administração”. Nesta classificação última, tem-se também os casos que contemplam a validação de efeitos concretos de atos administrativos ilegais que, mediante ponderações do

---

<sup>473</sup> BINENBOJM, 2008, p. 13.

<sup>474</sup> Ibid., p. 14-16.

princípio da legalidade com outros princípios constitucionais, como a proteção da confiança, a moralidade e a eficiência, podem ser convalidados ou invalidados com efeitos *ex nunc*. Estas soluções são justificadas como as que “representam o cumprimento otimizado do sistema de princípios da Constituição”.

O princípio da juridicidade administrativa encontra pontuais referências nos julgados que dizem respeito ao controle jurisdicional da Administração Pública. Tomando-se por objeto de análise o acervo jurisprudencial do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul (que engloba o Tribunal de Justiça e das Turmas Recursais da Fazenda Pública), busca-se verificar em que medida e em que contexto a juridicidade (ou, pelo menos, o seu sentido) influi no controle dos atos administrativos<sup>475</sup>.

No Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, o termo “juridicidade administrativa” é encontrado no inteiro teor de 1.210 processos, ao passo que o termo “bloco de legalidade” não encontra nenhum resultado. Da mesma forma, a combinação dos termos “legalidade” e “art. 37” ou “artigo 37” aparece empregada em 152.000 e 98.200 processos, respectivamente. Ainda, encontra-se a combinação “juridicidade” e “art. 37” ou “artigo 37” em 6.360 e 2.640 processos, respectivamente. Da análise dos resultados, constata-se recorrente a doutrina de Paulo Otero no inteiro teor dos acórdãos. A partir disto, refina-se a pesquisa ao trecho inicial de uma de suas passagens mais célebres, a qual aduz que “a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente”. Neste recorte, são 335 julgados, todos de relatoria do Des. Leonel Pires Ohlweiler, quem também se dedica à pesquisa e ao magistério em Direito Administrativo — o que sinaliza, ao menos subjetiva e empiricamente, que o movimento de ressignificação do princípio da legalidade, na realidade brasileira, tem na doutrina seu principal e, não raro, único propulsor. Não obstante, destacam-se, destes julgados, aqueles que conferem a estabilidade provisória às servidoras gestantes em regime de contratação temporária e às ocupantes de cargo em comissão.

Diversas ações judiciais possuem como controvérsia a possibilidade, ou não, de se conferir estabilidade provisória a servidoras ocupantes de cargo em comissão e servidoras contratadas em regime temporário que quando da exoneração ou rescisão contratual estão

---

<sup>475</sup> Não se conclui, com a pesquisa qualitativa realizada, pela totalidade da influência da submissão da Administração Pública não apenas à lei formal, mas ao Direito como um todo. Ainda que a doutrina, há décadas, já tenha denominado esta noção de juridicidade (ou, com menor precisão, de bloco de legalidade), sabe-se que os Tribunais brasileiros resistiram (e ainda resistem) em ressignificar a legalidade, não apenas no seu sentido, mas principalmente em sua designação. Por isso, acredita-se que muitos julgados não estejam nas estatísticas ora levantadas, mas, no seu conteúdo, digam da ampliação da noção da lei formal como única fonte do controle da Administração Pública. Isto, no entanto, não retira o significado indicativo que tais resultados implicam, sobretudo a partir dos casos que serão analisados detalhadamente.

grávidas. Trata-se, portanto, do controle dos atos administrativos que a isto se prestaram. No ordenamento jurídico brasileiro, a base legal primária que dispõe sobre a estabilidade provisória coloca-se no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>476</sup>. A partir daí, procede-se à leitura do que dispõe o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, combinado com o art. 39, §3º<sup>477</sup>. No entanto, a estabilidade provisória da gestante até cinco meses após o parto é objeto de constantes questionamentos no âmbito da Administração Pública e, como desdobramento, no Poder Judiciário. É que, como se sabe, a estabilidade alcança somente servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo, o que não ocorre com aqueles que são contratados temporariamente (os quais celebram contrato de trabalho, pelo regime celetista) e aqueles ocupantes de cargos em comissão (os quais são nomeados e exonerados livremente).

Assim, da leitura restrita da lei formal, extrair-se-ia a conclusão de que a estabilidade provisória a que se refere o art. 10, II, “b”, do ADCT não se aplica às servidoras admitidas em caráter temporário, e menos ainda às investidas em cargo em comissão. Este, no entanto, não tem sido o entendimento jurisprudencial, sobretudo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que vem entendendo pela extensão do instituto da estabilidade provisória àquelas servidoras gestantes que venham a ser exoneradas ou que tenham rescindido seus contratos. Argumenta-se, pois, no sentido da juridicidade administrativa. Em julgamento de apelação cível que discutia o direito à estabilidade provisória de servidora que, ao ser exonerada de cargo em comissão, estava grávida, decidiu o TJRS que a constitucionalização da Administração Pública determina a aplicação dos artigos 1º, 3º e 37, *caput*, da Constituição Federal, ao âmbito do exercício de toda competência administrativa, e que os princípios e os direitos fundamentais são relevantes no controle substancial das atividades da Administração Pública, submetida à legalidade e à unidade de sentido dos demais princípios.

Nos termos do voto do desembargador relator, “o controle de juridicidade administrativa qualificada exige submeter os atos administrativos ao Direito” e “exonerada a servidora gestante em cargo em comissão, tem direito à indenização correspondente aos seus vencimentos até cinco meses após o parto, forte no art. 10, inciso II, b, do ADCT”<sup>478</sup>,

<sup>476</sup> “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

<sup>477</sup> “Art. 5º [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” e “§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

<sup>478</sup> Neste sentido, para ilustrar: “APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. LICENÇA-GESTANTE. DIGNIDADE HUMANA. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DO AGENTE

argumentação também utilizada para garantir a estabilidade provisória às servidoras então contratadas temporária ou emergencialmente<sup>479</sup>. Os julgados neste sentido são exemplos claros do primeiro sentido dado por Binenbojm<sup>480</sup> à juridicidade, pelo qual se manifesta desde um conjunto de regras e princípios constitucionais, “imediatamente habilitadores de diversas competências administrativas, especialmente no que toca à proteção e promoção dos direitos fundamentais”.

Casos outros que envolvem o controle judicial da juridicidade dos atos administrativos revelam-se paradigmáticos, tanto pela ausência de clareza quanto aos critérios justificadores da ampliação do sentido da lei, quanto pela erosão interna que a negativa de sua aplicação causa à Constituição Federal. Destacam-se, inicialmente, dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, num pequeno lapso temporal, resultaram em decisões totalmente distintas, uma das quais justificou-se no princípio da juridicidade. Ambos cuidam do controle de atos administrativos de eliminação de candidatos de concursos públicos que restaram “não habilitados” na condição de negros ou pardos. Nos dois casos, os candidatos buscaram

---

*PÚBLICO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 10, II, B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - ADCT. REEXAME NECESSÁRIO. [...] MÉRITO. A constitucionalização da Administração Pública determina a aplicação dos artigos 1º, 3º e 37, "caput", da Constituição Federal, ao âmbito do exercício de toda competência administrativa. Os princípios e os direitos fundamentais são relevantes no controle substancial das atividades da Administração Pública, submetida à legalidade e à unidade de sentido dos demais princípios. O controle de juridicidade administrativa qualificada exige submeter os atos administrativos ao Direito, conforme precedentes do STF e do STJ. Exonerada a servidora gestante em cargo em comissão, tem direito à indenização correspondente aos seus vencimentos até cinco meses após o parto, forte no art. 10, inciso II, b, do ADCT. Exame do caso a partir da situação de vulnerabilidade da servidora grávida, reconhecendo o direito ao recebimento dos valores. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC, POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70069412690, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/05/2016)”*

<sup>479</sup> Neste sentido, para ilustrar: “APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E EM CARÁTER EMERGENCIAL. LICENÇA-GESTANTE. DIGNIDADE HUMANA. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 10, II, B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - ADCT. A constitucionalização da Administração Pública determina a aplicação dos artigos 1º, 3º e 37, "caput", da Constituição Federal, ao âmbito do exercício de toda competência administrativa. Os princípios e os direitos fundamentais são relevantes no controle substancial das atividades da Administração Pública, submetida à legalidade e à unidade de sentido dos demais princípios. O controle de juridicidade administrativa qualificada exige submeter os atos administrativos ao Direito, conforme precedentes do STF e do STJ. Exonerada a servidora gestante em regime de contratação temporária, tem direito à indenização correspondente aos seus vencimentos até cinco meses após o parto, forte no art. 10, inciso II, b, do ADCT. Exame do caso a partir da situação de vulnerabilidade da servidora grávida, reconhecendo o direito ao recebimento dos valores. REMESSA NECESSÁRIA. Nas hipóteses de sentença condenatória ilícida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público interno, é obrigatória a remessa necessária contemplada pelo artigo 496 do Código de Processo Civil. NEGADO PROVIMENTO AO APELO (ARTIGO 932, INC. IV, DO CPC E ARTIGO 169, XXXIX, DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRIBUNAL). SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70074753435, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 14/09/2017)”

<sup>480</sup> BINENBOJM, 2008, p. 14.

concorrer às vagas reservadas às pessoas negras e pardas, em certame cujo edital de abertura limitou-se a dizer que considerar-se-ia negro ou pardo aquele que assim se declarasse expressamente no momento da inscrição, ou seja, quando do preenchimento de formulário assinalasse o desejo de concorrer à reserva de vaga para este fim. Ocorre que, após a inscrição, os candidatos realizaram as provas objetivas, lograram aprovação e foram classificados dentro do número de vagas previstas no edital. No entanto, entre a classificação e a nomeação, foram submetidos a entrevista com comissão avaliadora constituída para o fim de averiguar o denominado “pertencimento racial”, na qual foram inabilitados por não serem fenotipicamente negros. Assim, passaram a concorrer na lista geral, em posição que não garantiria, ao contrário da situação anterior, o direito subjetivo à nomeação, pois além do número de vagas destinadas pelo edital. No entanto, a controvérsia instaurada a partir da inabilitação deu-se não sobre a juridicidade, ou não, da averiguação de pertencimento racial em si, mas única e exclusivamente porque a etapa não estava previamente prevista no Edital de convocação — o qual, como visto, foi expresso ao afirmar suficiente a autodeclaração. Vigora, em matéria de concurso público, a noção segundo o edital é a “lei interna” do concurso<sup>481</sup>, obrigando Administração e cidadãos aos termos formalmente estabelecidos.

O TJRS, através do seu Tribunal Pleno<sup>482</sup>, analisou, portanto, se houve ofensa ao princípio da legalidade, já que a Administração Pública teria inovado ao submeter o candidato a uma etapa que não estava prevista antecipadamente. No primeiro caso<sup>483</sup>, julgado em

---

<sup>481</sup> Trata-se da aplicação, por analogia, do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, recorrente em matéria de licitações. Este princípio impõe o respeito às regras previamente estipuladas, as quais não podem ser modificadas com o certame já em andamento.

<sup>482</sup> Cuidam-se de mandados de segurança impetrados em face de atos do Governador do Estado e de Secretário de Estado, razão pela qual distribui-se, originalmente, ao Tribunal de Justiça, cabendo ao Tribunal Pleno processar e julgar.

<sup>483</sup> Neste sentido: “*MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O QUADRO GERAL DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO. CARGO DE ANALISTA DE SISTEMAS. CONCORRÊNCIA NAS VAGAS DESTINADAS A NEGROS E PARDOS. EDITAL QUE PREVIA SOMENTE AUTODECLARAÇÃO DO CANDIDATO. POSTERIOR INSTITUIÇÃO DE COMISSÃO PARA A AVALIAÇÃO DO PERTENCIMENTO RACIAL DOS CANDIDATOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA. VINCULAÇÃO DOS EDITAIS DE CONCURSO PÚBLICO NÃO APENAS À LEGALIDADE, MAS À JURIDICIDADE. - No caso, apesar de não ter havido no edital de abertura do concurso público previsão de uma comissão para atestar a veracidade das informações raciais prestadas pelos candidatos que se autodeclararam negros ou pardos, a Administração Pública não está jungida apenas à legalidade e aos termos do edital, mas à juridicidade, "conceito que traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por norma e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder", quer dizer, "a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito" (Paulo Otero). - O Decreto nº 52.223/2014, que regulamentou o sistema de cotas raciais para negros e pardos nos concursos públicos estaduais, expressamente dispõe que "os órgãos e entidades públicos de que trata o art. 1º deste Decreto deverão providenciar Comissão para verificação da veracidade do pertencimento racial nos concursos públicos que realizarem", sendo que "a posse do(a) candidato(a) para o cargo reservado à cota racial somente ocorrerá após a verificação e o parecer da Comissão referida no caput deste artigo" (art. 3º, III), circunstância que afasta o direito líquido e certo do impetrante de ser nomeado à revelia do*

03/04/2017, entendeu-se que apesar da inexistência de previsão, no edital de abertura do concurso público, da comissão para atestar a veracidade das informações raciais prestadas pelos candidatos que se autodeclararam negros ou pardos, “a Administração Pública não está jungida apenas à legalidade e aos termos do edital, mas à juridicidade”. Por isto, seria imperativo do próprio sistema de ações afirmativas em concursos públicos a “competência (poder implícito) da autoridade responsável, controlar para que somente os candidatos abarcados pela política pública concorram nas vagas de negros e pardos”, razão pela qual se afastou, por completo e por unanimidade, o direito líquido e certo daquele impetrante. No entanto, em 21/05/2018, ou seja, treze meses depois daquele julgado, o mesmo Tribunal Pleno, com composição muito similar àquela, voltou a analisar a legalidade ou juridicidade de ato administrativo idêntico àquele, agora noutra ação mandamental<sup>484</sup>. Aqui, decidiu-se, por unanimidade, que o ato administrativo de não-habilitação do impetrante como cotista violou o princípio da vinculação ao edital, pois este, “a par de não conter a previsão de sujeição do candidato a uma comissão para verificar a veracidade da autodeclaração, não estipulou os critérios mínimos que iriam

---

*parecer da referida comissão. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. UNÂNIME. (Mandado de Segurança Nº 70072094741, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 03/04/2017)”*.

<sup>484</sup> Neste sentido: “CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETARIA DA MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E DOS RECURSOS HUMANOS SMARH. CARGO DE ENGENHEIRO CIVIL. EDITAL Nº 01/2014. CLASSIFICAÇÃO EM 4ª POSIÇÃO NA RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS E PARDOS. PREVISÃO EDITALÍCIA DE AUTODECLARAÇÃO. NÃO-HABILITAÇÃO DO IMPETRANTE NA CONDIÇÃO DE NEGRO OU PARDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA DE VERIFICAÇÃO DO PERTENCIMENTO RACIAL PELA COMISSÃO DO CONCURSO. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AFASTAMENTO DA ILEGALIDADE DETERMINADO. NOMEAÇÃO. INCABIMENTO NA HIPÓTESE. COMPROVAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE APENAS UMA CANDIDATA. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. 1. O edital de abertura do certame nº 01/2014 SARH, previu em seu item 5 os requisitos para inscrição na condição de negro ou pardo, baseada na autodeclaração do candidato, nos termos da Lei-RS nº 14.147/2012, contudo restou silente quanto à previsão de verificação do pertencimento racial pela Comissão do Concurso. 2. O impetrante após ter sido aprovado no certame, em 4ª classificação na condição de cotista e 231ª na lista de concorrência geral, foi submetido à Comissão Avaliadora que deliberou não ser o candidato fenotipicamente negro ou pardo. Ato administrativo de não-habilitação do impetrante como cotista que violou o princípio da vinculação ao edital. Ofensa a direito líquido e certo verificada. Afastamento da ilegalidade determinado. Determinação de manutenção do candidato na 4ª classificação nas vagas para Pessoas Negras ou Pardas (PNP). 3. Posição unânime do eg. Superior Tribunal de Justiça acerca da violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório quando realizada verificação do pertencimento racial sem previsão editalícia (RMS nº 54.907-DF e AgRg no RMS nº 47.960-RS). 4. No tocante ao pedido de nomeação ao cargo, todavia, o impetrante não comprovou o alegado direito líquido e certo. Em que pese tenha comprovado sua classificação em 4ª posição, dentro do número de vagas reservadas (8 no total), demonstrou ter havido apenas a nomeação de uma candidata na condição de cotista negra ou parda, situação que não configura preterição. De outra senda, o impetrante não demonstrou o prazo de validade do certame para verificação de seu eventual direito pelo decurso do tempo. 5. Embora a aprovação de candidato em concurso público dentro do número de vagas transmude a expectativa de direito em direito subjetivo a teor do atual posicionamento emanado do eg. Superior Tribunal de Justiça e também do eg. Supremo Tribunal Federal que julgou a matéria reconhecida de repercussão geral nos autos do RE nº 598099, tal situação não ocorreu no caso dos autos. Precedentes catalogados. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. UNÂNIME. (Mandado de Segurança Nº 70075007971, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 21/05/2018)”

nortear a posterior aferição da condição de negro ou pardo”, o que veio a ferir o princípio da vinculação ao edital e, conseqüentemente, o princípio da legalidade, “já que o edital é a lei do certame”. Neste caso, em decisão diametralmente oposta àquela, decidiu-se pela concessão da segurança, a fim de determinar a manutenção do candidato na respectiva classificação nas vagas para negros e pardos. Vê-se, portanto, a ausência de critérios definidores do real sentido que a legalidade, ou sua ausência, confere à Administração Pública. Nos casos em tela, apesar de acertada<sup>485</sup> a primeira decisão que, ao ponderar o agir administrativo na perspectiva da juridicidade com o princípio da moralidade administrativa, entendeu pela legitimidade da submissão do candidato àquela banca, em decisão completamente antagônica voltou-se à arcaica compreensão da legalidade estrita, sem que, minimamente, fosse justificado o resultado diverso da ponderação.

A ideia de juridicidade dos atos administrativos no controle da Administração Pública encontra maior expressão quando formulada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais. Para tanto, a atividade administrativa legitima-se perante o Direito, mesmo que contra a lei, a partir da ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais. É o que ocorre, por exemplo, nas decisões em que se determina que o Poder Público deve proceder na remoção de servidores públicos que tiveram negados os seus pedidos administrativos por não atendimento dos requisitos legais. A Lei Federal n. 8.112/90 disciplina, no art. 36, parágrafo único, III, “b”, as modalidades de remoção, prevendo expressamente que poderá se dar a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração, “por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial”. Neste sentido, um servidor público federal pleiteou administrativamente sua remoção a uma unidade mais próxima da residência de seu genitor, que se encontrava em estado grave de saúde. Contudo, este familiar não enquadrava-se no conceito de dependente de que trata o texto legal, ou seja, não vivia às expensas do servidor, e também não constava do seu assentamento funcional. Ainda assim, o Superior Tribunal de Justiça<sup>486</sup> decidiu que o conceito de

---

<sup>485</sup> Diz-se “acertada”, em verdade, por permitir a ampliação e, minimamente, a compreensão da submissão do agir administrativo não apenas à lei, mas ao Direito. Por óbvio, os exatos delineamentos do conteúdo da decisão não constituem objeto de análise que permita a esta pesquisa adjetiva-la, sem aprofundamento teórico, sob qualquer aspecto material.

<sup>486</sup> Neste sentido: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ART. 36, III DA LEI 8.112/90. GENITOR EM ESTADO GRAVE DE SAÚDE. PREENCHIDO OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA REMOÇÃO POR MOTIVO DE SAÚDE DO SERVIDOR OU DE SEUS DEPENDENTES, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO NO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE REMOÇÃO. A DEPENDÊNCIA FAMILIAR NÃO PODE RESTRINGIR-SE TÃO SOMENTE A FATORES ECONÔMICOS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE E À FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL DE SMALEY FARIAS RODRIGUES COSTA PROVIDO.

“dependência” da lei formal “não pode ser vista apenas sob o enfoque econômico, devendo-se levar em conta a gravidade da doença, que exige acompanhamento, além do sofrimento psicoemocional que envolve quadros dessa gravidade”. Logo, não se desconsiderou, na análise da situação, “que a família goza de especial proteção do estado, tendo os filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, nos termos do art. 229 da Constituição Federal, razão pela qual o Poder Público tem o dever político-constitucional impostergável de proteger a família e o direito à saúde, bens jurídicos constitucionalmente tutelados e consectário lógico do direito à vida. Decidiu-se, então, *contra legem*, ao arrepio do que formalmente estabelece a regra — muito clara em condicionar a dependência e o registro em assentamento funcional — extraindo-se, porém, o devido fundamento numa otimizada aplicação da Constituição.

Outro emblemático exemplo da oscilação ou, mais ainda, da ausência de clareza nos critérios de ampliação do texto legal, diz respeito a casos em que candidatos de concursos públicos apresentam titulação superior à exigida na lei e no edital de abertura do concurso, mas que, no entanto, não estão a cumprir exatamente os requisitos formalmente estabelecidos. Nestas hipóteses, os Tribunais brasileiros vêm decidindo de modo profundamente oscilante, inclusive dentro do mesmo órgão ou, não raro, em decisões prolatados pelos mesmos magistrados. Dois casos podem ser analisados, para que busque alcançar algum sentido uniforme na otimização da legalidade. Sabe-se que, em matéria de concurso público, a atividade jurisdicional busca se limitar à aferição da observância das regras do edital, a fim de preservar a isonomia e a regularidade do certame. Esta aferição, todavia, é instável, ampliando-se quando deveria ficar limitada, e limitando-se quando poderia ampliar. Ao julgar uma apelação cível<sup>487</sup>,

---

*RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. Assim, comprovado estado de saúde do dependente por junta médica, a questão é objetiva e independe do interesse da Administração. Precedentes do STJ. No tocante à comprovação da dependência, o Tribunal de origem reconheceu o preenchimento do requisito legal, ao fundamento de que a dependência a ser observada em casos de doença de familiares, não pode ser vista apenas sob o enfoque econômico, devendo-se levar em conta a gravidade da doença, que exige acompanhamento, além do sofrimento psico-emocional que envolve quadros dessa gravidade. (STJ, REsp nº 1467669 / RN, Ministro-Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 18/11/2014)”*

<sup>487</sup> Neste sentido: “APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. PROCESSO SELETIVO EXTERNO. ASCAR/RS. CARGO DE TÉCNICO EM INFORMÁTICA. ESCOLARIDADE EXIGIDA NO EDITAL. CANDIDATO GRADUADO EM CURSO SUPERIOR DE INFORMÁTICA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. Inúmeros são os precedentes jurisprudenciais que tem reconhecido o cabimento do mandado de segurança impetrado em face de atos de admissão de pessoal atribuídos tanto a ASCAR como a EMATER. 2. Mostra-se razoável a alegação de que, por possuir formação em Curso Superior de Informática, tem o impetrante habilitação profissional para o cargo em que foi aprovado. 3. A conclusão a que se chega decorre do princípio da razoabilidade, uma vez que o comportamento da Administração Pública deve ser pautado pela racionalidade e afeiçoado aos princípios da eficiência e da finalidade. APELO DESPROVIDO E SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário nº 70061851218, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 29/10/2014)”

o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou a possibilidade de um candidato concorrer a cargo cuja exigência legal e editalícia de investidura era a de “Técnico em Informática”, ainda que sua formação fosse a de “Bacharel em Informática”. Na ocasião, entendeu-se que razoável a alegação de que, por possuir formação em curso superior de Informática, teria o candidato habilitação profissional para o cargo em que foi aprovado, ou seja, “significa dizer que a exigência editalícia de diploma de nível técnico pode ser superada pela apresentação de habilitação em curso de nível superior”, restando ao mesmo a aprovação nas demais fases do concurso para obter nomeação ao cargo. Aqui, vigorou a noção de que “quem pode o mais pode o menos”, justificando-se que “a razão de ser da seleção pública” é “evidentemente que aperfeiçoar a prestação dos serviços à sociedade, recrutando para o quadro funcional da Administração profissionais qualificados”. Tal compreensão foi suscitada perante o mesmo Tribunal de Justiça por determinada cidadã que concorreu ao cargo de Fiscal Ambientalista, logrou a aprovação na primeira colocação, mas, quando da nomeação, foi impedida de tomar posse porque não atendia ao requisito legal e editalício de formação para investidura, a qual deveria ser de nível superior em Engenharia Agrônoma, Biologia ou Geologia. A candidata, porém, era Bacharel em Engenharia Ambiental, formação não prevista no edital do certame, nem mesmo na legislação municipal, mas que guarda, indubitavelmente, ampla compatibilidade com as atribuições do cargo. Ou seja, a Administração Pública Municipal não empossou a candidata e indeferiu seu recurso administrativo, baseada no pretense respeito ao princípio da legalidade. Em juízo de primeiro grau, decidiu-se pela possibilidade da sua posse, justamente porque a Administração Pública está adstrita não apenas à lei formal, mas ao Direito, sendo que, pautado pela razoabilidade, é de se concluir que o concurso público pretende aferir e selecionar o candidato melhor preparado ao exercício do cargo, o que ocorreria na hipótese, já que um Engenheiro Ambiental possui muito mais condições de exercer as atribuições do cargo de Fiscal Ambientalista do que um Engenheiro Agrônomo, um Biólogo ou um Geólogo. O Tribunal de Justiça, em sede de apelação<sup>488</sup>, reformou a sentença, entendendo que “enquanto

---

<sup>488</sup> Neste sentido: “*REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE GRAMADO. CARGO DE FISCAL AMBIENTALISTA I. FORMAÇÃO SUPERIOR EM CARGO DISTINTO DAQUELES EXIGIDOS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Optando a impetrante pela estreita via do mandado de segurança, deverá estar ciente da necessidade de demonstrar a existência de direito líquido e certo e a sua ameaça, a teor do art. 1º da Lei nº 12.016/09. 2. A Lei Municipal nº 2.914/2011, assim como o edital do certame, estabeleceram como requisito para o cargo de Fiscal Ambientalista, a escolaridade de Ensino Superior em Biologia ou Geologia ou Engenharia Agrônoma, mesmo já existindo, à época, a previsão do registro profissional de Engenheiro Ambiental junto ao Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. 3. Hipótese em que a impetrante, ora agravada, apresentou diploma de formação superior em Engenharia Ambiental, não prevista no edital do certame, tampouco na legislação municipal. 4. Vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade. 5. Ausência de direito líquido e certo. 6. Sentença concessiva da segurança na*”

na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”, em referência ao adágio de Hely Lopes Meirelles. Novamente, mostram-se incertos os limites e possibilidades da ampliação da legalidade, mesmo diante de casos flagrante possibilidade de sua otimização<sup>489</sup>.

A interpretação do conjunto de regras e princípios da Administração Pública é também utilizada pelo Supremo Tribunal Federal relativamente ao controle jurisdicional. Dois acórdãos são paradigmáticos ao expressamente consignarem o sentido e alcance da vinculação da

---

*origem. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70075151159, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 13/12/2017)”.*

<sup>489</sup> A diferença dos níveis dos cargos dos dois julgados citados poderia justificar as distintas decisões judiciais. No entanto, de se salientar que, em casos similares, já se entendeu pela mesma possibilidade de abertura, mesmo em se tratando de cargos de mesmo nível. Neste sentido: “*DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PERITO CRIMINAL. FORMAÇÃO. ENGENHEIRO AERONÁUTICO. 1. A norma do edital que impossibilita a participação profissional com formação na área de Engenharia Aeronáutica para o concurso para provimento de cargo de perito, enquanto permite a participação de profissionais da área de Engenharia Mecânica, viola o princípio da igualdade de condições quanto ao acesso a cargos públicos. 2. O autor logrou aprovação nas provas objetivas e discursivas do concurso público para Perito Criminal, demonstrando na prática aptidão para o cargo. (TRF4, AC 2004.70.00.028568-3, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 13/10/2008)*”. Ainda: “*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ANALISTA DO MPU. ÁREA DE PERÍCIA. ESPECIALIDADE EM ENGENHARIA CIVIL. CANDIDATA APROVADA E NOMEADA PORTADORA DE DIPLOMA DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO CIVIL. NEGATIVA DE POSSE. RESOLUÇÃO CONFEA Nº 288/83. COMPATIBILIDADE DE ATRIBUIÇÕES ENTRE AS DUAS PROFISSÕES. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO PEDIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A Lei 5.194/66, que regulamenta o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, confere ao Conselho Federal de Engenharia e Agronomia - CONFEA, em seu art. 27, a atribuição de examinar e decidir em última instância os assuntos relativos no exercício das profissões de engenharia, arquitetura e agronomia, bem como publicar, periodicamente, a relação de profissionais habilitados. 2. A Resolução CONFEA no 288/83 dispõe que os profissionais diplomados em Engenharia de Produção ou Engenharia Industrial, oriundos da área CIVIL, possuem o título de Engenheiro Civil, bem como desempenham as atribuições de Engenheiro Civil, previstas no art. 7º, da Resolução no 218/73. 3. Comparando-se as atividades desempenhadas pelo profissional de Engenharia de Produção Civil com as atribuições do cargo de Perito, com especialidade em Engenharia Civil, conforme descritas no edital do certame, constata-se a compatibilidade de atribuições entre as duas profissões, em especial no que concerne à realização de perícias, vistorias, avaliações, estudos técnicos, prestação de informações técnicas sob a forma de pareceres, laudos e relatórios, planejamento, orientação, coordenação, fiscalização e acompanhamento de execução de projetos, obras e serviços técnicos, bem como nas atividades de assistência e assessoria técnica. 4. A impetrante juntou aos autos certidão emitida pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Minas Gerais - CREA/MG, datada de 12/03/2014, certificando que “a requerente com titulação em Engenharia de Produção Civil, possui atribuições conforme as atribuições do Engenheiro Civil, artigo 7º da Resolução 218 de 29/06/1973, do CONFEA”. 5. No Processo Administrativo no 1.10.00.00218/2014-76, instaurado no âmbito do Ministério Público da União com a finalidade de apurar a situação da candidata ora impetrante, a Assessoria Jurídica Administrativa do MPU emitiu parecer opinando pela regularização da posse da candidata na via administrativa. 6. A impetrante, profissional de engenharia de produção civil, está habilitada a exercer as atribuições do profissional de engenharia civil, inexistindo óbice legal para que ela exerça as atividades atinentes ao cargo de perito, especialidade em engenharia civil, de que trata o Edital MPU no 1/2013. 7. Não se trata de negar aplicação aos princípios da legalidade, isonomia e vinculação ao edital, mas, sim, de privilegiar os princípios da razoabilidade e eficiência, já que a Administração, por meio de concurso público, busca selecionar o candidato mais capacitado. 8. O Secretário-Geral Adjunto do Ministério Público da União, por meio do Ofício no 1042/2015/SG, de 18/03/2015, manifestou-se nos autos informando que o diploma da impetrante foi reconhecido administrativamente como apto a preencher o requisito de escolaridade para a posse da candidata no cargo Analista do MPU/Perícia/Engenharia Civil. 9. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento. (AMS 00021164420144013000, DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:08/06/2015 PAGINA:898)”.*

Administração Pública à juridicidade. Trata-se o primeiro de Agravo Regimental em Mandado Segurança<sup>490</sup>, julgado pelo Plenário em 10/04/2014, onde discutiu-se a possibilidade de haver controle judicial mais intenso quanto a atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público. Consignou-se, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, “a releitura da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricionários pela moderna dogmática do direito administrativo”, autoriza este controle, a ser aferível a partir do “grau de vinculação do

---

<sup>490</sup> Neste sentido: “*DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE AUDITOR DO TCU (MINISTROS-SUBSTITUTOS). [...] IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA VALORAÇÃO ENGENDRADA PELA COMISSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL, EM BASES EXCEPCIONAIS, SEMPRE QUE SE CONFIGURAR DESVIO DE FINALIDADE QUANDO DA ATRIBUIÇÃO DA PONTUAÇÃO OU EM CASOS DE MANIFESTA AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. TÍTULO: EFETIVO EXERCÍCIO DE MAGISTÉRIO SUPERIOR NAS ÁREAS DE DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. CERTIDÕES COMPROBATÓRIAS DO EXERCÍCIO DE MAGISTÉRIO SUPERIOR PELO LITISCONSORTE PERANTE A ACADEMIA NACIONAL DAS AGULHAS NEGRAS (AMAN) E A ESCOLA SUPERIOR DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS (ESAO), NA QUALIDADE DE INSTRUTOR DE ADMINISTRAÇÃO MILITAR. TÍTULO: APROVAÇÃO EM TODAS AS ETAPAS DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGA EM CARGO PRIVATIVO NAS ÁREAS DE DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AUDITOR DO TCU. CERTIDÃO EXARADA PELA DIREÇÃO DE RECURSOS HUMANOS E PELA SEÇÃO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO DO TCU. EDITAL QUE PREVÊ COMO REQUISITO PARA A INVESTIDURA DO CARGO O BACHARELADO EM DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. PRIMEIRO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 7. Deveras, o caso sub examine revela que: a) o decisum monocrático amparou-se no fato de que o ato coator (Edital nº 11/2007) fora publicado antes do julgamento de seu segundo recurso administrativo, desta vez interposto perante o Presidente do certame. b) A premissa fática ensejou duas ilações, a saber: a primeira, no sentido de que o recurso administrativo interposto perante a autoridade competente foi devidamente apreciado, e nele não constava qualquer impugnação aos pontos atribuídos a André Luís de Carvalho, primeiro colocado; e, a segunda, afirmando que o recurso administrativo dirigido ao Presidente do Concurso, na qual se impugnava a pontuação da prova de títulos de seu concorrente, não constava no edital, de modo que, eventual apreciação, seria anti-isonômica em relação aos demais candidatos; c) A causa petendi deduzida pelo Impetrante versa a desconformidade das certidões acostadas pelo Impetrante para a comprovação dos títulos com as exigências objetivas constantes do Edital do certame. 8. A legalidade dos concursos públicos é plenamente cognoscível na via jurisdicional, sendo desfeito, todavia, ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora, outrossim imiscuir-se nos critérios de correção de provas e atribuição de notas. 9. A causa mandamental não abarca a pretensão deduzida no writ ab origine, concernente ao reexame da adequação das certidões acostadas pelo litisconsorte, primeiro colocado no concurso, com os critérios fixados para a comprovação dos títulos exigidos pelo Edital do concurso de Auditor do TCU, esbarrando em óbice intransponível, consubstanciado na ausência de liquidez e certeza do direito vindicado, máxime porque a mencionada pontuação decorreu de valoração engendrada pela comissão à luz de critérios estabelecidos no edital que rege o certame in foco, fato que, evidentemente, revela a ausência de ilegalidade e, a fortiori, afasta o controle judicial, interditando a apreciação do pedido de nulidade do Edital nº 11/2007 e a retirada dos pontos atribuídos aos títulos ao primeiro colocado. 10. A releitura da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricionários pela moderna dogmática do direito administrativo, autoriza o controle jurisdicional mais ou menos intenso nos atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público conforme o grau de vinculação do ato administrativo (edital) à juridicidade, notadamente quando se verificar desvio da finalidade na atribuição de pontuação aos títulos dos candidatos ou quando esta for manifestamente desproporcional à luz das exigências editalícias. [...] 12. Provimento do segundo agravo regimental interposto contra decisum que extinguiu o mandamus ante a perda superveniente do objeto. Na sequência, nego provimento ao primeiro agravo interposto em face da decisão que negou seguimento ao writ por ausência de direito líquido e certo, nos termos da fundamentação supra e mantenho a extinção do writ por ausência de direito líquido e certo. (MS 26849 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 20-05-2014 PUBLIC 21-05-2014)”*

ato administrativo (edital) à juridicidade, notadamente quando se verificar desvio da finalidade”. Da análise do acórdão extrai-se a mais expressa alusão ao princípio da juridicidade como novo paradigma do Direito Administrativo, sendo plenamente aplicável em sede de controle judicial. Apoiado na doutrina de Gustavo Binenbojm, decidiu-se que a noção de discricionariedade vem sendo paulatinamente revisitada pela moderna dogmática do Direito Público brasileiro, a fim de reconhecer que “os espaços de escolha próprios das autoridades eleitas não configuram plexos de competências externos ao próprio ordenamento jurídico”. Neste sentido, viu-se emergir, nos últimos anos, “no pensamento jurídico nacional o princípio constitucional da juridicidade”, princípio que, conforme o Ministro Fux, “repudia pretensas diferenças estruturais entre atos de poder, pugnando pela sua categorização segundo os diferentes graus de vinculação ao direito”.

O segundo precedente, por sua vez, é um recurso extraordinário<sup>491</sup>, com repercussão geral reconhecida, julgado pelo Plenário, em 23/04/2015, em que se discutiu, igualmente, a possibilidade de o Poder Judiciário reexaminar ato administrativo que avalia questões em concurso público. Decidiu-se, por unanimidade, que não cabe a juiz ou tribunal substituir-se à banca examinadora para decidir se a resposta dada a uma questão foi ou não correta, ou se determinada questão poderia ter mais de uma resposta dentre as oferecidas à escolha do candidato. No caso concreto, candidatas a vagas de enfermeiras sustentavam ter havido descumprimento do edital por parte da comissão organizadora do concurso, e pretendiam a nulidade de dez questões da prova objetiva, que, conforme alegaram, conteriam duas assertivas verdadeiras, em vez de apenas uma. O juiz de primeiro grau concedera parcialmente o pedido, anulando oito das dez questões, decisão esta mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, quando do julgamento da apelação do Estado do Ceará. O caso chegou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que inaugurou a tese de que não compete mesmo ao Judiciário substituir-se à banca de concursos públicos para reexaminar conteúdo de questões, “salvo ocorrência de ilegalidade ou inconstitucionalidade”. Neste sentido, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, que acompanhou o relator, mas consignou que a doutrina juspublicista brasileira, a partir da doutrina da efetividade da Constituição “viu emergir a noção de juridicidade administrativa, tal como rotulada pelo jurista alemão Adolf

---

<sup>491</sup> Neste sentido: “*Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido. (RE 632853, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015)*”

Merkel”. Pela expressão, prossegue, “compreende-se a ideia de vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, em especial aos seus princípios, representando a superação ao positivismo legalista de outrora”. Na hipótese, “os atos administrativos praticados no bojo do concurso estão sujeitos ao império do direito (juridicidade administrativa) e, portanto, vinculados à ordem jurídica, ainda que em diferentes graus”. Para Fux, não se pode admitir, em um Estado de Direito, esfera de poder imune à jurisdição.

Vê-se, portanto, que princípio da juridicidade exprime a dupla submissão jurídica do Estado, qual seja, à lei e ao Direito. A submissão à lei, manifestação clássica expressa no princípio da legalidade, ampliou-se e superou-se com aquilo que Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>492</sup> chama de “inclusão tanto da submissão à legitimidade, politicamente conotada quanto da submissão à licitude, moralmente conotada, valores constitucionalmente afirmados do Direito pós-moderno, sintetizados no conceito de juridicidade”. Sua atuação, pelo que se constata, ampara-se, sob aspecto objetivo, na sujeição do agir ao Direito, bem como pelo aspecto subjetivo de garantia do interesse juridicamente protegido, o que legitima sua promoção, inclusive — e senão principalmente — pelo controle judicial. Não obstante, a operatividade do sentido da vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade administrativa ainda denota caráter acentuadamente doutrinário, encontrando forte resistência, por parte do Poder Judiciário, em efetivamente ampliar-se o princípio da legalidade como vetor de controle.

A fim de melhor perquirir, ainda que empiricamente, os motivos que condicionam os magistrados brasileiros à legalidade estrita (a despeito da evolução doutrinária que ocorre, como visto, há mais de oito décadas), foi-se à campo para entrevistar magistrados, objetivando alcançar informações que possam indicar o sentido prático do que até então já se elaborou. As entrevistas foram realizadas no primeiro semestre de 2018, e contou com cinco magistrados(as): dois desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma desembargadora federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e dois juízes das Turmas Recursais da Fazenda Pública, todos com atuação em matérias de Direito Administrativo. As entrevistas foram padronizadas e estruturadas a partir de um roteiro previamente estabelecido (apêndice A), o qual consistiu em questionário lastreado sob quatro aspectos. Primeiro, questionou-se acerca da importância do princípio da legalidade administrativa, sobremaneira no controle judicial dos atos da Administração Pública. Depois, questionou-se quanto aos aspectos hermenêuticos que a principiologia influi no âmbito do Direito Administrativo. Ainda,

---

<sup>492</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 245.

questionou-se quanto à importância do conteúdo da lei, a fim compreender se sua justeza, ou não, condiciona-se somente à sua existência formal. Finalmente, buscou-se aferir, a partir de um caso<sup>493</sup>, se o(a) magistrado(a) decidiria pela ampliação ou não do sentido da lei formal.

Na primeira entrevista, ouviu-se desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que atua em matérias de Direito Público. Questionado quanto à importância do princípio da legalidade na atuação e controle da Administração Pública, assim referiu:

[Desembargador TJRS 1]: *Essa matéria do Direito Administrativo [...] não tem codificação, depende muito da legislação que cada ente federado edita, inclusive havendo fenômenos de um se inferir na atribuição do outro e acabar gerando conflitos inclusive de normas. O que basicamente eu compreendo a respeito desse tema é que [...] o princípio da legalidade tal como posto inicialmente no século 16, século 17, perdeu a atualidade. Hoje ele é temperado por uma série de circunstâncias, eu inclusive digo nos meus votos que o primeiro exame que o interprete qualificado para prestar jurisdição deve fazer a respeito da natureza jurídica do vínculo estabelecido com o Estado, se tem uma natureza estatutária, o vínculo é institucional, é imposto pelo Estado e a partir daí tem que se construir todo um arcabouço que vai dizer que o vínculo institucional não tem nada de contratual e, portanto, só a lei pode o informar [...] tudo isso está temperado com o princípio da proporcionalidade que não está expresso de forma peremptória na Carta Política Federal, mas na nossa Carta gaúcha está no artigo 19, ele informa e as manifestações do Supremo Tribunal Federal são nesse sentido, de que inclusive a Administração tem que atentar para o princípio da proporcionalidade quando atua, especialmente na questão das cotas, na questão dos prazos peremptórios dos concursos públicos, uma série de coisas onde a administração tem que ter uma ponderação que está muito ligado no princípio da proporcionalidade. E por isso concordo com o senhor, o princípio da legalidade tal como posto a início cedeu espaço e hoje se tem esse pano de fundo onde se começa a raciocinar a partir de então desses três pilares: o do Regime Jurídico, do Princípio da Legalidade e do Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade.*

<sup>493</sup> Tratou-se do seguinte caso hipotético, idêntico a todos os entrevistados em sua essência, mas com adaptações quanto aos aspectos formais que melhor conduziriam à respectiva competência: “*O Município X (ou União Federal) publicou edital de abertura de concurso público, anunciando 1 vaga para o cargo de Fiscal Ambientalista. Nos termos do Edital, em consonância com a legislação municipal (ou federal), são requisitos à investidura do cargo a formação em nível superior no curso de Geologia, Biologia, Engenharia Agrônoma com registro no respectivo Conselho. Um cidadão inscreveu-se, participou das provas e logrou a 1ª colocação. Quando de sua nomeação, apresentou diploma de Bacharel em Engenharia Ambiental. A Administração Pública, calcada no princípio da legalidade, negou a posse, do que impetrara Mandado de Segurança (ou ação ordinária), alegando ofensa ao seu direito líquido e certo, pois as atividades do profissional graduado em Engenharia Ambiental seriam muito semelhantes às exigidas para o exercício do cargo, violando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade o ato da autoridade coatora, que, ao elencar as profissões necessárias ao exercício do cargo, deixou de prever carreira cujas atribuições atendem às exigidas para o desempenho daquele. A sentença foi pela concessão da segurança. Sobem os autos ao Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal ou Turma Recursal), sendo distribuído na Câmara (ou Turma) integrada por Vossa Excelência. O desembargador relator (ou Juiz relator), Vosso colega, profere voto no sentido de manter a sentença, entendendo que, muito embora esteja a Administração Pública adstrita à legalidade, esta não mais reveste-se de caráter estrito, sendo possível, no caso concreto, o controle da juridicidade do ato administrativo que negou posse ao Impetrante (ou Autor). O relator deixa consignado que os engenheiros ambientais têm atribuição legal para a realização das atividades descritas no edital para o cargo de fiscal ambientalista, devendo ser mantida a sentença. Nessa situação hipotética, Vossa Excelência acompanha o voto do Relator?”*

Contudo, quando questionado se o princípio da legalidade ocupa posição hermenêutica superior aos demais princípios, respondeu afirmativamente, que “sem dúvidas ele ocupa no Direito Administrativo uma posição superior e nós temos essa aplicação em vários primados nas Câmaras de Direito Público”. Justifica-se esta importância porque o Direito Administrativo não é codificado, e depende de cada lei. Viu-se, todavia, que se relava incongruente a noção pela qual um princípio jurídico figura na órbita normativa com predeterminação de seu sentido em relação aos outros. Vale dizer, os princípios jurídicos são mandamentos a serem otimizados, razão pela qual a legalidade não pode ser lida, hodiernamente, como superior às demais normas.

Depois, questionado quanto ao conteúdo das leis, se são justas somente porque são leis, afirmou tratar-se uma questão tormentosa, pois, no Brasil, constata-se um fenômeno muito peculiar, que é o fato da lei que “pega ou não pega”, ou seja, “dependendo da situação, as leis são editadas e vigoram ou não vigoram de acordo a necessidade que elas apresentam ou o número de fatos”. Não obstante, há diferenças importantes entre “leis justas ou injustas” e “leis constitucionais ou inconstitucionais”. Nestas, deve-se buscar a extirpação do ordenamento jurídico através das ações cabíveis, como a ação direta de inconstitucionalidade. Naquelas, porém, “não tem muito o que fazer, ele [administrador] tem que cumprir, se é uma lei e foi aprovado pelo poder legislativo e foi sancionada pelo executivo ele não pode logo depois alegar que há uma injusta e por isso não a cumpre, porque aí o judiciário vai fazer ele cumprir”. Por fim, em relação ao caso, concluiu que posicionar-se-ia de acordo com o relator, e que, inclusive, possui, sob sua jurisdição, “situações concretas que se assemelham muito a isso”. Se no caso, o engenheiro ambientalista “é muito superior ao engenheiro agrônomo”, que teria conhecimentos mais limitados, e “se o agrônomo ou engenheiro florestal [*sic*] poderiam ser fiscais, por que não engenheiro ambientalista?”. Vê-se, então, que muito embora coloque a legalidade administrativa como superior aos demais princípios, o desembargador entrevistado admite o sentido de ampliação do alcance legal, ou seja, admite o controle da juridicidade do ato administrativo.

O segundo entrevistado, também desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com ampla atuação no controle judicial de atos administrativos, questionado quanto à importância da legalidade no controle da Administração Pública, respondeu ser ela “a fonte do Direito” e, como parte do Estado Democrático de Direito, “é um princípio importante que vincula a Administração Pública como modo até de não institucionalizar a arbitrariedade por parte da administração”. Para o desembargador, a questão que se coloca é sobre qual legalidade se está a falar. Mas, modo geral, tem-se na ideia da lei a fonte do Direito. Questionado quanto

à justeza das leis, se assim o são por simplesmente serem produtos formais, compreende ser problema semântico o “justo ou injusto”:

[Desembargador TJRS 2]: *Muito embora o próprio artigo 1º da Constituição Federal fale que o Brasil é uma república federativa, onde um elemento normativo importante é a construção da solidária e de uma sociedade justa e solidária, mas sob ponto de vista da legalidade, uma coisa é o conteúdo da lei, outra coisa é o conteúdo de justiça. A lei será confrontada em relação ao seu conteúdo, não necessariamente do ponto do justo ou do injusto, mas da sua legitimidade constitucional, me parece que esse é um conceito mais adequado para fazer o controle do próprio texto de lei e do controle inclusive da construção da norma. Texto e norma são coisas diferentes.*

A lei, para o magistrado, não é suficiente à atuação administrativa, pois “não abarca muitas vezes todas possibilidades normatividades”, sendo que a própria Lei de Instruções ao Direito Brasileiro regula hipóteses em que “pode haver uma insuficiência da regra e autorização normativa para o julgador e para o próprio administrador público aplicar e utilizar outras fontes do Direito” — o que, no entanto, não se revela hodierno se considerado de modo literal o que refere o Decreto-Lei n. 4.657/42, que no art. 4º preconiza a visão positivista amplamente superada de que os princípios gerais de direito são fontes normativas supletivas do ordenamento jurídico. Por fim, questionado sobre a hipótese de mitigação dos requisitos legais para investidura em cargo público, entendeu que a solução é suscitar incidente de inconstitucionalidade, pois há violação à proporcionalidade. Para o entrevistado, “o caminho seria esse, fazer o juízo em abstrato”, o que seria possível a abertura, mas a qual não chama de “flexibilizar requisito de acesso a cargo público”, pois o que cabe ao administrador público é encaminhar projeto de lei à Câmara de Vereadores, devendo esta estabelecer os requisitos do edital, evitando-se que se recaia no arbítrio do administrador e, igualmente, do julgador. Constata-se, igualmente, que a este magistrado também se mostra possível superar a ideia de que a lei é a expressão máxima e imutável do agir da Administração. Como visto, o ordenamento brasileiro reúne mecanismos formais que permitem o amplo controle da juridicidade, sem que se retire a importância da legalidade, pois, ao contrário, tenderá a apenas qualificá-la.

A terceira entrevistada, desembargadora federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, compreende ser impossível dissociar o princípio da legalidade dos demais princípios, pois a lei é um referencial importante ao agir administrativo, principalmente porque a autorização se inicia com a definição da competência para aplicação do ato. No entanto, compreende a magistrada que a legalidade administrativa não possui o sentido de que “se não está escrito não se pode fazer”, pois a lei enquanto norma jurídica deve ser vista no seu sentido *lato*. Questionada sobre a posição hermenêutica que a legalidade ocupa em relação aos demais

princípios que conduzem a Administração Pública, respondeu desde a visão do controle da constitucionalidade enquanto ferramenta preciosa do Estado Democrático de Direito. Para a magistrada, a lei administrativa não é suficiente à atuação administrativa, pois “não há como prever tudo”. Fazê-lo seria “engessar a Administração”, o que não coaduna com o seu escopo de fornecer resposta às demandas sociais. Finalmente, quanto ao caso apresentado, posicionou-se favorável ao voto que decidiria pela ampliação dos critérios de investidura, entendendo necessário que se questione “a razão de ser” do concurso, que é “selecionar o melhor candidato”, em atendimento a outro importante princípio, que é o da eficiência. Se as disciplinas da formação se assemelham, conclui, deve-se fazer o cotejo do cargo com as atribuições, do que poderia concluir pela flexibilização. Novamente, percebe-se o posicionamento favorável à superação da ideia de que a lei é o único e último fundamento da atividade administrativa, bastando, ao controle da juridicidade, que se recorra às demais normas de direito, sobretudo as de cunho constitucional.

A quarta entrevistada, juíza de uma das Turmas Recursais da Fazenda Pública do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, compreende que “o administrador, o nosso operador do Direito a nível de executivo, normalmente o municipal, que é uma grande gama da nossa clientela aqui que se utilizam das turmas recursais da Fazenda, muitas vezes se atém à legalidade estrita”. No entanto, “a lei, o princípio da legalidade estrito, tem que ser mitigado administrativa ou judicialmente no contexto das outras leis, das outras legislações aplicadas à espécie ou similares”. Afinal, se se bastasse analisar a lei a partir do fato, administradores e juízes seriam dispensáveis, pois se “colocaria a lei de um lado e o fato do outro, dentro do computador, e teríamos todas as respostas”. Questionada quanto à posição hermenêutica do princípio da legalidade e se, em algum aspecto, ostenta ele local superior aos demais princípios, respondeu que não, mas que esta análise vai depender do contexto histórico. Neste sentido:

[Juíza da TRFP/PJRS 1]: *O objetivo do legislador, muitas vezes naquela legalidade estrita, não sobrevive na sociedade atual, então acho que não dá para se falar em superioridade do princípio da legalidade, eu acho que o princípio da legalidade é uma coisa meio que uma caixa que muitos administradores e juristas condicionam e pode dar uma falsa impressão de que fica mais fácil, que as regras ficam mais claras, mas não é bem assim, no meu entendimento.*

Tocante à justeza das leis, compreende a juíza que “a lei reflete uma necessidade social do momento do qual ela foi criada e a partir daí ela passa ser uma adaptação às novas realidades sociais”. No entanto, ela não é justa porque é lei, e sim porque quem elegeu as pessoas que a fizeram implicam na presunção de que seja entendido aquele objetivo e, “ao longo do tempo, a lei exige porque é lei, não necessariamente com a evolução ela continua sendo justa”. No

entanto, assim como o primeiro entrevistado, manifesta-se que o controle da Administração Pública muitas vezes se afigura exacerbado, como o que ocorre, por exemplo, pelo Tribunal de Contas. Para ela, não se pode fazer da legalidade um “cheque em branco aos administradores”, mas esta pode ser mitigada em interpretação com os outros princípios do Direito. Mas que ainda existe muita resistência, principalmente no exercício da autotutela, pois “muitas vezes o administrador se atém ao princípio da legalidade daquela legislação, mesmo que ele suponha que exista uma legislação infraconstitucional superior àquela”, mas que o faz para que não seja apontado pelo Tribunal de Contas. No entanto, quanto ao caso apresentado, concluiu que não acompanharia o relator, pois “o edital público objetiva a participação igualitária das pessoas naquela situação”. Julgar procedente seria criar uma nova fase, em detrimento dos demais engenheiros ambientais que não puderam participar do certame. Contudo, ao ser questionada quanto à possibilidade de um candidato com formação superior à exigida no concurso público hipotético — a exemplo do julgado analisado, em que o candidato, bacharel em Informática, pretendeu tomar posse em cargo cujo requisito legal era o de técnico —, posicionou-se no sentido de que “uma análise prévia da grade da faculdade do bacharel *versus* o curso do técnico” permitiria a ampliação do sentido da lei.

Por fim, o quinto entrevistado, juiz de uma das Turmas Recursais do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, ao ser questionado quanto à importância que o princípio da legalidade opera no controle da Administração Pública, assim referiu:

[Juiz da TRFP/TJRS 2]: [...] *é bem complexo isso, porque em determinadas circunstâncias a legalidade, legalidade estrita, entenda-se, ela se mostra importante como, vamos dizer entre aspas, uma “segurança” para o administrador que, por exemplo, ele pode alegar que está amparado na lei ou pode dizer, por outras palavras, que se ancora na lei para ter uma ou outra providência. É que isso nem sempre irá atingir ou pode atingir os fins da administração ‘ah não, a lei não me permite fazer tal coisa, então eu não faço’, ‘eu não posso mudar o orçamento para melhorar a educação porque a lei não me permite’ - aí fica muito cômodo. Então, sobre esse prima, estou falando agora como se administrador fosse, estou me pondo na situação do administrador, que a legalidade estrita se por um lado ela é cômoda, porque ela, como eu falei, ancora as possibilidades do administrador, por outro lado ela maneteia, ela não deixa que o administrador possa ter uma discricionariedade.*

Questionado se o princípio da legalidade administrativa, posto no *caput* do 37 da Constituição Federal, ocupa posição hermenêutica superior aos demais princípios, respondeu negativamente, afirmando, inclusive, que a juridicidade administrativa impõe a análise de todo o “arcabouço jurídico”:

[Juiz da TRFP/TJRS 2]: *Não. Eu acho que não. Eu vejo que ela tem que ser justamente, até por esse tema que o senhor propõe, a da juridicidade, tu tem que avaliar todo arcabouço jurídico, e eu vou além, acho que até mesmo temos que ir nos preceitos que antecedem os princípios, os preceitos são informadores dos princípios*

*e os princípios tem sim que se fazer um cotejo em todos eles e fazer aí uma ponderação se for o caso, ou se é caso de proporcionalidade, sei lá, como vai agir em cada caso concreto.*

Vê-se, portanto, que sua concepção está de acordo com as construções doutrinárias da Teoria dos Princípios, que partem da noção de que os princípios jurídicos não ostentam dimensão de peso *prima facie*, sendo aferível a precedência de um sobre outro tão somente nas peculiaridades do caso concreto. Ainda, quanto à noção de que as leis são justas porque, simplesmente, são leis, ou seja, qual exatamente a importância do conteúdo material da lei administrativa, respondeu que “não, as leis não são justas só porque são leis, até porque nem sempre se sabe como elas foram propostas”. Questionado, igualmente, se a lei formal é suficiente para regular, por si só, a atuação da Administração Pública respondeu negativamente, compreendendo a necessidade da principiologia fundante, ou seja, “tem que todo um arcabouço, até mesmo se a lei está conforme a Constituição, porque as vezes a gente vê muito as pessoas fazerem análises da lei descurando da própria constitucionalidade”. Igualmente, chama a atenção ao fato de que, muitas vezes, leis inconstitucionais são aplicadas e o próprio Poder Judiciário acaba “referendando leis que saltam aos olhos a inconstitucionalidade [...] porque ferem os princípios maiores da Constituição”. Tocante ao controle interno, questionou-se em sob quais condições o administrador pode recusar leis manifestamente inconstitucionais ou injustas, do que responde, inicialmente, tratar-se de uma questão muito tormentosa, principalmente diante da Lei de Improbidade Administrativa, a qual, no seu entender, vem recebendo um dimensionamento maior daquele posto na própria lei, principalmente pelo Ministério Público. Criou-se, assim, “uma verdadeira caçada aos políticos de modo geral”, o que é ruim, “porque ao invés de a Lei de Improbidade Administrativa servir pra orientar”, acaba intimidando os administradores, pois o político eventualmente erra, e pode errar sem qualquer dolo, sem qualquer má fé, ou mesmo culpa, bastando “não ser bom administrador, segundo a visão do Ministério Público”.

Finalmente, em relação ao caso, posicionou-se no sentido positivo, ou seja, de que a fundamentação “esgota bem o tema” e, caso superados todos os elementos subjacentes (como, por exemplo, a regulamentação da profissão, a inscrição do candidato no devido conselho profissional), entenderia pelo atingimento da finalidade do concurso, que é, justamente, “ter uma pessoa com capacidade na área ambiental”. Pelo exposto, lhe parece “que atinge muito mais tendo esse outro”, razão pela qual acompanharia o voto do relator, permitindo, portanto, a ampliação do sentido estrito da lei, para, em cotejo com os demais princípios regentes da Administração Pública, garantir a atividade *contra legem*. Portanto, este primeiro resultado

afigura-se condizente com a noção pela qual resta superado o mito da infalibilidade da lei. A Administração, como referido pelo magistrado, deve ser irradiada pelos princípios constitucionais.

De fato, como leciona Paulo Otero<sup>494</sup>, “a ideia da subordinação do poder administrativo à juridicidade não é simples, nem pacífica, antes traduz uma inquietude metodológica complexa que se coloca a todas as estruturas encarregues do exercício da função administrativa”. No entanto, afigura-se latente, inclusive no âmbito judicial do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul (estadual e federal), a noção pela qual a Administração Pública não é mera aplicadora das leis — compreensão que, conforme Almiro do Couto e Silva, “é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador”. Isto na representa, por óbvio, que a Administração Pública não prescinde de uma autorização legal para agir, “mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora”, com amplo reflexo no controle judicial. Com efeito, não se trata de controlar o núcleo de apreciação ou escolha, pois não se pode deixar de controlar ato administrativo de conteúdo desproporcional. Não há, nas palavras de Gustavo Binenbojm<sup>495</sup>, “conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade”. Este, portanto, é o quadro da juridicidade, o qual emerge como a expressão mais efetiva do verdadeiro sentido do Estado Democrático de Direito.

### **6.3 Juridicidade administrativa, legitimidade e democracia**

A noção restrita do princípio da legalidade administrativa não mais corresponde às necessidades do mundo contemporâneo. A lei não pode constituir-se apenas como limite à atividade administrativa, pois deve constituir a própria substância do agir do Poder Público. Assim, o princípio da juridicidade administrativa ocupa o lugar mais elevada importância no conduzir da Administração Pública, desde a atuação executiva até o controle que a ela recai. A Administração Pública não é livre, pois antes vinculada, principalmente, às normas constitucionais e, sobretudo, aos direitos fundamentais. O estágio atual do Estado Democrático de Direito exige um modelo jurídico em que a juridicidade inclua, cada vez mais, legitimidade e moralidade, e não somente a legalidade. Como visto, a construção do conceito de Estado de Direito indica a atual compreensão de que o Estado submete-se, primeiro, à vontade do povo e,

---

<sup>494</sup> OTERO, 2003, p. 699.

<sup>495</sup> BINENBOJM, 2008, p. 18.

ao mesmo tempo, à vontade da ordem jurídica, conjugando o preconizado no artigo inaugural da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, a constitucionalização do Direito é fenômeno que influi sobre os diversos poderes estatais, impondo ao legislador e administrador os deveres negativos e positivos de atuação, a fim de que sejam observados os limites e sejam promovidos os fins constitucionais a que se destinam. Contudo, mais que isso, a constitucionalização do Direito, por ser fruto da jurisdição constitucional, impõe a realização concreta daquilo que Barroso<sup>496</sup> chama de “realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição”. Esta realização inclui, invariavelmente, (a) a possibilidade de revogação das normas infraconstitucionais que, anteriores à Constituição, sejam com ela incompatíveis, bem como a (b) declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores, quando incompatíveis. Além disso, implica (c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, quando deve o legislador ser convocado à atuação, e (d) a interpretação conforme a Constituição, que representa, conforme Barroso<sup>497</sup>, “a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes” e a declaração de inconstitucionalidade parcial, consistindo esta na exclusão de determinada interpretação da norma e a afirmação de outra que seja mais compatível com a Constituição. Agrega-se a esta compreensão o sentido que se extrai da vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. A amplitude da legalidade administrativa torna-se, pela juridicidade, a conjugação dos ideais democráticos pela legitimidade, a qual reveste-se de especial relevo diante da conjuntura jurídico-política revelada no Brasil nos últimos tempos.

A juridicidade pode e deve mais, sendo possível, a partir dela, não apenas afirmar que a Administração Pública não está limitada pela lei formal, mas que seu sentido é síntese da “tríplice vinculação ética” referida por Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>498</sup>, que conjuga legalidade, legitimidade e moralidade. Submetida a este tripé, “não se esgota a República Federativa do Brasil em expressar-se como Estado Democrático de Direito, mas afirma, sobretudo, a sua transcendente vocação para tornar-se, em síntese, um Estado de Justiça”. De fato, o histórico evolucionar no Estado revelou, como aponta Habermas<sup>499</sup>, que “o fluxo do poder regulado pelo Estado de Direito é anulado quando o sistema administrativo se torna

---

<sup>496</sup> BARROSO, 2018, p. 408.

<sup>497</sup> Ibid., p. 408.

<sup>498</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 45.

<sup>499</sup> HABERMAS, 1997, p. 120-121.

independente em relação ao poder produzido comunicativamente”. Com o advento do Estado Social, o Estado assume compromissos de ampliação da função administrativa, implicado pois os “direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da Administração”. A partir disto, com a alteração das tarefas do Estado, leciona Maren Guimarães Taborda<sup>500</sup> que “mais necessária é a legitimação pela gênese democrática do Direito, porque, neste Estado sobrecarregado, a lei perde cada vez mais seu caráter impositivo e se altera o sentido da divisão funcional dos poderes”. Diante do distanciamento entre cidadãos e o Poder Público, é a juridicidade que recuperará a legitimidade que se deriva diretamente do princípio democrático e objetiva informar a relação entre a vontade geral do povo e as suas diversas expressões estatais<sup>501</sup>.

Neste cenário, é o princípio da juridicidade que vai garantir o respeito ao Estado Democrático de Direito, permitindo e reforçando a submissão do agir da Administração Pública aos direitos e fundamentos consagrados na Constituição Federal — processo tão importante e necessário diante do cenário que vem se delineando nos últimos tempos no país, com a flagrante supressão de direitos e consolidação de retrocessos, o que, a despeito da real ameaça de sua intensificação, há de encontrar no Direito e, sobretudo, no controle da Administração Pública, o respeito à ordem democrática e aos direitos fundamentais conquistados.

---

<sup>500</sup> TABORDA, 2014, p. 42.

<sup>501</sup> MOREIRA NETO, 2014, p. 86.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente investigação construiu-se um estudo de Direito Administrativo quanto à operatividade do princípio da juridicidade administrativa enquanto novo paradigma que submete a Administração Pública do Estado Democrático de Direito não apenas à lei formal, mas ao Direito. Da análise, várias conclusões foram alcançadas, as quais podem ser assim resumidas:

### a) Quanto à constitucionalização do Direito Administrativo

O Direito Constitucional, desenvolvido no período pós-guerra, implicou uma nova organização política desenhada no Estado Democrático de Direito, aproximando democracia e constitucionalismo, mormente após práticas autoritárias serem legitimadas pelo próprio ordenamento constitucional. Após o declínio do positivismo jurídico e do normativismo, a doutrina constitucionalista passou a condicionar o direito positivo ao direito natural ou à princípios jurídicos supraconstitucionais. Os valores não seriam encontrados no sistema jurídico mesmo, mas fora dele ou sobre ele. Isto, no entanto, não encontrou fundamentação teórica forte o suficiente, razão pela qual buscou-se o entendimento pelo qual os valores passaram a ser vistos dentro do próprio ordenamento. Ou seja, estariam nos princípios constitucionais. À luz desse pensamento, os princípios constitucionais já então identificados foram revigorados e ampliados sob os mais variados aspectos.

No Direito Público moderno, os princípios adquiriram especial vigor, principalmente com a configuração da coerência e consistência do sistema. Diante disto, a constitucionalização do Direito representa o centralismo da Constituição nos ordenamentos jurídicos. Não obstante, são multifacetadas as noções implicadas da expressão “constitucionalização do Direito”, vigorando aquela que identifica quando uma Constituição formal incorpora no seu texto diversos temas que sejam afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito, o que acontece acentuadamente na Constituição Federal de 1988, alcançando o próprio Direito Administrativo. A constitucionalização material do Direito reforça-se através dos instrumentos que repercutem sobre os três poderes estatais, impondo-lhes deveres negativos e positivos, para que estejam sempre vinculados aos limites e fins estabelecidos pela Constituição. Portanto, a constitucionalização é fruto da jurisdição constitucional, a qual, no ordenamento brasileiro, é exercida, de modo difuso, pelos juízes e tribunais, e, de modo concentrado, sempre que o paradigma for a Constituição, pelo seu guardião, ou seja, pelo Supremo Tribunal Federal.

O processo de constitucionalização do Direito Administrativo, enquanto releitura e redefinição dos institutos e conceitos “velha dogmática da disciplina”, é compreendido sob a égide de um sistema principiológico constitucional, a fim de suscitar novos paradigmas que se caracterizem não somente por apresentarem, em si mesmos, um arcabouço teórico fortificado, mas principalmente por estarem comprometidos com o sistema democrático, com a eficiência impulsora do desenvolvimento, e com o primado e promoção dos direitos fundamentais. Reconhece-se à Constituição, no modelo de Estado Democrático de Direito, status de norma jurídica, de modo que seus valores e princípios irradiam-se ao ordenamento, vinculando todos os poderes. A constitucionalização do direito ocorre, então, no exato sentido da “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”. A ordem jurídica, neste contexto, é alterada a partir da Constituição, que faz do Estado, de mero garantidor das liberdades individuais e da propriedade, em verdadeiro guardião da ordem social, ampliando os serviços públicos e o Direito Administrativo. O Direito Constitucional se imbrica com o Direito Administrativo, e ambos completam-se à prestação efetiva do Estado de Direito. Há uma relação de necessidade mútua entre Direito Constitucional e Direito Administrativo e, por estarem imbricados, estabelecem uma relação de completude, a fim de garantir a efetiva prestação do Estado de Direito.

A expansão da atividade administrativa, principalmente no plano econômico e social, conduziu, através das Constituições, ao âmbito dos ordenamentos jurídicos, a proeminente inserção de temas inerentes ao Direito Administrativo. Consequentemente, emerge a indissociável vinculação, tanto do legislador quanto do administrador, às regras e aos princípios positivados constitucionalmente. Assim, a constitucionalização do Direito Administrativo não apenas possibilita a maior ingerência do Poder Judiciário no controle da atuação administrativa, mas alcançam ao administrador margem favorável de liberdade hermenêutica para interpretar e aplicar a lei, tomando-o da axiologia constitucional enunciada principiológicamente, tanto nos princípios que regem a Administração Pública quanto nos objetivos fundamentais da República Federativa, ou ainda no princípio democrático, nos direitos e garantias fundamentais, imergindo-o nesta relação entre Administração Pública e Constituição.

#### **b) A principialização do Direito Administrativo**

A definição do que seja um princípio jurídico não é de fácil constatação, pois toda e qualquer compreensão acerca das normas principiológicas implica que seja considerada de modo precário ou transitório. Com efeito, definições compartimentadas e estanques sobre

princípios jurídicos — e, em especial, sobre as peculiaridades de cada um deles — não coadunam com a própria noção que ostentam. Não obstante, os valores superiores dos ordenamentos jurídicos e políticos do Ocidente tornaram-se marcas do constitucionalismo assistido a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. A clássica concepção das constituições passou três marcas fundamentais: (1) as constituições limitavam-se às concepções formalistas e organizatórias do Estado, sendo (2) encaradas tão somente, ou principalmente, como limitadoras da atividade estatal, e (3) só interessavam de modo direto aos cidadãos quando da defesa das esferas de liberdade que opunham ao Estado. Contudo, emerge o constitucionalismo democrático, cujo fundamento e objetivo é, justamente, a dignidade da pessoa humana como grande consenso ético do mundo ocidental, materializado nas declarações de direitos, nas convenções internacionais e, principalmente, nas Constituições. Com efeito, a experiência traumática das Revoluções e, sobretudo, das Guerras Mundiais concorreram ao alcance dos princípios. Assim, paralelamente ao advento do novo constitucionalismo, viu-se inaugurada nova fase jurisprudencial, que da “jurisprudência dos conceitos” e “jurisprudência dos valores” deflagrou a “jurisprudência dos princípios”.

Mas foi com o fim da Segunda Guerra Mundial que a figura dos princípios passou a ocupar lugares distintos nos ordenamentos jurídicos. Em verdade, foi a redefinição do posicionamento das Constituições e influência que o Direito Constitucional passou a ter sobre as instituições que ocasionou, a partir da segunda metade do século XX, a reconstitucionalização da Europa Ocidental. Influuiu, assim, a retomada das ideias de constitucionalismo e democracia, culminando na nova forma de organização política, hoje reconhecida como o Estado Democrático de Direito. Assistiu-se, então, à decadência do positivismo, o que é emblematicamente associado à derrota do fascismo, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, movimentos políticos e militares que conquistaram o poder desde um quadro de legalidade vigente, mas que promoveram a barbárie em nome da própria lei. Com o fim da guerra, a noção de um ordenamento jurídico indolente aos valores éticos, a noção da lei enquanto estrutura meramente formal já não era mais aceite.

Assim, os princípios jurídicos, ao assumirem aura de texto, passam a integrar o sistema jurídico como normas jurídicas. Os ordenamentos de Estado Democrático de Direito são compostos de normas que são regras e princípios, compreensão esta que passa a modificar, de modo profundo, a identificação e o modo de aplicação das normas jurídicas, inclusive as de Direito Administrativo. Mas a distinção entre princípios e regras implica não só o reconhecimento de um aspecto qualitativo entre as normas jurídicas, mas principalmente, a atribuição de normatividade àqueles, pois elementos essenciais do pensamento jurídico

contemporâneo, que irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

A figura dos princípios nos ordenamentos jurídicos contemporâneos passou a modificar sobremaneira a identificação e o modo de aplicação das normas jurídicas, influiu de modo direto no Direito Administrativo, principalmente a partir dos fenômenos de constitucionalização. Com efeito, os princípios estruturantes do Estado (como a República, a Federação e o Estado Democrático de Direito), donde se extraem os princípios implícitos, com destaque ao princípio da segurança jurídica, e os princípios expressamente atribuídos à Administração Pública (como a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), bem como os declarados como direitos e garantias fundamentais, fizeram a Administração Pública amplamente aberta ao controle, ampliando a participação dos indivíduos na realização dos fins de interesse público. Foi necessário, portanto, compreender *como e em que medida* os princípios jurídicos podem ser estabelecidos enquanto fontes do Direito Administrativo que sirvam à formulação, aplicação e controle das atividades implicadas.

As fontes do Direito classificam-se de diversas maneiras, tendo-se destacado cinco. Quanto ao procedimento de sua expedição, emergem as fontes legislativas (a exemplo da lei ordinária), as fontes jurisprudenciais (a exemplo da súmula vinculante) e as fontes administrativas (a exemplo das portarias). Quanto à forma de manifestação na realidade, as fontes do direito polarizam-se entre as escritas (a exemplo das leis) e as não escritas (a exemplo do costume). Quanto ao seu uso no caso concreto, as fontes podem ser de aplicação obrigatória (a exemplo da Constituição) ou de uso opcional (a exemplo da doutrina). Quanto ao poder que emana os mandamentos nelas contidos, se destacam as fontes de normas vinculantes (a exemplo da Constituição) e as de normas indicativas (a exemplo da jurisprudência administrativa). Por fim, quanto à hierarquia das fontes, podem ser primárias (a exemplo da Constituição), secundárias (a exemplo das resoluções) e subsidiárias (a exemplo da doutrina).

O papel dos princípios enquanto fontes do Direito Administrativo brasileiro acentuou-se após as alterações legislativas, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Houve, com a constitucionalização do Direito Administrativo, a consagração de valores e princípios essenciais ao Estado de Direito Democrático, momento em que os princípios dotaram-se de maior imperatividade, tornando possível a distinção realizada pelo direito francês que identifica dois tipos de princípios, sendo uns aqueles que possuem valor inferior à lei, mas são superiores aos decretos e, portanto, a estes se impõem, e outros aqueles que possuem valor constitucional. Os princípios constitucionais tiveram, no campo do Direito Administrativo, ampliadíssima atuação, pois aqueles como o republicano, o federativo e o Estado Democrático

de Direito, todos estruturantes do Estado, são os que informam os princípios implícitos, dentre os quais destaca-se o da segurança jurídica, e os princípios expressamente atribuídos à Administração Pública, para além daqueles declarados como direitos e garantias fundamentais. Assim os princípios jurídicos apresentam ampla operatividade como mecanismos de controle da Administração Pública, superiores, inclusive, que os reiterados intentos de derrogação dos espaços discricionários do administrador — ocorridos, principalmente, com a regulação por vezes excessiva e tendenciosamente exaustiva de seus comportamentos. De fato, o papel e a importância dos princípios jurídicos no ordenamento de uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito, sobretudo a partir da indagação quanto ao sentido que a legalidade administrativa ostenta, no atual estágio deste modelo, no controle da Administração Pública, ficam melhor compreendidos desde um paralelo histórico que culmina com o advento do próprio ideal democrático.

### **c) A legalidade e o Estado de Direito**

O Direito Administrativo apenas logrou adquirir autonomia científica quando emergira o Estado de Direito, o que se ocorreu no período pós-Revolução Francesa. Na realidade contemporânea, é a relação entre Estado e sociedade que, diante da institucionalização jurídico-política, emergem os espaços clamados ao desenvolvimento da vida humana. Analisou-se, assim, os elementos da teoria jurídica do Estado Democrático de Direito, extraindo-se que as ordens do Estado são reconhecidas como legítimas e vinculatórias porque proclamadas pelo manto da lei. A linha evolutiva do Estado e do Direito Administrativo não é, sob qualquer aspecto, linear. A estrutura da Administração Pública e o conteúdo da atividade administrativa são apresentados pela doutrina maneiras diversas, desde um ponto de vista estrutural. Contudo, a evolução histórica é marcada de avanços e retrocessos.

O Estado absoluto revela-se como o Estado enquanto bem patrimonial do príncipe. Os parlamentos e tribunais imperiais francês e alemão, que cuidavam de interesses tanto públicos quanto privados, acabaram perdendo progressivamente as faculdades de tutelas os direitos dos particulares contra o soberano que, por sua vez, invocando cada vez mais frequentemente um direito de autodefesa contra os súditos. Se no primeiro momento se utilizava do conceito de soberania a fim de acobertar a assunção dos poderes absolutos em razão do monarca, a nova fase assistida recorria à ideia de polícia, definida como o direito do príncipe de intervir em todo e qualquer domínio, sob o pretexto de interesse do bem público. Este período é reconhecido como o Estado de Polícia (*Polizeistaat*), quando adotada a Monarquia absoluta. Com o cenário de decadência do sistema feudal, a autoridade monárquica centraliza-se, promove uma

unificação territorial e se hegemoniza. Não obstante, a monarquia do século XIX buscou sustentar-se, teoricamente e idealmente, no princípio da legitimidade, numa base essencialmente normativa. No entanto, perdeu seu caráter representativo, pois, legitimidade e representação são dois conceitos completamente diferentes, não sendo aquela, por si só, base à autoridade, nem a *potestas*, nem à representação. Como se viu, o Estado de Polícia estava afirmado no “Estado acima do Direito”. No entanto, considerando estar o Estado propriamente dito como à margem do direito — fora, portanto, do controle judicial —, deflagrou-se a construção pela que importou na teoria do Fisco, que permitiu a atribuição de efeitos civis imediatos aos atos do poder público. Reconhecendo-se ao soberano o poder ilimitado em relação aos fins possíveis e os meios disponíveis de serem empregados, a consequência foi que pouco se pôde desenvolver considerações científicas sobre este poder. É possível uma construção pré-histórica, para com o liberalismo, acerca do princípio da legalidade administrativa, ainda que nos termos e limites que foram expostos.

O sistema jurídico que predomina no pensamento jurídico ocidental é definido pelo Estado de Direito, sendo sua construção dogmática e teorização condição *sine qua non* da conformação do Estado, poder político, governo, Administração Pública, dentre tantos outros. Assim, viu-se a linha temporal evolutiva do Estado de Direito como propulsor das normas que, no âmbito público, passaram a ter a função de limitar e controlar o poder do Estado, a fim de garantir aos cidadãos que excessos e desvios não sejam praticados no exercício do poder político. O Estado de Direito consagra-se com o constitucionalismo liberal do século XIX, sendo fruto do constrangimento individual e ausência de previsibilidade e segurança provocados pela postura discricionária e ilimitada do príncipe, o que provocou a reação da classe burguesa ascendente em desfavor do Estado de Polícia. Iniciou-se, então, o processo que identifica o problema da limitação do Estado como sendo de ordem jurídica, emergindo então a teoria da personalização jurídica do Estado, momento-chave da construção do Estado de Direito, na Alemanha, no decorrer do século XIX, emergindo a teoria do *Rechtsstaat*, a qual guarda semelhanças com o Estado Constitucional de tipo francês (*État constitutionnel*) e com o *rule of law* do Direito britânico, na perspectivação teórico-formal.

Identifica-se “de Direito”, portanto, aquele Estado que possui como características (a) o império da lei, ou seja, a lei enquanto expressão da vontade geral, (b) a divisão dos poderes, (c) a legalidade da Administração Pública, ou seja, a atuação segundo a lei, com possibilidade de controle judicial, e a (d) garantia jurídico-formal e a efetiva realização material dos direitos e das liberdades fundamentais. O Estado de Direito relaciona-se diretamente com o próprio conceito de ato administrativo, o qual origina-se da confluência de três princípios estruturantes

do Estado de Direito, a saber, a separação de poderes, a legalidade administrativa e o controle, pelos cidadãos, dos atos do poder público. De fato, a noção de ato administrativo sequer poderia existir antes da dogmática do Estado de Direito.

Foi, no entanto, com o Estado Democrático de Direito que se inaugurou a nova ordem político-social que, ao redefinir os aspectos jurídicos, influenciou significativamente sobre o princípio da legalidade, fins de assegurar, não apenas o cumprimento da lei, mas a realização da justiça. Por isso é que se fala em Estado Democrático de Direito, pois este abrange, justamente, a participação popular (Estado Democrático) e da justiça material (Estado de Direito). A legalidade administrativa, neste cenário, perde a mística que a vinha envolvendo até então — a qual, aliás, representa sério risco de mistificação do próprio Estado de Direito. Contudo, o advento do Estado Democrático de Direito ocasionou, no cenário jurídico, o aprimoramento dos mecanismos de controle da sociedade em face do próprio Estado. A compreensão contemporânea de Estado Democrático de Direito é que trouxe a princípios como igualdade, razoabilidade e proporcionalidade um papel de enorme importância na definição dos direitos dos indivíduos e na identificação dos limites do poder do Estado.

Desde uma perspectiva histórica do Estado de Direito, a legalidade assumiu diversas facetas. Se na origem pré-histórica e histórica, a partir de sua afirmação no Estado Liberal de Direito, a lei era vista como a única fonte de legitimação e limitação do poder estatal, é com o surgimento do Estado Social e Estado Democrático de Direito que outras bases são apresentadas como elementos que legitimam a Administração Pública. Tais bases se deixam desenhar pelas Constituições contemporâneas e pelo aprimoramento dos mecanismos de controle da Administração Pública, sobretudo aquele que se deixa realizar pelos Tribunais. A lei administrativa passa, mais uma vez, por alterações até chegar no que se passou a denominar de princípio da juridicidade. Assim, foi necessário analisar o caminho que o princípio da legalidade administrativa trilhou até a superação da noção pela qual deixa de limitar-se como fonte positivista estrita para, em verdade, compor-se de um bloco de legalidade, para que, finalmente, seja possível analisar os limites e as possibilidades de sua utilização quando do controle da Administração Pública.

#### **d) Vinculação da Administração Pública à legalidade**

Com as revoluções burguesas que a ascensão do Direito Administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica conferiu à legalidade uma posição proeminente. Rompeu-se, assim, com o elemento subjetivo justificador do poder, conferindo-se à lei o caráter objetivo de determinação de competências. Configura-se, então, o Estado Administrativo como aquele que,

no signo dos poderes conferidos ao Poder Público, que encontra no Direito Administrativo e, igualmente, na Administração Pública, a conformidade legitimadora de seu agir. O princípio da legalidade, assim, por estar intrinsecamente ligado à atividade objetiva da Administração Pública, tem lugar destacado nos estudos de Direito Público. De outro lado, vê-se que a definição que a doutrina tradicionalmente vem alcançando ao princípio da legalidade, ou seja, o sentido que a lei expressa na Administração Pública não estremeceria de dúvidas.

A legalidade fundamenta as espécies de governo republicano e monárquico e, no sentido contrário, é sua ausência que identifica um governo despótico. A lei é instrumento de certeza e liberdade, e só possui força porque estatui sobre todos. A legalidade da Administração Pública, igualmente, é produto da tese da separação dos poderes. A legalidade é, por excelência e historicamente, a fonte legitimadora e limitadora do poder estatal, sobretudo da Administração Pública. O governo não é atividade livre da legislação, senão submetida a ela, e se o Poder Executivo ou Governo pode juridicamente ter alguma liberdade para atuar, isto só ocorre em razão do que permite o Parlamento. Assim, sempre que se analisar as faculdades conferidas ao Poder Executivo — sejam elas vinculadas ou discricionárias — deve-se partir da ideia de que esta faculdade não prescinde da regulação legislativa. Não se trata de atividades postas num plano de igualdade com a lei, mas de subordinação. O sentido e a intenção constitucional não é a de que o Poder Executivo seja seu próprio legislador, razão pela qual tais faculdades estão, inexoravelmente, submetidas à lei.

Não obstante, o conceito do princípio da legalidade é amplo e, muitas vezes, ambíguo. Ainda assim, extraiu-se seu sentido razoável a partir da sua elevação enquanto princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, sendo consequência dele. Aliás, a submissão da Administração Pública à lei é expressão fundamental do Direito Administrativo, sendo múltiplas as razões que justificam a sujeição da organização e atividade administrativa à legislação, de acordo com as fases históricas da evolução constitucional. O princípio da legalidade assume, pois, um duplo papel, compondo-se de dois sentidos, a saber, a legalidade como reserva da lei e legalidade como primazia ou preferência da lei. Esta diz da vinculação da Administração às leis já existentes, pela qual as autoridades administrativas possuem a tarefa de executar as leis. Aquela exige um fundamento e autorização legal para que a Administração se torne ativa. Estes sentidos, considerados como subprincípios da legalidade, condicionam a atividade pública à lei.

O subprincípio da legalidade como reserva de lei deriva da noção de que a atividade administrativa deve encontrar referência no Direito vigente. Trata-se, com efeito, da manifestação mais genuína da legalidade, na concepção surgida, pelo menos, desde o Estado

liberal<sup>502</sup>, através da qual o Poder Público e, especificamente, a Administração Pública se encontra sujeita àquilo que antecipadamente foi determinado pelo Poder Legislativo. Por outro lado, a legalidade pode significar preferência de lei, primazia de lei, preeminência de lei, primado de lei, todas expressões sinônimas que representam a legalidade como compatibilidade. Através deste conceito, afirma-se a legalidade como princípio de hierarquia normativa, colocando-se não como condição previa à atuação estatal, senão como limitação que decorre da existência de lei anterior ou posterior que disponha sobre determinada matéria.

A legalidade administrativa assumiu conformidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir dos textos constitucionais, culminando na Constituição Federal de 1988 que menciona expressamente, e pela primeira vez em texto constitucional, que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está submetida a princípios jurídicos, a saber, nos termos do art. 37, *caput*, o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, a partir da Emenda Constitucional n. 19/98, da eficiência. Remodelou-se, a partir de então, o regime jurídico-administrativo-constitucional a que passam a se submeter as Administrações Públicas brasileiras, imbuídas na noção de que apenas a principiologia democrática é que realiza a segurança jurídica. A Constituição da República de 1988, ao determinar que todos os entes e órgãos da Administração Pública obedeçam ao princípio da legalidade, implica a observância da lei formal, votada pelo Poder Legislativo e colocada em patamar mais elevado em relação aos demais atos infraconstitucionais, bem como dos preceitos que decorrem do Estado Democrático de Direito, sendo este “o modo de ser do Estado brasileiro”. Além disto, o mesmo princípio da legalidade que implica a habilitação da atuação da administração às normas legais obriga, também, a Administração a cumprir as normas que ela própria editou.

Os limites e possibilidades da legalidade no conduzir da Administração Pública são pautados pela doutrina especializada a fim de compreender os rumos que o Direito Administrativo tomou e haverá de tomar. Como já se denota, a edificação do princípio da legalidade sob a perspectiva da vinculação positiva, ainda que adequada à concepção liberal do Estado de Direito, passou a enfrentar enormes dificuldades de adequação a nova realidade político-jurídica que se estabelecia com o Estado Social, principalmente diante da necessidade de se buscar conceitos, institutos e formas jurídicas outras que fossem capazes de agilizar a Administração Pública, sobretudo a que se tornou prestadora de benefícios e vantagens, ante o

---

<sup>502</sup> TORRES, 2012, p. 13.

“impressionante crescimento dos serviços públicos”. A primeira das dificuldades emergidas desta conjuntura foi a crise da lei formal.

As críticas à lei e ao princípio da legalidade administrativa, bem como ao modo pelo qual vêm sendo considerados no pensar, agir e controlar a Administração Pública, levam à constatação de que ainda se vive uma crise da lei no Estado Democrático de Direito. Esta é apoiada em pelo menos sete as premissas: (a) a inflação legislativa, (b) a politização da lei, (c) o destaque dado às constituições como as mais elevadas formas de manifestação da vontade geral do povo, (d) a propagação de atos normativos infraconstitucionais como suficientes à atuação administrativa, (e) o controle do Poder Legislativo pelo Executivo, (f) a eternização do processo legislativo e a (g) pluralidade de fontes do Direito Administrativo. Quanto à (a) inflação legislativa, vislumbra-se pela proliferação e excesso das leis formais e demais instrumentos normativos. Critica-se, também, a (b) politização da lei, marcada pelo seu estabelecimento, já de tempos, não como expressão da vontade geral, mas como resultado da luta de interesses privados que influem no processo político. Aponta-se, ainda, o (c) protagonismo das Constituições, em detrimento da lei, como elemento da crise da legalidade. Igualmente, refere-se como razão à crise da lei formal a noção pela qual (d) a própria atividade normativa possibilita uma série de instrumentos que são capazes de fundamentar a atuação administrativa. O (e) controle do Poder Legislativo pelo Poder Executivo é também objeto de crítica a justificar o desprestígio da legalidade, mediante a formação de sólidas bases parlamentares que torna possível a aprovação de qualquer projeto de interesse do Poder Executivo, na já reiterada prática a fim de garantir a assim denominada “governabilidade”. A sexta crítica aponta à (f) eternização do processo legislativo, a qual decorre da morosidade do percurso havido desde a iniciativa legislativa até a publicação da lei. Finalmente, refere-se que (g) a pluralidade de fontes do Direito Administrativo também contribui ao enfraquecimento da lei formal.

Surgiu, assim, a necessidade de reconfiguração do princípio da legalidade administrativa. A concepção mecanicista da Administração, pela qual seria mera executora de lei, predominante no século XIX e início do século XX, sofreu várias alterações, principalmente porque talvez a função administrativa nunca tenha sido a de tão somente executar a lei ou executar a lei de ofício. A lei administrativa já não mais se prestava ao mesmo escopo, tendo, então, de readequar-se. Como aprimoramento da vinculação positiva à lei, ganhou espaço a construção do princípio da legalidade enquanto vinculação da Administração Pública ao Direito. A esta nova roupagem deu-se o nome de bloco de legalidade ou juridicidade.

### **e) Da vinculação da Administração Pública à juridicidade**

A vinculação da Administração Pública à lei teve seu sentido amplamente modificado. No encaixe princípio da legalidade à Administração Pública, um ato administrativo apresenta-se válido e regular: (i) desde que não seja contrário a alguma norma legal; (ii) é suficiente que o ato seja permitido por uma norma legal; (iii) é preciso que o ato tenha conteúdo conforme o esquema abstrato fixado na norma legal; e (iv) quando a lei prescreve e ordena que a Administração o emita. Concebe-se, assim, que o princípio da legalidade administrativa pode ser visto de quatro maneiras. Na primeira, (1) a atuação da Administração Pública satisfaz-se quando não violar nenhuma norma legal. Na segunda, (2) a Administração apenas pode fazer o que uma norma superior, seja legal ou constitucional, lhe autorize, lhe habilite, ainda que não haja detalhamento quanto ao conteúdo do ato a ser emitido. Na terceira, (3) a atuação administrativa decorre de uma dedução da norma legislativa, com o que deve existir correspondência lógica entre o conteúdo da ação com a moldura abstrata posta na norma legal. Na quarta, (4) a Administração apenas pode agir quando ordenada pela lei. Ou seja, deve estar apoiada na norma legal que esgote o conteúdo do ato, determinando, e não facultando, sua prática.

No entanto, a noção da legalidade não pode ser meramente formal, pois esta não fornece pautas de controle da substância dos atos, mas que também não seja uma legalidade substancial de excessiva densidade normativa, a partir da qual a lei deve sempre estabelecer parte do conteúdo dos atos futuros. A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito é dinâmica e, por isto, não é compatível com extremos normativos, razão pela qual supera-se a separação rígida entre as duas versões extremas de conformidade legal, passando a propugnar um mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública. Habilita-se a Administração Pública por normas amparadas em princípios e valores. Evoluiu-se, então, de forma que a Administração Pública passou a estar vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade. A Administração Pública deve observar, assim, o critério de atuação conforme a lei e o Direito, donde emerge a locução “princípio da juridicidade”.

A doutrina administrativista ocupou-se em definir os novos contornos do princípio da legalidade, sobretudo a partir da constitucionalização, principialização e idealização do Direito como um sistema. Afastou-se, assim, da visão liberal de legalidade pela qual onde houvesse lei escrita não poderia haver arbítrio. De fato, passou-se a admitir que a administrar

não é apenas aplicar a lei de ofício, senão servir aos fins gerais que são próprios da Administração Pública, dentro dos limites da lei — o que, por óbvio, é algo bem mais amplo.

A Administração Pública não mais se encontra vinculada ao ordenamento jurídico apenas em razão da lei formal, mas à totalidade de um sistema jurídico que confere-lhe unidade de sentido normativo. O reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, com a superação da noção monista das regras jurídicas, bem como a elevação da Constituição como síntese axiológica-teleológica da ideia de Direito vigente, ou seja, como fonte superior do ordenamento jurídico, permitiu o aprimoramento, senão substituição, da ideia de que o agir da Administração Pública, diante de um todo normativo, deriva apenas de uma parte dele. Passou-se à compreensão de uma vinculação ao todo normativo, ou seja, à totalidade das normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico — sob o manto, sempre, da Constituição da República. A legalidade administrativa pode representar um sentido muito mais amplo do que a simples sujeição da Administração à lei, pois esta submete-se, invariavelmente, igualmente ao Direito, ou seja, ao ordenamento jurídico, sobremaneira às normas e preceitos constitucionais

Assim, a sociedade muda e a lei deve a ela se adaptar. A noção de bloco de legalidade, então, não se refere a uma ideia de homogeneidade, mas considera a natureza cumulativa de regras que têm uma coisa em comum: são padrões de referência no controle de atos administrativos pela jurisdição administrativa. Legalidade e juridicidade andam umbilicalmente relacionadas, podendo, em alguma medida, confundirem-se. Em verdade, há quem entenda ser legalidade espécie do gênero juridicidade. O princípio da juridicidade, ao importar na submissão do agir ao Direito, torna-se condição da convivência social, pois a todos são exigidas condutas juridicamente prescritas, torando-se a regra geral das sociedades livres. No Direito Público, ao revés do que ocorre no Privado, não há qualquer liberdade no agir do Estado, atuando o Direito como seu único e próprio fundamento de ação. O princípio da juridicidade engloba, então, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade. Trata-se do mais importante princípio instrumental, pois informa as relações jurídicas, as nulidades e a o controle da juridicidade.

Portanto, a subordinação à lei complementa-se com a ideia de subordinação ao Direito, no sentido de não haver apenas um dever de obediência à lei ordinária, mas, senão antes, um dever de obediência à Constituição, ao Direito Internacional, aos regulamentos. Ainda, o princípio da legalidade não visa apenas à proteção dos interesses jurídicos ou direitos dos particulares, e também não apenas à proteção dos interesses que são objetivos da Administração Pública e pelo Estado, mas, sim, garantir sejam as normas aplicáveis respeitadas, tanto no

interesse da Administração quanto dos particulares. A legalidade já não mais representa apenas um limite à ação administrativa, mas é fundamento. Com efeito, as repercussões da constitucionalização e principalização do Direito vão além da ampliação do sentido da legalidade. Ao integrar o sentido da lei, alteram-se também os limites da discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, o controle judicial.

### **e) Juridicidade e controle da Administração Pública**

O Estado, a fim de tutelar os interesses públicos, deve possuir seus meios de controle. Com a concepção estrita de legalidade, o controle é igualmente estrito e, invariavelmente, mais tímido, sobretudo o externo, cingindo-se a analisar se a Administração Pública cumpriu, ou não, a lei. Doutra banda, se a sujeição da Administração Pública se amplia da legalidade estrita à juridicidade, o refinamento do controle de seus atos conduz à sua igual ampliação. Buscou-se, assim, analisar os limites e as possibilidades do controle da juridicidade da Administração Pública, sobretudo a fim de perquirir quais os efeitos e quais as manifestações concretas que a aludida ampliação opera no âmbito da Administração Pública do Estado Democrático de Direito, certo de que a submissão do Estado a mecanismos de controle é elemento indissociável da noção de Estado de Direito.

A par dos meios tradicionalmente referidos em sede de controle da Administração Pública, foi no controle administrativo externo que se constatou frequentes as discussões quanto aos limites e possibilidades da juridicidade na Administração Pública. O controle externo realiza-se quando o órgão fiscalizador ou controlador encontra-se em outra Administração ou Poder daquele donde a conduta administrativa foi originada. O ponto de partida do exame da incidência da legalidade no controle da Administração Pública passa, invariavelmente, pela análise da vinculação ou discricionariedade do ato administrativo. Quanto aos atos vinculados, ou seja, em relação àqueles que a lei fixa as competências dos órgãos do Estado, indicando com exatidão a conduta a ser tomada, construiu-se a noção pela qual a apreciação do Poder Judiciário poderia se dar sob todos os aspectos. Assim, é controlável o seu motivo, a manifestação da vontade, a forma, o objeto e a finalidade, pois requisitos descritos na lei de forma a obstar o arbítrio por parte da Administração Pública.

Doutra banda, os atos praticados em razão de competência discricionária, definida como aquela que confere o poder de escolha, ou seja, o poder que se relaciona com o “se” e com o “como” da ação, vinha definindo-se a vedação do seu exame a partir de todos os aspectos. Neste sentido, o controle judicial dos atos administrativos, sobretudo dos de natureza discricionária, eram restritos à análise da legalidade, sendo vedada a apreciação do mérito pelo

Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. No entanto, a história do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário experimentou significativa ampliação da revisão judicial, tendo iniciado no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar. A extensão do controle judicial dos atos administrativos é, seguramente, um dos temas mais controversos do Direito Administrativo. No entanto, reconhece-se que a doutrina hodierna é majoritária em entender que mesmo os atos discricionários, ou seja, aqueles cujo mérito implica juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador podem, excepcionalmente, apresentar nulidades e, conseqüentemente, serem controlados pelo Poder Judiciário.

A juridicidade dos atos administrativos guarda relação com a extensão do próprio controle e da real conformação de um Estado Democrático de Direito. No entanto, não é singela a discussão quanto à extensão do controle, sobretudo judicial, da Administração Pública. Parte posiciona-se favoravelmente ao controle restrito, ou seja, que deve o Poder Judiciário ficar adstrito ao controle de legalidade estrita. A defesa deste posicionamento é justificada pela impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, como pretensa decorrência do princípio da separação de poderes. Por esta razão, cinge-se o Judiciário à legalidade em sentido estrito, principalmente porque os integrantes deste Poder não possuem mandato eletivo e, portanto, não gozam da legitimidade necessária à apreciação dos aspectos relevantes ao interesse público. Assim, o controle judicial do ato administrativo deve apreciar apenas matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto. De outro lado, há forte orientação ao controle amplo, fundamentada que, em sistemas com separação de poderes, o poder deve deter o poder, cabendo sempre ao Judiciário a jurisdição e, logo, o controle jurisdicional da Administração, sem que se fale em ingerência indevida. De fato, a Administração Pública está subordinada não apenas à lei, pois esta é parte de um todo ponderável e sistêmico que deve justificar os atos administrativos.

Passou-se, assim, à análise de julgados que guardam respeito ao controle da juridicidade, do que constatou-se que, pelo menos no recorte jurisdicional realizado — limitado ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal —, não restarem claros quais são os critérios definidores do real sentido que a legalidade, ou sua ausência, confere à Administração Pública de modo a possibilitar sua ampliação à juridicidade. Ainda assim, a interpretação do conjunto de regras e princípios da Administração Pública é utilizada pelo Poder Judiciário brasileiro, havendo casos de inegável vinculação *contra legem*, ao arrepio do que

formalmente estabelece a lei formal, extraindo-se, invariavelmente, o devido fundamento numa otimizada aplicação da Constituição.

Portanto, a noção restrita do princípio da legalidade administrativa não mais corresponde às necessidades do mundo contemporâneo. Não constituiu-se a lei como limite à atividade administrativa, pois deve ela constituir própria substância do agir do Poder Público. O princípio da legalidade dá espaço ao princípio da juridicidade administrativa. A Administração Pública não é livre, pois antes vinculada, principalmente, às normas constitucionais e, sobretudo, aos direitos fundamentais. O estágio atual do Estado Democrático de Direito exige um modelo jurídico em que a juridicidade inclua, cada vez mais, legitimidade e moralidade, e não somente a legalidade. Mais que cumprir à legalidade, a vinculação à juridicidade diz da legitimidade da própria atuação do Estado hodierno. A juridicidade representa, portanto, o meio através do qual se efetiva a principal consequência da constitucionalização do Direito Administrativo, que é, justamente, ligar diretamente a Administração Pública aos princípios constitucionais.

O princípio da juridicidade não representa a mitigação da legalidade administrativa. Ao contrário, a reforça e legitima, pois garante o respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito. Ao afirmar a submissão do agir da Administração Pública aos direitos e fundamentos consagrados na Constituição Federal, o princípio da juridicidade afigura-se uma poderosa e imprescindível ferramenta capaz de obstar o avanço cada vez mais progressivo de medidas que se configuram verdadeiros e graves retrocessos sociais. Não se pode admitir que, sob o manto da aparente legalidade, seja dificultada a consecução efetiva do principal objetivo da Administração Pública, qual seja, o de assegurar e promover os direitos e garantias fundamentais da maior autoridade de um Estado Democrático de Direito: Sua Excelência, o povo.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- \_\_\_\_\_. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais In: HECK, Luis Afonso. **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2015.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 236, abr./jun., 2004, p. 51-64.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. **Leis Nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro**: estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Rao. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.
- \_\_\_\_\_. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. I, nº 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47756>>. Acesso em: 10/10/2017.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BACHELET, Vittorio. **Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione**. Scritti in onore de Onore di Costantino Mortati. Roma: Università di Roma, 1977.
- BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, 2005, p. 1-42.
- \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Juris Plenum: Direito Administrativo**, Caxias do Sul, v. 4, n. 14, jun. 2017.

\_\_\_\_\_; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun., 2003, p. 141-176.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 107-136.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOULANGER, Jean. Principes Généraux Du Droit et Droit Positif, In: **Droit Privé Français au Milieu du no Siecle** (Etudes Offertes a Georges Ripert). Paris : LGDJ, 1950.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSESE, Sabino. **Trattato di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. O nosso conselho de Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 24, abr. 1951. p. 1-10.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo et al. Vedação de propaganda institucional em período eleitoral. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7193>>.

CONTEÚDO JURÍDICO. **Anuário da Justiça – 2018**. Editora Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/loja/item/anuario-justica-brasil-2018>>

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015

\_\_\_\_\_. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015

\_\_\_\_\_. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. In: COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015

\_\_\_\_\_. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

D’ALESSIO, Alessandro. **Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1943.

DATAFOLHA. Grau de confiança nas instituições. **Instituto de Pesquisa Datafolha**. São Paulo, jun., 2018, disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>>

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1933.

\_\_\_\_\_. Mutabilità ed eternità del diritto. In: **Studi sul diritto**, vol II. Milano: Giuffrè, 1958.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. Atlas: São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ano 2, n. 2, jan./jun., 2012.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, n. 2, jul./dez., 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. Princípio da legalidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

DIAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. Madrid: Editorial Cuadernos para el Dialogo, 1981.

DIEZ, Manuel Maria. **Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974.

\_\_\_\_\_. **Manual de derecho administrativo**, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980.

DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: LGDJ, 1930.

DUVERGER, Maurice. **Droit public**. Paris: Presses universitaires de France, 1957.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977.

EISENMANN, Charles. **Cours de Droit Admistratif**. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1982.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 56. Rio de Janeiro: FGV, 1959.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, vol. 10, 1977.

\_\_\_\_\_. As origens do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, 1987.

\_\_\_\_\_. Estado de Direito e Estado legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 157, jul./set., 1984.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS, Gustavo de. **900 textos e documentos de história**. Lisboa: Plátano, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

\_\_\_\_\_. **La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. 3. ed. Madrid: Civitas, Ediciones, 2009.

\_\_\_\_\_; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo I**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GILISSEN, John. **Introdução história ao Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Direito Constitucional passa: o Direito Administrativo passa também. In: **Studia Juridica: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Ad Honorem, 1)**, v. 61, 2001.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma do México, 2001.

\_\_\_\_\_. La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. **The concept of law**. Oxford University Press, 1961.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et Droit Public Général**. 4. ed. Paris: Sirey, 1900.

\_\_\_\_\_. **Précis de droit constitutionnel**. Paris : Recueil Sirey, 1929.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Quantidade de NORMAS EDITADAS NO BRASIL: 30 anos da constituição federal de 1988**. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2684/Quantidade-de-NORMAS-EDITADAS-NO-BRASIL-30-anos-da-constituicao-federal-de-1988>>

JULIÃO, Luís Guilherme. Poder Executivo é autor de um terço das leis no Brasil. **O Globo**. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/poder-executivo-autor-de-um-terco-das-leis-no-brasil-22909158>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2015.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Barcelona: Civitas, 1993.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBADÉRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2014.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. Barueri: Manole, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho administrativo alemán**. Mexico: UNAM, 2012.

MAYER, Otto. **Le Droit Administratif Allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.

\_\_\_\_\_. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Lei e regulamento: a chamada “reserva de lei”. **Revista trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 49/50, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

MERKL, Adolf. **Teoría general del Derecho Administrativo**. México: Editora Nacional, 1975.

MIELE, Giovanni. **Principi di Diritto Amministrativo**. Padova: CEDAM, 1960.

MIRANDA, Jorge. A Administração Pública nas Constituições Portuguesas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, 1991.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar., 2012.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade** (novas reflexões sobre os limites e o controle da discricionariedade). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de Omissa a Hiperativo, **REI - Revista. Estudos Institucionais**, volume 3, 2017.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação de Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 120, 1975.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Editora Almedina, 2003.

PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínea Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los principios generales del derecho: ¿um mito juridico? **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid, Ministério de la Presidencia, n. 98, 1997.

\_\_\_\_\_. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

POSADA DE HERRERA, José de. **Lecciones de administracion**. Madrid: Establecimiento Tipografico, 1843.

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

\_\_\_\_\_. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, jul. 1997.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1951.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SANCHÍS, Luís Pietro. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso de. **Principios de Derecho Administrativo**. Madrid: ditorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. Quando as medidas provisórias se transformam em Decretos-Leis ou Notas sobre a reserva legal tributária no Brasil. In: **Justiça Constitucional e Tributação**, São Paulo, Dialética, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial Textos, 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, João. “Em quem votei na eleição passada?”. **Deutsche Welle**. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/32eC7>>

SOUZA, Paulino José Soares de, Visconde do Uruguay. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1862.

STIRN, Bernard. **Les sources constitutionnelles du Droit Administratif: introduction au Droit Public**. 5. ed. Paris: LGDJ, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TABORDA, Maren Guimarães. A Publicização da noção de pessoa jurídica como fator de construção da dogmática do Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 19, 2001.

\_\_\_\_\_. Elementos do conceito de ato administrativo: comparação entre distintos modelos. **Estudos Jurídicos (UNISINOS)**, São Leopoldo, v. 34, n.90, p. 95-138, 2001.

\_\_\_\_\_. Função administrativa e função de governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado”. In: ÀVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Publicidade e a Participação na Administração Pública. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. 6, nov. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/51622/31928>>.

\_\_\_\_\_; FILIPIN, Vinícius. revolução francesa e restauração: notas sobre os modelos constitucionais adotados nos países do prata e no brasil no início do século XIX. **Revista Brasileira de História do Direito**, São Luís, v. 3, n. 2, p. 82-101, jul./dez., 2017.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 166, out./dez., 1986.

\_\_\_\_\_. In: **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr. 2003.

\_\_\_\_\_. Princípio de legalidade e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, 2005.

TAMANAH, Brian, **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge University Press, 2004.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. V. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no estado de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VEDEL, Georges. **Les bases constitutionnelles du droit administratif**: études et documents du Conseil d'État. Paris: EDCE, 1954.

\_\_\_\_\_. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1964

\_\_\_\_\_; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. 12. ed. Paris: PUF, 1992.

\_\_\_\_\_. Discontinuité du Droit Constitutionnel et Continuité du Droit Administratif: Le Rôle du Juge. In: **Mélanges Offerts à Marcel Waline**: Le Juge et le Droit Public. Paris: LGDJ, 1974, Tomo 2.

VITTA, Cino. **Diritto Amministrativo**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962.

WARAT, Luis Alberto. Fobia al Estado de Derecho. In: **Anais do Curso de Pós-graduação em Direito**, Ijuí, URI, 1994.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

XAVIER, Alberto. Legalidade e tributação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, jul/dez, 1978.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ZANOBINI, Guido. **L'attività amministrativa e la legge**. Milão: Giuffré, 1995.

## **TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**

**PESQUISA:** O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**COORDENAÇÃO:** Vinícius Filipin

**1. NATUREZA DA PESQUISA:** Vossa Excelência está sendo convidado a participar, como entrevistado, desta pesquisa, que tem como finalidade investigar a operatividade do princípio da juridicidade administrativa no controle da Administração Pública. Este projeto foi aprovado por Banca de Qualificação, em novembro de 2017.

**2. PARTICIPANTES DA PESQUISA:** Participarão desta pesquisa magistrados do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como das Turmas Recursais da Fazenda Pública e do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

**3. SOBRE A PESQUISA:** A pesquisa adota o método semiestruturado, a partir do qual Vossa Excelência será instigado a dialogar com o pesquisador acerca de alguns elementos e institutos de Direito, sobretudo o princípio da legalidade e juridicidade administrativa no controle da Administração Pública.

**4. RISCOS E DESCONFORTO:** a participação nesta pesquisa não traz complicações legais de nenhuma ordem e os procedimentos utilizados obedecem aos critérios da ética na Pesquisa com Seres Humanos conforme a Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. Nenhum dos procedimentos utilizados oferece riscos à Vossa dignidade.

**5. CONFIDENCIALIDADE:** Todas as informações coletadas nesta investigação são estritamente confidenciais, e serão utilizadas apenas para fins da Dissertação de Mestrado a ser elaborada pelo pesquisador.

**6. PAGAMENTO:** Vossa Excelência não terá nenhum tipo de despesa por participar deste estudo, bem como não receberá nenhum tipo de pagamento por sua participação.

Qualquer dúvida, pedimos a gentileza de entrar em contato com Vinícius Filipin, pesquisador responsável pela pesquisa, e-mail: vini.filipin@gmail.com e/ou o Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, e-mail: mestrado@fmp.com.br.

### **CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**

Eu, \_\_\_\_\_, declaro ter sido informado e concordo em participar, como voluntário, da pesquisa acima descrita.

Porto Alegre, \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de 2018.

\_\_\_\_\_  
Entrevistado

\_\_\_\_\_  
Vinícius Filipin  
Pesquisador

### ROTEIRO DE PERGUNTAS

- 1) Qual a importância do princípio da legalidade administrativa?
- 2) O princípio da legalidade, posto no art. 37, *caput*, da CF, está em posição hermenêutica superior aos demais princípios (impeccabilidade, moralidade, publicidade e eficiência)?
- 3) Leis são justas porque são leis? Qual a importância de seu conteúdo?
- 4) A lei é suficiente à atuação da Administração Pública?
- 5) O princípio da juridicidade pode servir de baliza ao controle da Administração Pública? Se sim, em quais hipóteses?

### CASO

O Município X publicou edital de abertura de concurso público, anunciando 1 vaga para o cargo de Fiscal Ambientalista. Nos termos do Edital, em consonância com a legislação municipal, são requisitos à investidura do cargo a formação em nível superior no curso de Geologia, Biologia, Engenharia Agrônoma com registro no respectivo Conselho. Um cidadão inscreveu-se, participou das provas e logrou a 1ª colocação. Quando de sua nomeação, apresentou diploma de Bacharel em Engenharia Ambiental. A Administração Pública, calcada no princípio da legalidade, negou a posse, do que impetrara Mandado de Segurança, alegando ofensa ao seu direito líquido e certo, pois as atividades do profissional graduado em Engenharia Ambiental seriam muito semelhantes às exigidas para o exercício do cargo, violando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade o ato da autoridade coatora, que, ao elencar as profissões necessárias ao exercício do cargo, deixou de prever carreira cujas atribuições atendem às exigidas para o desempenho daquele. A sentença foi pela concessão da segurança. Sobem os autos ao Tribunal de Justiça, sendo distribuído na Câmara integrada por Vossa Excelência. O desembargador relator, Vossa colega, profere voto no sentido de manter a sentença, entendendo que, muito embora esteja a Administração Pública adstrita à legalidade, esta não mais reveste-se de caráter estrito, sendo possível, no caso concreto, o controle da juridicidade do ato administrativo que negou posse ao Impetrante. O relator deixa consignado que os engenheiros ambientais têm atribuição legal para a realização das atividades descritas no edital para o cargo de fiscal ambientalista, devendo ser mantida a sentença. Nessa situação hipotética, Vossa Excelência acompanha o voto do Relator?

---